

manuales

DERECHO INTERNACIONAL

CURSO GENERAL

Antonio Remiro Brotóns

y

Rosa Riquelme Cortado

Esperanza Orihuela Calatayud

Javier Díez-Hochleitner

Luis Pérez-Prat Durbán



Incluye
CD-ROM

DERECHO INTERNACIONAL CURSO GENERAL

ANTONIO REMIRO BROTONS

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

ROSA RIQUELME CORTADO

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

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD

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

JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER

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

LUIS PÉREZ-PRAT DURBAN

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

tirant lo blanch

Valencia, 2010

Copyright © 2010

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

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

© ANTONIO REMIRO BROTÓNS y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPOSITO LEGAL: BI-
I.S.B.N.: 978-84-9876-984-5
IMPRIME: Gráficas Díaz Tuduri, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Sumario

Índice general.....	9
Prólogo	31

PRELIMINARES

Tema 1. Sociedad y Derecho Internacional.....	37
---	----

PARTE PRIMERA LOS SUJETOS

Tema 2. Los Estados	67
Tema 3. Soberanía e Igualdad Soberana de los Estados	89
Tema 4. Los Pueblos: Libre Determinación.....	111
Tema 5. Las Organizaciones Internacionales	145

PARTE SEGUNDA LA FORMACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES

Tema 6. La Formación de Obligaciones.....	175
Tema 7. La Formación de Normas mediante Costumbre	205

PARTE TERCERA SOBRE LOS TRATADOS

Tema 8. La Formación de los Tratados.....	239
Tema 9. La Participación en los Tratados Multilaterales.....	277
Tema 10. Patología y Revisión de los Tratados	309

PARTE CUARTA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tema 11. La Aplicación de Normas y Obligaciones Internacionales por los Estados.....	345
Tema 12. Interpretación, Concurrencia y Conflicto entre Normas y Obligaciones Internacionales	373
Tema 13. La Responsabilidad Internacional.....	405
Tema 14. Invocación de Responsabilidad y Aplicación Coactiva del Derecho Internacional.....	437

PARTE QUINTA
LA COEXISTENCIA ENTRE ESTADOS

Tema 15. La Dimensión Personal de la Soberanía.....	457
Tema 16. La Dimensión Territorial de la Soberanía (1): Espacio Terrestre, Espacio Aéreo.....	487
Tema 17. La Dimensión Territorial de la Soberanía (2): Los Espacios Marinos.....	517
Tema 18. El Estado extranjero y sus Agentes: Las Relaciones Diplomáticas y Consulares	565

PARTE SEXTA
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Tema 19. El Arreglo Pacífico de las Controversias	603
Tema 20. La Corte Internacional de Justicia	631

PARTE SÉPTIMA
EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y DE LA SEGURIDAD

Tema 21. La Prohibición de la Amenaza y el Uso de la Fuerza.....	665
Tema 22. El Sistema de Seguridad Colectiva	693

PARTE OCTAVA
LA PROTECCIÓN DE LAS GENTES

Tema 23. La Protección Internacional de los Derechos Humanos.....	735
Tema 24. El Derecho Internacional Humanitario.....	769
Tema 25. Los Crímenes Internacionales	803
 Información bibliográfica.....	 839
Índice de jurisprudencia internacional.....	861

Índice general

Prólogo	31
---------------	----

PRELIMINARES

TEMA 1

SOCIEDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

I. EL DERECHO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL	37
1. <i>Qué es el Derecho Internacional</i>	37
2. <i>‘Sic societas, sicut ius’</i>	37
II. ¿ES EFICAZ EL DERECHO INTERNACIONAL?	39
3. <i>La observancia espontánea del Derecho Internacional</i>	39
4. <i>Relativismo, no formalismo e incertidumbre del Derecho Internacional</i>	40
5. <i>Libre albedrío, coercibilidad e intereses vitales</i>	41
6. <i>Una apariencia de respetabilidad</i>	43
7. <i>Derecho y Poder</i>	44
III. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL?	44
8. <i>La Universalización como proceso histórico</i>	44
9. <i>La Universalización, ¿proceso irreversible?</i>	49
10. <i>¿Un ‘Nuevo Orden’?</i>	51
IV. LA GLOBALIZACIÓN.....	53
11. <i>Mundialización y Globalización</i>	53
12. <i>Lo que caracteriza y se critica de la globalización</i>	53
13. <i>La crisis (2008-2010): de G-8 a G-20. Respuesta ‘global’</i>	56
V. EL DERECHO INTERNACIONAL EN UN CRUCE DE CAMINOS	59
14. <i>La alternativa al ‘Nuevo Orden’</i>	59
15. <i>Sociedades y Derechos Regionales y Particulares en nuestro tiempo</i>	62

PARTE PRIMERA LOS SUJETOS

TEMA 2

LOS ESTADOS

VI. CONSIDERACIONES GENERALES	67
16. <i>La subjetividad internacional</i>	67
17. <i>Los Estados en la sociedad internacional actual</i>	68
VII. ELEMENTOS DEL ESTADO SOBERANO	69
18. <i>El territorio</i>	69
19. <i>La población</i>	70
20. <i>El gobierno u organización política</i>	71
VIII. DINÁMICA DEL ESTADO	72
21. <i>Transformaciones del Estado</i>	72

22.	<i>Nacimiento y/o extinción de Estados</i>	76
IX.	EL RECONOCIMIENTO DE ESTADOS	76
23.	<i>Noción</i>	76
24.	<i>Sujetos que realizan el reconocimiento</i>	77
25.	<i>Formas</i>	77
26.	<i>Límites a la discrecionalidad</i>	78
27.	<i>La observancia de las normas imperativas de DI</i>	78
28.	<i>La verificación de los elementos del Estado en el sujeto reconocido.</i>	79
29.	<i>Distinción con el reconocimiento de gobiernos</i>	81
30.	<i>¿Reconocimiento declarativo o reconocimiento constitutivo?</i>	81
31.	<i>Reconocimientos cualificados</i>	83
32.	<i>¿Revocación?</i>	84
X.	SUCESIÓN DE ESTADOS	84
33.	<i>Noción</i>	84
34.	<i>¿Normas generales?</i>	85
35.	<i>Acuerdos sucesorios</i>	86

TEMA 3

SOBERANÍA E IGUALDAD SOBERANA DE LOS ESTADOS

XI.	LA SOBERANÍA	89
36.	<i>Consideraciones generales</i>	89
37.	<i>La dimensión territorial de la soberanía</i>	89
38.	<i>La dimensión extraterritorial de la soberanía</i>	91
39.	<i>El principio de personalidad activa</i>	91
40.	<i>Otros principios que justifican el ejercicio de competencias extraterritoriales</i>	92
41.	<i>La dimensión exterior de la soberanía</i>	93
XII.	LA IGUALDAD SOBERANA	94
42.	<i>Noción</i>	94
43.	<i>La desigualdad real de los Estados</i>	94
44.	<i>Estatutos jurídicos deducidos de la desigualdad real de los Estados</i>	96
45.	<i>Desigualdad de derechos y obligaciones por la geografía</i>	96
46.	<i>Desigualdad de derechos y obligaciones por el grado de desarrollo económico: la desigualdad ‘compensadora’</i>	96
47.	<i>Desigualdad de derechos y obligaciones por el ‘poder’</i>	97
XIII.	NO INTERVENCIÓN Y ESFERAS DE INFLUENCIA	98
48.	<i>Consideraciones generales</i>	98
49.	<i>El principio de no intervención: Su anticipación en el Derecho Internacional Americano</i>	98
50.	<i>El principio de no intervención en Naciones Unidas: el proceso histórico</i>	100
51.	<i>Caracterización, alcance y límites del principio de no intervención</i>	101
52.	<i>Las esferas de influencia</i>	103
XIV.	MÁS ALLÁ DE LAS ESFERAS DE INFLUENCIA: OTRAS LIMITACIONES A LA SOBERANÍA	105
53.	<i>La invasión de competencias de otros Estados</i>	105
54.	<i>La criminalización de decisiones soberanas</i>	106
55.	<i>La imposición de formas de cooperación exorbitantes</i>	108

TEMA 4
LOS PUEBLOS: LIBRE DETERMINACIÓN

XV. CONSIDERACIONES GENERALES	111
56. <i>La libre determinación, principio normativo</i>	111
57. <i>Los titulares del derecho de libre determinación</i>	111
XVI. LOS PUEBLOS COLONIALES	112
58. <i>El régimen de la Carta de las Naciones Unidas</i>	112
59. <i>Las resoluciones canónicas de la Asamblea General: una síntesis entre soberanía y libre determinación</i>	113
60. <i>Opciones descolonizadoras a la luz de la libre determinación</i>	114
61. <i>El territorio colonial: desvinculación del metropolitano y consecuencias</i>	114
62. <i>El respeto de la integridad del territorio colonial</i>	115
63. <i>La población del territorio colonial, titular del derecho de libre determinación</i>	116
64. <i>Reclamaciones territoriales y libre determinación de los pueblos: Reclamaciones descolonizadoras</i>	117
65. <i>Reclamaciones no descolonizadoras</i>	119
66. <i>Epílogo de la descolonización</i>	120
XVII. LOS PUEBLOS OCUPADOS	121
67. <i>La cuestión de Palestina</i>	121
XVIII. LOS PUEBLOS ÉTNICOS O NACIONALES	124
68. <i>Noción</i>	124
69. <i>Las minorías en el orden internacional</i>	125
70. <i>¿Un derecho de autogobierno? ¿Un derecho de separación del Estado? El principio</i>	126
71. <i>Sus excepciones</i>	127
72. <i>La respuesta de los Derechos estatales</i>	129
73. <i>Del pueblo étnico al pueblo territorial</i>	130
74. <i>El hecho del secesionismo no es el derecho a la separación del Estado democrático</i>	131
XIX. LOS PUEBLOS INDÍGENAS	132
75. <i>Noción</i>	132
76. <i>La Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas</i>	133
77. <i>Los pueblos indígenas en los Derechos estatales</i>	135
78. <i>¿Una relación internacional entre el Estado y sus pueblos indígenas?</i>	136
XX. LA POBLACIÓN DEL ESTADO	137
79. <i>El Principio Democrático</i>	137
80. <i>La solidaridad democrática</i>	139
81. <i>La intervención por la democracia</i>	140
82. <i>Con la democracia en los talones</i>	142

TEMA 5
LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

XXI. CONSIDERACIONES GENERALES	145
83. <i>Origen e importancia</i>	145
XXII. UNA SUBJETIVIDAD PARTICULAR	147

84.	<i>El acto constitutivo: un tratado (u otro instrumento regido por el Derecho Internacional)</i>	147
85.	<i>El tratado fundacional, constitucional y unitario</i>	148
86.	<i>Una subjetividad secundaria y...objetiva</i>	149
87.	<i>Una subjetividad funcional</i>	150
88.	<i>Capacidad jurídica de las Organizaciones Internacionales en los ordenamientos estatales</i>	151
XXIII.	CLASES	151
89.	<i>Organizaciones abiertas y cerradas</i>	152
90.	<i>Organizaciones generales y sectoriales</i>	152
91.	<i>Organizaciones de cooperación y de integración</i>	153
XXIV.	LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN	154
92.	<i>Quiénes pueden ser miembros</i>	154
93.	<i>Adquisición del status de miembro</i>	155
94.	<i>Derechos y obligaciones de los miembros</i>	157
95.	<i>La financiación de las Organizaciones Internacionales</i>	157
96.	<i>Pérdida del status de miembro</i>	158
97.	<i>El derecho de retirada</i>	158
98.	<i>Expulsión (y suspensión)</i>	159
99.	<i>Desaparición (y sucesión)</i>	160
100.	<i>Otras modalidades de participación en las Organizaciones Internacionales</i>	162
XXV.	ESTRUCTURA ORGÁNICA	163
101.	<i>Órganos principales y órganos subsidiarios</i>	163
102.	<i>Órganos intergubernamentales</i>	164
103.	<i>Órganos no gubernamentales y de composición mixta</i>	166
104.	<i>Métodos de adopción de decisiones</i>	168
XXVI.	DINÁMICA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES ..	170
105.	<i>Cambio y extinción</i>	170
106.	<i>La sucesión</i>	171

PARTE SEGUNDA
LA FORMACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES

TEMA 6
LA FORMACIÓN DE OBLIGACIONES

XXVII.	CONSIDERACIONES GENERALES	175
107.	<i>Normas y obligaciones</i>	175
XXVIII.	LOS ACTOS UNILATERALES	175
108.	<i>¿Una fuente de obligaciones?</i>	175
109.	<i>Las declaraciones unilaterales: Noción</i>	176
110.	<i>Tipología</i>	177
111.	<i>Régimen aplicable</i>	177
112.	<i>Comportamientos (y omisiones): aquiescencia y protesta</i>	179
113.	<i>El estoppel</i>	183
XXIX.	LOS TRATADOS	183
114.	<i>Noción</i>	183
115.	<i>La forma: un acuerdo por escrito</i>	184
116.	<i>Los sujetos</i>	185

117. <i>El número de sujetos</i>	186
118. <i>Los efectos: obligaciones jurídicas</i>	186
119. <i>Los efectos: obligaciones para las partes</i>	187
120. <i>El régimen jurídico: sujeción al Derecho Internacional</i>	187
121. <i>La denominación: tratado-género, tratado-especie</i>	188
XXX. TRATADOS Y ACUERDOS NO JURÍDICOS	191
122. <i>Consideraciones Generales</i>	191
123. <i>La obligación jurídica</i>	192
124. <i>Los Acuerdos no jurídicos: identificación</i>	193
125. <i>Tratados y Acuerdos no jurídicos: consecuencias de la calificación en el orden internacional</i>	195
126. <i>Tratados y Acuerdos no jurídicos: relaciones</i>	197
127. <i>Los Acuerdos no jurídicos y el Derecho interno</i>	198
XXXI. LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	199
128. <i>Consideraciones generales</i>	199
129. <i>Tipos de resoluciones</i>	200

TEMA 7

LA FORMACIÓN DE NORMAS MEDIANTE COSTUMBRE

XXXII. CONSIDERACIONES GENERALES	205
130. <i>La capacidad de adaptación de la costumbre</i>	205
131. <i>Costumbre y Principios</i>	205
XXXIII. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE PRODUCCIÓN NORMATIVA	206
132. <i>Noción y elementos de la costumbre</i>	206
133. <i>El elemento material: 'usus' o 'diuturnitas'</i>	207
134. <i>El elemento psicológico: 'opinio iuris sive necessitatis'</i>	209
135. <i>La relación entre los dos elementos de la costumbre</i>	210
136. <i>La oponibilidad de la costumbre</i>	211
137. <i>¿Costumbre regional, particular, local?</i>	212
138. <i>Modificación y 'desuetudo' de la costumbre</i>	212
139. <i>La jurisprudencia, ¿medio auxiliar?</i>	213
XXXIV. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DE LAS NORMAS	215
140. <i>La formulación escrita de las normas</i>	215
141. <i>El tratado multilateral general como instrumento de codificación 'lato sensu'</i>	217
142. <i>Tratado y costumbre: la interacción</i>	219
143. <i>Tratado y costumbre: la independencia</i>	223
144. <i>Las resoluciones de la Asamblea General</i>	224
XXXV. NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL	229
145. <i>¿Una cuestión de fe?</i>	229
146. <i>Obligaciones 'erga omnes' y normas imperativas</i>	230
147. <i>Formación e identificación de las normas imperativas</i>	232
148. <i>Las normas imperativas de nuestro tiempo</i>	233
149. <i>La apreciación de la violación de las normas imperativas y su repercusión</i>	234

**PARTE TERCERA
SOBRE LOS TRATADOS**

**TEMA 8
LA FORMACIÓN DE LOS TRATADOS**

XXXVI. CONSIDERACIONES GENERALES	239
150. <i>La importancia y complejidad de los tratados</i>	239
151. <i>El Derecho de los Tratados</i>	239
XXXVII. LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR TRATADOS	241
152. <i>La capacidad de los Estados</i>	241
153. <i>Situaciones particulares</i>	241
154. <i>La capacidad de las Organizaciones internacionales</i>	243
155. <i>La capacidad de otros sujetos</i>	244
XXXVIII. LA FORMACIÓN DE LOS TRATADOS	244
156. <i>Sus fases</i>	244
XXXIX. LA REPRESENTACIÓN	245
157. <i>Los plenos poderes</i>	246
158. <i>Órganos que en virtud de sus funciones representan al Estado</i>	247
159. <i>Efectos de los actos sin representación</i>	247
XL. LA FASE INICIAL	247
160. <i>La negociación</i>	247
161. <i>Negociación y Derecho interno</i>	248
162. <i>La adopción del texto</i>	250
163. <i>La autenticación del texto</i>	251
164. <i>La lengua de los tratados</i>	253
165. <i>La participación de la sociedad civil</i>	253
XLI. LA FASE FINAL	254
166. <i>La manifestación del consentimiento: libertad de elección e igualdad de formas</i>	254
167. <i>Consentimiento incorporado en el tratado</i>	255
168. <i>Consentimiento que se materializa en un instrumento 'ad hoc'</i>	256
169. <i>Libertad de forma y Derecho interno</i>	256
170. <i>El perfeccionamiento del consentimiento</i>	257
XLII. LA FASE INTERMEDIA	259
171. <i>¿Por qué una fase intermedia?</i>	259
172. <i>La intervención de las Cámaras legislativas: naturaleza de la intervención</i>	260
173. <i>Tratados sometidos a autorización</i>	261
174. <i>La calificación</i>	262
175. <i>Formación y formalización del acto de autorización</i>	263
176. <i>Alcance de la autorización</i>	265
177. <i>Los entes territoriales del Estado</i>	266
XLIII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS	266
178. <i>Constitucionalidad intrínseca y constitucionalidad extrínseca</i>	266
179. <i>El control preventivo de constitucionalidad</i>	267
180. <i>El control a posteriori de la constitucionalidad extrínseca</i>	268
XLIV. LA CONSULTA POPULAR	269
181. <i>El control directo de la conclusión de los tratados</i>	269
XLV. LA ENTRADA EN VIGOR	271
182. <i>Noción y relación con el perfeccionamiento del consentimiento</i>	271

	183. <i>Tratados multilaterales: entrada en vigor general y particular</i>	272
XLVI. LA APLICACIÓN PROVISIONAL		272
	184. <i>Noción y límites</i>	272
	185. <i>Las reglas de Derecho interno</i>	273
XLVII. REGISTRO Y PUBLICACIÓN INTERNACIONAL		274
	186. <i>El registro</i>	274
	187. <i>La publicación</i>	275

TEMA 9

LA PARTICIPACIÓN EN LOS TRATADOS MULTILATERALES

XLVIII. CONSIDERACIONES GENERALES		277
	188. <i>Tratados generales y abiertos</i>	277
XLIX. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN		278
	189. <i>Las cláusulas abiertas [Cláusula todos los Estados]</i>	278
	190. <i>La participación de otros sujetos</i>	279
L. CLÁUSULAS DE MODULACIÓN DEL CONTENIDO DEL TRATADO		280
	191. <i>Noción</i>	280
	192. <i>Cláusulas facultativas y de exclusión</i>	281
	193. <i>Cláusulas de Opción</i>	281
	194. <i>Cláusulas de salvaguardia y derogatorias</i>	282
	195. <i>Acuerdos modificativos entre algunas partes</i>	283
LI. LAS RESERVAS		284
	196. <i>La noción y sus elementos</i>	284
	197. <i>La reserva: una declaración unilateral</i>	285
	198. <i>La reserva: Una declaración formal, por escrito</i>	285
	199. <i>El momento de su formulación: la manifestación del consentimiento</i>	286
	200. <i>Su objeto: excluir o modificar efectos jurídicos</i>	287
	201. <i>Su vinculación a los tratados multilaterales</i>	289
	202. <i>Su denominación</i>	289
	203. <i>Régimen jurídico</i>	290
	204. <i>Reservas previstas: prohibidas y autorizadas</i>	291
	205. <i>Reservas no previstas: su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado</i>	293
	206. <i>Evaluación de la validez de las reservas</i>	294
	207. <i>Efectos jurídicos</i>	295
	208. <i>Reservas y entrada en vigor del tratado</i>	296
	209. <i>Supuestos especiales</i>	297
	210. <i>Retirada y modificación de reservas y objeciones</i>	298
	211. <i>Reservas y formación de normas consuetudinarias</i>	299
	212. <i>Reservas y derechos humanos</i>	301
	213. <i>Una lectura de la Convención</i>	302
LII. LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS		303
	214. <i>Declaraciones unilaterales formuladas a un tratado (distintas de las reservas)</i>	303
	215. <i>Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas</i>	303
	216. <i>Régimen jurídico: declaración interpretativa simple y declaración interpretativa condicional</i>	304
LIII. RESERVAS, DECLARACIONES Y DERECHO INTERNO		306
	217. <i>La participación de las Cámaras legislativas</i>	306

218. <i>Los órganos judiciales</i>	307
--	-----

TEMA 10

PATOLOGÍA Y REVISIÓN DE LOS TRATADOS

LIV. CONSIDERACIONES GENERALES	309
219. <i>Sobre la nulidad, terminación y suspensión de los tratados</i>	309
LV. LA NULIDAD DE LOS TRATADOS	310
220. <i>Las causas de nulidad</i>	310
221. <i>La nulidad por la incompetencia para expresar la voluntad del sujeto</i>	310
222. <i>La nulidad como consecuencia de un vicio del consentimiento</i>	312
223. <i>La nulidad como sanción por el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza para coaccionar a un Estado o a una Organización Internacional</i>	315
224. <i>La nulidad por la ilicitud del objeto: oposición al ius cogens preexistente</i>	315
225. <i>Régimen de la nulidad: legitimación para invocar la nulidad y posibilidad de sanación</i>	316
226. <i>Procedimiento de verificación</i>	317
227. <i>Efectos de la declaración de nulidad</i>	319
LVI. LA TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS	320
228. <i>Consideraciones generales</i>	320
229. <i>Terminación y suspensión por acuerdo de las partes</i>	321
230. <i>Denuncia (y suspensión) no motivada</i>	322
231. <i>Terminación y suspensión por invocación de causas extrínsecas al tratado</i>	324
232. <i>Causas extrínsecas previstas en la Convención de Viena</i>	324
233. <i>Causas extrínsecas al margen de la Convención de Viena: el conflicto armado</i>	327
234. <i>Supuestos que no son causas extrínsecas de terminación y suspensión</i>	328
235. <i>Régimen de la terminación y suspensión: legitimación para invocar la terminación y suspensión y posibilidad de sanación</i>	328
236. <i>Procedimiento general de verificación</i>	329
237. <i>Procedimiento en casos de terminación o suspensión por violación grave de un tratado multilateral</i>	332
238. <i>Procedimiento en caso de conflicto armado</i>	332
239. <i>Efectos de la terminación y suspensión de la aplicación del tratado</i>	333
LVII. LA SUCESIÓN	334
240. <i>'Tabula Rasa' o 'tavola calda'</i>	334
241. <i>Normas generales</i>	335
242. <i>La Convención de Viena de 1978</i>	335
243. <i>La práctica reciente</i>	336
LVIII. LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS	338
244. <i>Su alcance</i>	338
245. <i>La enmienda de los tratados</i>	338
246. <i>La revisión total de los tratados: sucesión de tratados</i>	340

PARTE CUARTA
EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

TEMA 11

**LA APLICACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES
INTERNACIONALES POR LOS ESTADOS**

LIX. CONSIDERACIONES GENERALES	345
247. <i>La obligación de cumplir de buena fe con las normas y obligaciones internacionales</i>	<i>345</i>
248. <i>Los órganos de aplicación del Derecho Internacional.....</i>	<i>345</i>
249. <i>La aplicación del Derecho Internacional como proceso</i>	<i>346</i>
LX. LA INCORPORACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES	346
250. <i>La recepción de las normas consuetudinarias</i>	<i>346</i>
251. <i>La recepción de los tratados en general</i>	<i>347</i>
252. <i>Recepción y publicación interna de los tratados</i>	<i>349</i>
253. <i>La recepción de las resoluciones de las Organizaciones internacionales</i>	<i>351</i>
LXI. LA APLICACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES	353
254. <i>La aplicación directa por órganos judiciales y administrativos: disposiciones auto-ejecutivas (self-executing)</i>	<i>353</i>
255. <i>La aplicación de disposiciones no auto-ejecutivas (non-self-executing): su desarrollo legal y/o reglamentario</i>	<i>354</i>
256. <i>Autonomía del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de disposiciones no auto-ejecutivas.....</i>	<i>355</i>
257. <i>La incidencia de la estructura compleja del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de disposiciones no auto-ejecutivas.....</i>	<i>356</i>
258. <i>El Estado frente a la pasividad de sus entes territoriales en el desarrollo legal y reglamentario de disposiciones no auto-ejecutivas</i>	<i>357</i>
LXII. SELECCIÓN DE LA NORMA U OBLIGACIÓN APLICABLE	359
259. <i>Identificación del Derecho Internacional vigente y selección de las normas y obligaciones aplicables</i>	<i>359</i>
LXIII. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS TRATADOS.....	360
260. <i>El ámbito de aplicación espacial de los tratados</i>	<i>360</i>
261. <i>El ámbito de aplicación temporal de los tratados.....</i>	<i>363</i>
262. <i>La determinación del contenido concreto del tratado</i>	<i>364</i>
263. <i>La incorporación por referencia</i>	<i>365</i>
264. <i>Cláusula de la nación más favorecida.....</i>	<i>366</i>
265. <i>Cláusula de tratamiento nacional</i>	<i>369</i>
266. <i>Cláusula de reciprocidad</i>	<i>369</i>

TEMA 12

**INTERPRETACIÓN, CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE
NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES**

LXIV. LA INTERPRETACIÓN.....	373
267. <i>Aplicación e interpretación.....</i>	<i>373</i>
268. <i>La codificación de las reglas de interpretación de los tratados</i>	<i>373</i>
269. <i>La regla general de interpretación de los tratados.....</i>	<i>375</i>

270. <i>El texto: los términos del tratado</i>	376
271. <i>El contexto: el tratado en su conjunto y los instrumentos que lo acompañan</i>	376
272. <i>El objeto y fin del tratado</i>	377
273. <i>El papel de la buena fe y de otros principios</i>	377
274. <i>Un contexto más amplio, sobrevenido y normativo</i>	378
275. <i>El factor tiempo: interpretación estática, interpretación evolutiva</i>	379
276. <i>Medios de interpretación complementarios. Los trabajos preparatorios</i>	380
277. <i>La interpretación de los tratados autenticados en más de una lengua</i>	381
278. <i>La interpretación de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales</i>	382
279. <i>Procedimientos para favorecer una interpretación uniforme de los tratados</i>	383
LXV. PROBLEMAS PARTICULARES DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LOS ÓRGANOS ESTATALES	384
280. <i>Las reglas aplicables</i>	384
281. <i>La intervención de órganos especializados en la labor interpretativa</i>	385
282. <i>La interpretación del Derecho interno a la luz del Derecho Internacional</i>	386
LXVI. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES	387
283. <i>Reglas generales: concurrencia y conflicto entre normas consuetudinarias y disposiciones convencionales</i>	387
284. <i>Concurrencia y conflicto entre tratados sucesivos sobre la misma materia. Cláusulas expresas</i>	388
285. <i>Concurrencia y conflicto entre tratados sucesivos sobre la misma materia. Reglas supletorias</i>	390
286. <i>Concurrencia y conflicto de normas y obligaciones entre regímenes internacionales</i>	391
287. <i>Incompatibilidad de derechos y obligaciones en tratados estipulados con sujetos diferentes</i>	393
288. <i>Conflicto entre las resoluciones de una Organización Internacional y su tratado constitutivo</i>	395
LXVII. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO	396
289. <i>Órganos internacionales y órganos estatales</i>	396
290. <i>Costumbre internacional y Derecho interno</i>	396
291. <i>Tratados y Constitución</i>	397
292. <i>El control de la conformidad de los tratados en vigor con la Constitución</i>	398
293. <i>Tratado y ley</i>	401
294. <i>Consecuencias de la primacía de los tratados en el orden interno</i> ...	403
295. <i>Las resoluciones de las Organizaciones internacionales y el Derecho interno</i>	403

TEMA 13
LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

LXVIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS.....	405
296. <i>Las normas reguladoras</i>	405
LXIX. EL HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD	406
297. <i>El hecho ilícito internacional</i>	406
298. <i>El elemento subjetivo: hechos debidos a los órganos del Estado</i>	406
299. <i>Hechos de los particulares.....</i>	409
300. <i>Hechos de movimientos insurreccionales</i>	411
301. <i>Hechos de los órganos de otros Estados y Organizaciones internacionales.....</i>	412
302. <i>El elemento objetivo: la violación de la obligación internacional.....</i>	412
303. <i>La violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas</i>	413
304. <i>El elemento temporal: una obligación internacional en vigor cuando se produce el hecho</i>	414
305. <i>Hechos instantáneos, de carácter continuo y compuestos</i>	415
LXX. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD	416
306. <i>Consideraciones generales.....</i>	416
307. <i>El consentimiento del Estado lesionado</i>	417
308. <i>La legítima defensa</i>	419
309. <i>Las contramedidas</i>	419
310. <i>La fuerza mayor.....</i>	419
311. <i>El peligro extremo.....</i>	420
312. <i>El estado de necesidad</i>	420
LXXI. LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO: LA OBLIGACIÓN DE REPARAR	421
313. <i>Consideraciones generales.....</i>	421
314. <i>La cesación del ilícito</i>	422
315. <i>La reparación.....</i>	422
316. <i>Modalidades de la reparación</i>	423
317. <i>Las garantías de no repetición</i>	426
318. <i>Las consecuencias sustantivas derivadas de la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional general</i>	426
LXXII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	428
319. <i>Las normas reguladoras</i>	428
320. <i>La atribución del hecho ilícito</i>	428
321. <i>Violación de una obligación internacional por una Organización...</i>	429
322. <i>Responsabilidad de la Organización y responsabilidad de sus Miembros</i>	430
LXXIII. RESPONSABILIDAD Y RÉGIMENES INTERNACIONALES	432
323. <i>¿Lex specialis?.....</i>	432
LXXIV. ¿UNA RESPONSABILIDAD POR RIESGO?.....	433
324. <i>Daños causados por actividades no prohibidas por el Derecho Internacional.....</i>	433

TEMA 14
**INVOCACIÓN DE RESPONSABILIDAD Y APLICACIÓN COACTIVA
 DEL DERECHO INTERNACIONAL**

LXXV. LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL	437
325. <i>Consideraciones generales</i>	437
326. <i>Invocación de la responsabilidad por el sujeto lesionado</i>	438
327. <i>Invocación de la responsabilidad por otros Estados</i>	439
LXXVI. LA APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL	440
328. <i>¿Existe un sistema de aplicación coactiva del Derecho Internacional?</i>	440
329. <i>Qué es —y qué no es— la aplicación coactiva del Derecho Internacional</i>	441
330. <i>Las modalidades —descentralizada e institucional— de la aplicación coactiva</i>	442
LXXVII. LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN COACTIVA	444
331. <i>Consideraciones generales</i>	444
332. <i>Las retorsiones</i>	445
333. <i>Las represalias</i>	445
334. <i>Las sanciones</i>	446
LXXVIII. EN PARTICULAR, LAS CONTRAMEDIDAS	447
335. <i>Noción</i>	447
336. <i>Las condiciones</i>	449
337. <i>¿Quién está legitimado para adoptar contramedidas?</i>	449
338. <i>¿Qué condiciones sustantivas deben cumplir las contramedidas? ...</i>	450
339. <i>¿Cuáles son las condiciones procesales para la adopción y el mantenimiento de una contramedida?</i>	451
340. <i>¿Cuál es la función y la finalidad de las contramedidas?</i>	452
341. <i>¿Contramedidas de terceros frente a violaciones graves de normas imperativas?</i>	452

PARTE QUINTA
LA COEXISTENCIA ENTRE ESTADOS

TEMA 15
LA DIMENSIÓN PERSONAL DE LA SOBERANÍA

LXXIX. CONSIDERACIONES GENERALES	457
342. <i>Competencia personal, competencia territorial</i>	457
LXXX. LOS NACIONALES	458
343. <i>La determinación de la nacionalidad: limitaciones a la competencia estatal</i>	458
344. <i>Nacionalidad y derechos humanos</i>	459
345. <i>Adquisición de una nacionalidad originaria</i>	459
346. <i>Cambio de nacionalidad: doble nacionalidad</i>	460
347. <i>Privación de nacionalidad: apatridia</i>	461
348. <i>La nacionalidad en la sucesión de Estados</i>	462
349. <i>Nacionalidad de las personas jurídicas, navíos y aeronaves</i>	464

LXXXI. LOS EXTRANJEROS	465
350. <i>Discriminación positiva y negativa</i>	465
351. <i>Admisión y permanencia</i>	466
352. <i>Régimen de extranjería</i>	468
353. <i>Inmigrantes, extranjeros vulnerables</i>	470
LXXXII. LA PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES EN EL EXTRANJERO	471
354. <i>Consideraciones generales</i>	471
355. <i>La asistencia consular</i>	471
356. <i>La protección de los ciudadanos de la Unión Europea</i>	473
LXXXIII. EN PARTICULAR, LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	473
357. <i>Un derecho del Estado</i>	473
358. <i>Requisitos para su ejercicio</i>	476
359. <i>La nacionalidad del perjudicado: personas físicas</i>	477
360. <i>La nacionalidad del perjudicado: personas jurídicas</i>	479
361. <i>La continuidad en la nacionalidad</i>	481
362. <i>El agotamiento de los recursos internos: la regla</i>	481
363. <i>Sus excepciones</i>	483
364. <i>La renuncia a la protección diplomática por el particular</i>	484
365. <i>Protección diplomática y protección funcional de las Organizaciones internacionales</i>	486

TEMA 16

LA DIMENSIÓN TERRITORIAL DE LA SOBERANÍA (1): ESPACIO TERRESTRE, ESPACIO AÉREO

LXXXIV. CONSIDERACIONES GENERALES	487
366. <i>Estado y territorio</i>	487
LXXXV. EL ESPACIO TERRESTRE	488
367. <i>El título a la soberanía territorial y sus fundamentos</i>	488
368. <i>Los modos de adquisición del título: originarios y derivativos</i>	489
369. <i>Su obsolescencia</i>	492
370. <i>El principio del ‘uti possidetis iuris’: lo que es</i>	493
371. <i>El principio del ‘uti possidetis iuris’: lo que no es</i>	495
372. <i>El territorio ‘polémico’: la sumisión de las controversias territoriales a medios jurisdiccionales</i>	496
LXXXVI. LA FRONTERA TERRESTRE	498
373. <i>Noción y evolución</i>	498
374. <i>La delimitación de la frontera</i>	498
375. <i>La demarcación de la frontera</i>	500
376. <i>El objetivo: una frontera completa, ininterrumpida, estable y definitiva</i>	501
377. <i>Las fronteras terrestres de España</i>	502
378. <i>La cooperación transfronteriza</i>	504
LXXXVII. VÍAS DE AGUA INTERNACIONALES	506
379. <i>Noción</i>	506
380. <i>Los ríos (o cursos de agua) internacionales</i>	506
381. <i>La navegación por los ríos (o cursos de agua) internacionales</i>	506
382. <i>Usos de los ríos (o cursos de agua) internacionales para fines distintos de la navegación</i>	507
383. <i>Los canales internacionales</i>	512
LXXXVIII. EL ESPACIO AÉREO	513

384. <i>Noción y régimen jurídico</i>	513
385. <i>La navegación aérea</i>	514

TEMA 17

**LA DIMENSION TERRITORIAL DE LA SOBERANÍA (2): LOS
ESPACIOS MARINOS**

LXXXIX. CONSIDERACIONES GENERALES	517
386. <i>'Mare liberum, mare clausum'</i>	517
387. <i>Codificación y desarrollo progresivo del Derecho del Mar</i>	517
388. <i>Soberanía y jurisdicción en los espacios marinos</i>	518
XC. ESPACIOS BAJO SOBERANÍA Y JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO	519
389. <i>Mensuración de los espacios marinos: las líneas de base</i>	519
390. <i>Las aguas interiores</i>	520
391. <i>El mar territorial</i>	521
392. <i>El derecho de paso inocente por el mar territorial</i>	521
393. <i>Los estrechos internacionales</i>	523
394. <i>La zona contigua</i>	526
395. <i>La plataforma continental</i>	527
396. <i>La zona económica exclusiva</i>	529
397. <i>Derechos del ribereño en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva</i>	530
398. <i>Derechos de los terceros en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva</i>	533
399. <i>El derecho de persecución</i>	534
XCI. SITUACIONES GEOGRÁFICAS GENERADORAS DE REGÍME- NES ESPECIALES	535
400. <i>Consideraciones generales</i>	535
401. <i>Islas, rocas, bajíos</i>	535
402. <i>Los Estados archipelágicos</i>	536
403. <i>Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa</i>	539
XCII. LA DELIMITACIÓN DE ESPACIOS MARINOS	540
404. <i>Supuestos de delimitación</i>	540
405. <i>Normas internacionales para la delimitación: el acuerdo de las partes</i>	542
406. <i>El acuerdo libremente consentido: presunción de solución equita- tiva</i>	543
407. <i>Obstáculos para el acuerdo</i>	544
408. <i>El acuerdo imposible: la controversia y su solución</i>	547
409. <i>Los trifinios marítimos</i>	549
410. <i>Delimitación de los espacios marinos de España</i>	550
XCIII. ESPACIOS MARINOS MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS	551
411. <i>La alta mar</i>	551
412. <i>Jurisdicción sobre los buques en alta mar</i>	552
413. <i>La libertad de pesca en la alta mar</i>	556
414. <i>La pesca de las 'poblaciones transzonales'</i>	557
415. <i>La Zona internacional de los fondos marinos y oceánicos</i>	559
XCIV. PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO	561
416. <i>La protección del medio marino en la CONVEMAR</i>	561

TEMA 18
**EL ESTADO EXTRANJERO Y SUS AGENTES: LAS RELACIONES
 DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES**

XCV. CONSIDERACIONES GENERALES	565
417. <i>La acción exterior del Estado</i>	565
XCVI. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO	566
418. <i>Una cuestión compleja</i>	566
419. <i>Inmunidad del Estado y reglas de competencia judicial internacional</i>	566
420. <i>El principio de inmunidad: origen y codificación</i>	567
XCVII. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN	568
421. <i>Inmunidad absoluta e inmunidad restringida</i>	568
422. <i>La inmunidad restringida en la práctica estatal: actos 'iure imperii' y actos 'iure gestionis'</i>	569
423. <i>La inmunidad restringida en los textos normativos: la lista</i>	570
424. <i>¿Hasta dónde llega el Estado?</i>	572
425. <i>Aspectos procesales</i>	573
XCVIII. INMUNIDAD RESPECTO DE MEDIDAS COERCITIVAS	574
426. <i>¿Una inmunidad (casi) inexpugnable?</i>	574
427. <i>El asalto a las cuentas bancarias</i>	577
XCIX. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CRÍMENES DE SUS AGENTES	578
428. <i>¿Un instrumento de la política exterior?</i>	578
C. LA MISIÓN DIPLOMÁTICA	580
429. <i>Naturaleza y funciones</i>	580
430. <i>Establecimiento y terminación</i>	580
431. <i>Miembros de la Misión</i>	581
432. <i>Inmunidades y privilegios de la Misión</i>	582
433. <i>El asilo diplomático</i>	585
CI. NUEVAS FORMAS DE LA DIPLOMACIA	586
434. <i>Diplomacia tradicional y diplomacia ambulante</i>	586
435. <i>Las Misiones permanentes ante Organizaciones internacionales</i> ...	587
436. <i>Las Misiones especiales</i>	589
CII. LA OFICINA CONSULAR	589
437. <i>Naturaleza y funciones</i>	589
438. <i>Establecimiento y terminación</i>	591
439. <i>Miembros de la Oficina</i>	593
440. <i>Inmunidades y privilegios de la Oficina Consular</i>	593
CIII. INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS DE LOS AGENTES DEL ESTADO EXTRANJERO	594
441. <i>Inmunidades y privilegios de los órganos centrales</i>	594
442. <i>Inmunidades y privilegios de los miembros de la Misión Diplomática: un núcleo irreductible</i>	594
443. <i>Privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos</i>	595
444. <i>Circunstancias modificativas del estatuto diplomático: la categoría, la nacionalidad y la residencia, la relación familiar</i>	597
445. <i>Duración de inmunidades y privilegios</i>	598
446. <i>Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones permanentes ante Organizaciones internacionales</i>	598

447. Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones especiales y Delegaciones.....	598
448. Inmunidades y privilegios de los miembros de la Oficina Consular	599

PARTE SEXTA
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

TEMA 19

EL ARREGLO PACÍFICO DE LAS CONTROVERSIAS

CIV. CONTROVERSIAS INTERNACIONALES	603
449. <i>Noción</i>	603
450. <i>Controversias y situaciones</i>	603
CV. PRINCIPIOS GENERALES	604
451. <i>La obligación de arreglo pacífico</i>	604
452. <i>La libre elección de medios</i>	606
CVI. MEDIOS DE ARREGLO	607
453. <i>Medios políticos y medios jurisdiccionales</i>	607
454. <i>Sus diferencias</i>	608
CVII. MEDIOS POLÍTICOS	608
455. <i>Las negociaciones diplomáticas</i>	608
456. <i>Buenos oficios y mediación</i>	612
457. <i>Encuesta, investigación o determinación de los hechos</i>	613
458. <i>La conciliación</i>	615
CVIII. MEDIOS JURISDICCIONALES	617
459. <i>La larga marcha en pos de la jurisdicción obligatoria</i>	617
460. <i>Frenos a la experimentación de la jurisdicción: controversias políticas y no justiciables</i>	619
461. <i>Arbitraje</i>	621
462. <i>Arreglo judicial</i>	628

TEMA 20

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

CIX. CONSIDERACIONES GENERALES	631
463. <i>Lo que hace su diferencia</i>	631
CX. CUESTIONES ORGÁNICAS	632
464. <i>Composición</i>	632
465. <i>Organización</i>	633
CXI. IUS STANDI	634
466. <i>Competencia contenciosa y consultiva</i>	634
467. <i>Los Estados, no todos, ¿no sólo?</i>	635
468. <i>¿Quién representa al Estado?</i>	636
CXII. LOS FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA ..	637
469. <i>El consentimiento 'a posteriori': Compromiso</i>	637
470. <i>'Forum prorogatum'</i>	638
471. <i>Consentimiento anticipado mediante tratado</i>	638
472. <i>La cláusula opcional: declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte</i>	641
473. <i>Condiciones y reservas en las declaraciones</i>	641

474. <i>El Pacto de Bogotá y la cláusula opcional</i>	645
475. <i>Competencia y fondo</i>	646
CXIII. EL PROCEDIMIENTO Y SUS INCIDENTES	646
476. <i>Consideraciones generales</i>	646
477. <i>Las medidas cautelares</i>	648
478. <i>Las excepciones preliminares</i>	649
479. <i>Las demandas reconventionales</i>	651
480. <i>La intervención</i>	651
481. <i>La incomparecencia</i>	653
482. <i>El desistimiento</i>	654
CXIV. DERECHO APLICABLE	654
483. <i>Una decisión conforme a Derecho Internacional</i>	654
CXV. LA SENTENCIA	655
484. <i>Sus efectos</i>	655
485. <i>Recursos de interpretación y revisión</i>	656
486. <i>El cumplimiento</i>	657
CXVI. LA CORTE ENTRE TRIBUNALES	658
487. <i>El papel eminente de la Corte en la interpretación de normas generales</i>	658

PARTE SÉPTIMA

EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y DE LA SEGURIDAD

TEMA 21

LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA Y EL USO DE LA FUERZA

CXVII. CONSIDERACIONES GENERALES	665
488. <i>Del 'ius ad bellum' a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales</i>	665
489. <i>La prohibición de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas</i>	666
CXVIII. LA FUERZA PROHIBIDA	667
490. <i>Consideraciones generales</i>	667
491. <i>La fuerza armada</i>	668
492. <i>¿La coerción política, económica y diplomática?</i>	669
493. <i>El ámbito de la prohibición de la fuerza</i>	669
494. <i>Efectos de la prohibición</i>	670
495. <i>Excepciones a la prohibición</i>	670
CXIX. LA LEGÍTIMA DEFENSA	671
496. <i>Un derecho natural, individual y colectivo</i>	671
497. <i>El 'casus operandi' de la legítima defensa: el ataque armado</i>	673
498. <i>¿Legítima defensa preventiva?</i>	674
499. <i>¿Sólo los Estados pueden ser víctimas/autores de un ataque armado?</i>	675
500. <i>Condiciones de ejercicio de la legítima defensa</i>	678
501. <i>Condiciones de naturaleza consuetudinaria: necesidad, proporcionalidad, inmediatez</i>	678
502. <i>Condiciones derivadas del sistema de seguridad colectiva: provisoriedad, subsidiariedad</i>	680
503. <i>Los crímenes del 11-S, ¿legítima defensa?</i>	681
CXX. ¿OTROS USOS DE LA FUERZA LÍCITOS?	683

	504. <i>Una cuestión divisiva</i>	683
	505. <i>Reivindicaciones territoriales 'descolonizadoras'</i>	684
	506. <i>Protección de nacionales</i>	686
	507. <i>Consentimiento (o petición) del gobierno local</i>	687
	508. <i>Violaciones masivas de derechos humanos fundamentales</i>	688
CXXI.	ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA GUERRA CIBERNÉTICA	689
	509. <i>La respuesta a un ataque cibernético</i>	689
 <i>TEMA 22</i> EL SISTEMA DE SEGURIDAD COLECTIVA		
CXXII.	CONSIDERACIONES GENERALES	693
	510. <i>La responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad</i>	693
CXXIII.	LA SEGURIDAD COLECTIVA SEGÚN LA CARTA	694
	511. <i>Controversias y situaciones susceptibles de amenazar la paz</i>	694
	512. <i>Amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión</i>	696
CXXIV.	LA SEGURIDAD COLECTIVA SEGÚN LA PRÁCTICA	698
	513. <i>La práctica del Consejo durante la 'guerra fría' (1945-1989)</i>	698
	514. <i>El Capítulo VI 'y medio': las operaciones de mantenimiento de la paz</i>	699
	515. <i>La práctica del Consejo desde la terminación de la 'guerra fría': la ocasión de la 'Guerra del Golfo' (1990/1991)</i>	702
	516. <i>El 'nuevo espíritu' del Consejo</i>	703
	517. <i>Las 'sanciones'</i>	704
	518. <i>Las operaciones de (mantenimiento de la) paz (de segunda generación)</i>	705
	519. <i>La autorización del uso de la fuerza</i>	707
CXXV.	EL PAPEL DE LOS ACUERDOS REGIONALES	709
	520. <i>Según la Carta y la práctica durante la 'guerra fría'</i>	709
	521. <i>Según la práctica en la 'posguerra fría'</i>	711
CXXVI.	LA OCUPACIÓN HEGEMÓNICA DE LA SEGURIDAD COLECTIVA	713
	522. <i>El Consejo y el castigo</i>	713
	523. <i>Las amenazas 'prime time': El terrorismo</i>	715
	524. <i>La proliferación de armas de destrucción masiva</i>	717
	525. <i>Paradigma del 'doble rasero': los territorios palestinos ocupados...</i>	720
	526. <i>Clímax del unilateralismo: La invasión y ocupación de Iraq (2003)</i>	723
	527. <i>Valoración crítica de la práctica del Consejo</i>	724
CXXVII.	EL PAPEL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	725
	528. <i>Controversias sobre el uso de la fuerza</i>	725
	529. <i>El control de la validez de las decisiones del Consejo de Seguridad</i>	728
CXXVIII.	LA REFORMA DEL CONSEJO, EL CUENTO DE COLORÍN SIN COLORADO	729
	530. <i>Un déficit de representación</i>	729
	531. <i>¿Es aconsejable el aumento de miembros permanentes (con derecho de veto)?</i>	730

PARTE OCTAVA
LA PROTECCIÓN DE LAS GENTES

TEMA 23

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

CXXIX. CONSIDERACIONES GENERALES	735
532. <i>Universalidad (e imperatividad)</i>	735
533. <i>Indivisibilidad e interdependencia</i>	736
CXXX. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL.....	738
534. <i>Una competencia reservada</i>	738
535. <i>La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal</i>	739
536. <i>La protección mediante tratados</i>	740
537. <i>Órganos de control creados por los tratados</i>	743
538. <i>Mecanismos de protección</i>	744
539. <i>La protección más allá de los tratados</i>	748
540. <i>De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos</i>	748
541. <i>El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.....</i>	752
CXXXI. LA PROTECCIÓN EN LOS SISTEMAS REGIONALES: EL SISTEMA EUROPEO.....	753
542. <i>La obra del Consejo de Europa: instrumentos convencionales</i>	753
543. <i>El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales</i>	754
544. <i>Aspectos normativos</i>	754
545. <i>Aspectos institucionales.....</i>	755
546. <i>Mecanismos de control</i>	756
547. <i>El procedimiento ante el Tribunal Europeo</i>	757
548. <i>Las sentencias y su ejecución</i>	759
CXXXII. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	760
549. <i>La obra de la OEA: instrumentos internacionales</i>	760
550. <i>El Pacto de San José</i>	761
551. <i>Aspectos normativos</i>	761
552. <i>Aspectos institucionales.....</i>	762
553. <i>Mecanismos de control de carácter contencioso.....</i>	762
554. <i>La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....</i>	764
555. <i>La acción de la Comisión Interamericana frente a violaciones masivas de derechos humanos.....</i>	765

TEMA 24

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

CXXXIII. CONSIDERACIONES GENERALES	769
556. <i>Qué es el Derecho Internacional humanitario.....</i>	769
557. <i>Relación con el Derecho de los derechos humanos</i>	769
558. <i>Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional humanitario</i>	770
559. <i>Un Derecho Internacional humanitario general.....</i>	773

CXXXIV. EL DERECHO HUMANITARIO BÉLICO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL	775
560. <i>La normativa aplicable</i>	775
561. <i>La obligación de cumplimiento y sus consecuencias</i>	776
562. <i>El control del cumplimiento</i>	777
CXXXV. EL DERECHO HUMANITARIO BÉLICO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS	781
563. <i>La normativa aplicable</i>	781
564. <i>El control del cumplimiento</i>	782
CXXXVI. DERECHO HUMANITARIO BÉLICO Y TERRORISMO	783
565. <i>Los ‘combatientes enemigos ilegales’: aplicación del art.3 común de los Convenios de Ginebra</i>	783
566. <i>¿Prisioneros de guerra?</i>	784
CXXXVII. REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS	785
567. <i>Noción</i>	785
568. <i>El Derecho de los refugiados</i>	785
569. <i>El concepto de refugiado</i>	786
570. <i>El derecho de asilo</i>	786
571. <i>El principio de no devolución</i>	788
572. <i>Estatuto del refugiado</i>	788
573. <i>Del asilo a la repatriación</i>	789
574. <i>Las personas desplazadas</i>	790
CXXXVIII. DE LA ASISTENCIA A LA INJERENCIA HUMANITARIA	792
575. <i>Consideraciones generales</i>	792
576. <i>La asistencia humanitaria</i>	792
577. <i>Medios lícitos de los Estados para poner fin a una violación masiva de derechos humanos</i>	795
578. <i>La violación masiva de derechos humanos, amenaza a la paz internacional</i>	795
579. <i>Uso de la fuerza al margen de Naciones Unidas</i>	796
580. <i>La consolidación de la paz: El Estado fallido</i>	798
581. <i>La responsabilidad (colectiva) de proteger</i>	799

TEMA 25

LOS CRÍMENES INTERNACIONALES

CXXXIX. LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO	803
582. <i>Los crímenes y su persecución</i>	803
CXL. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES	804
583. <i>Los tribunales ‘ad hoc’, subsidiarios del Consejo de Seguridad</i>	804
584. <i>Los tribunales ‘ad hoc’ creados por acuerdo entre Naciones Unidas y un Estado miembro</i>	806
CXLI. EN PARTICULAR, LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	807
585. <i>Creación, composición, organización</i>	807
586. <i>Competencia</i>	808
587. <i>Mecanismos de activación</i>	809
588. <i>Relación con el Consejo de Seguridad</i>	810
589. <i>Relación con las jurisdicciones estatales</i>	810
590. <i>La hostilidad activa de los Estados Unidos</i>	811
591. <i>El futuro de la Corte ¿ya es pasado?</i>	814

CXLII. EL CRIMEN DE AGRESIÓN	816
592. <i>Un crimen en suspenso</i>	816
593. <i>La definición</i>	816
594. <i>El ejercicio de la competencia</i>	818
595. <i>La entrada en vigor del Estatuto enmendado</i>	820
CXLIII. CRÍMENES INTERNACIONALES, JUECES ESTATALES	821
596. <i>Una cuestión discutida</i>	821
597. <i>La proclamación de una competencia universal, un derecho soberano</i>	822
598. <i>La concurrencia de la competencia universal con la competencia fundada en los principios de territorialidad y personalidad</i>	823
599. <i>La relación entre el principio de universalidad y el principio ‘aut dedere aut iudicare’</i>	824
600. <i>Asaltos a la competencia universal</i>	824
601. <i>En España, en particular</i>	825
602. <i>Las escaramuzas judiciales</i>	825
603. <i>Acometida legislativa</i>	827
604. <i>El nuevo texto legal: un paso atrás de conveniencia</i>	828
605. <i>El crimen de agresión y los tribunales estatales</i>	831
606. <i>La inmunidad de los agentes del Estado extranjero</i>	832
607. <i>La responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes: la inmunidad del Estado extranjero</i>	835
 Información bibliográfica.....	 839
Índice de jurisprudencia internacional.....	861

Prólogo

El primer antecedente de este *Curso General de Derecho Internacional* fue un pequeño volumen modestamente editado en 1981, cuando era Catedrático en la Universidad de Murcia, bajo el título de *Lecciones de Derecho Internacional Público*, cuyo contenido se limitaba a la introducción y fuentes de producción de normas y obligaciones internacionales. Habiéndome trasladado a la Universidad Autónoma de Madrid fue objeto de algunas reimpresiones en los años siguientes. Para entonces, en 1982, la editorial Tecnos había publicado mi *Derecho Internacional Público. 1. Principios fundamentales*, un volumen más ambicioso que, como la numeración indicaba, se ofrecía como la primera parte de una obra general de mayor alcance. Cinco años después, en 1987, dentro de una línea de continuidad, publiqué en la misma editorial el *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, probablemente uno de mis mejores trabajos, prácticamente desconocido más allá de nuestras fronteras. Luego, el sinfín de circunstancias que acaban moldeando una vida hizo que renunciara, al menos temporalmente, a un enfoque individual tan ambicioso y de largo recorrido para, a cambio, brindar una obra general completa e integrada, a la que asocié a aquellos doctores que habiéndose formado —o transformado— a mi lado contaban ya con un estatuto permanente en la Universidad como profesores titulares. Fruto de este proyecto fue el *Derecho Internacional*, editado por McGraw-Hill/Interamericana de España, en 1997. Como se decía en el prólogo de este libro: “*Había que respetar, por coherencia, los contenidos de mi obra anterior y mi libertad para establecer el texto final como estimara más conveniente para asegurar su unidad, axiológica, sustancial y formal*”. Este libro de tapas rojas fue muy bien distribuido, no sólo en España, sino en América Latina, hasta el punto de que hay quien aún cree al otro lado del Atlántico que es mi última palabra en este orden de publicaciones. El *Derecho Internacional* fue, sin embargo, objeto de una nueva y cuidada edición, en 2007, ahora con tapas grises, a cargo de Tirant lo Blanch. Ya entonces y, sobre todo, después de que se hayan puesto en marcha los nuevos planes de estudio inducidos por el “Proceso de Bolonia”, se me animó a redactar una obra que, recogiendo los contenidos esenciales del “*Derecho Internacional*”, fuera más asequible al ojo perezoso. Hace aproximadamente un año, observando el discurrir de los acontecimientos en la Universidad con cierto escepticismo, me puse a la tarea, primero como un juego, luego con un decidido compromiso. El resultado son las páginas que siguen, enriquecidas con el CD adjunto al libro, que cuenta con un caudal imponente de documentación, general y temática, que incluye más de dos mil instrumentos, entre ellos, la práctica totalidad de los documentos mencionados en el texto.

Invité a las profesoras Rosa Riquelme y Esperanza Orihuela, catedráticas en la Universidad de Murcia, a que me acompañaran en este proyecto. Ellas comparten conmigo la autoría. Los profesores Javier Díez-Hochleitner y Luis Pérez-

Prat, catedráticos en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, quedaron en esta ocasión al margen porque consideré disfuncional su participación habida cuenta de las obligaciones impuestas por los cargos académicos que ocupaban con generosa dedicación. No obstante, he decidido mantener sus nombres en la relación de autores porque aunque este *Curso General* es una obra independiente, con numerosos cambios y actualizaciones, mantiene una relación cierta con el *Derecho Internacional*.

Conviene reiterar que, como en mis obras anteriores, el realismo crítico, la reivindicación del cosmopolitismo y la contextualización política y sociológica de los análisis en la medida —variable— requerida por los diferentes temas abordados están presentes. El riesgo de errar o de ir contra corriente no ha impedido la toma de posición, las *respuestas*. Si hay algo extraño al conjunto de mis escritos y, por lo tanto, a este libro, es la ambigüedad.

Con las Profesoras Riquelme y Orihuela, he puesto todo mi empeño en que este *Curso General* sea una obra rigurosa y precisa, eliminando sólo lo accesorio y evitando la banalización de lo sustancial. Esto último parece ser una tentación asociada al “Proceso de Bolonia”, que a lo mejor Bolonia no merece, pues la literatura oficial habla de *calidad y excelencia* (tal vez con la misma convicción con que rezan el *credo* algunos parroquianos); pero lo cierto es que hay quienes creen que transfigurando los manuales universitarios en prontuarios y textos de enseñanza media, con sus cuadritos y recuadritos, se ha abierto la veda para que sin mayor discernimiento se lancen al mercado publicaciones de acusada superficialidad y nula reflexión, adaptadas, eso sí, al número máximo de horas que el estudiante estándar (porque ahora todo está previsto por los sabios pedagogos) debe dedicar a una determinada materia. Ignoro si a la hora de hacer los cálculos se han tenido en cuenta las condiciones de altura, las estaciones del año, el clima frío o tropical, el horario diurno o nocturno y el entrenamiento en la lectura diagonal; por no hablar de las distintas capacidades del sujeto lector, entorno familiar, estado de ánimo y problemas de subsistencia física y anímica. Nada tenemos contra la adopción de métodos que hagan participativa y responsable la adquisición de los conocimientos, pero apañados vamos si el camino que se hace al andar acaba olvidando sus objetivos. Parece que para algunos lo relevante no es ya lo que se enseña sino *como* se enseña. Para nosotros el *cómo* está al servicio del *qué*. Naturalmente estamos contra el pensamiento único, la reglamentación exhaustiva, la catarata de papeles burocráticos que deben ser rellenados, la inmolación del profesorado en una docencia que acaba sorbiendo sus energías y empobrece, si no anula, su actividad investigadora, consustancial con su idiosincrasia profesional, los currículos hechos para medrar, la transformación de la realización de una vocación que exalta la independencia y la libertad en un trabajo mal remunerado.

Hay quienes consideran que la aplicación del “proceso de Bolonia” a los estudios de Derecho puede suponer un paso atrás. El tiempo dirá. En todo caso, este *Curso General* trata de ser una contribución para que, ya en marcha los

nuevos planes de estudio, ese paso atrás no se consume, al menos en el ámbito del Derecho Internacional.

Las informaciones y datos que incluye este libro han sido cerrados a 1 de septiembre de 2010. Deben pues entenderse referidas a esta fecha las menciones que se hacen a “por ahora”, “en la actualidad”, “actualmente” y similares.

ANTONIO REMIRO BROTONS

Septiembre de 2010

PRELIMINARES

Sociedad y derecho internacional

I. EL DERECHO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL

1. *Qué es el Derecho Internacional*

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

2. *'Sic societas, sicut ius'*

El Derecho es una necesidad social, expresada por los juristas romanos bajo el célebre adagio *ubi societas, ibi ius*. La negación del Derecho Internacional sólo cabe rechazando previamente el presupuesto del que es consecuencia inevitable: la existencia de una sociedad internacional. La virtualidad del Derecho Internacional está confirmada por la experiencia, la práctica de los Estados y la jurisprudencia. Pero si toda sociedad ha de contar con un ordenamiento jurídico, no es menos cierto que sus características son determinadas por las de la sociedad cuyas relaciones pretende regir en un momento dado: *sic societas, sicut ius*. Respondiendo a las características de la sociedad internacional, el Derecho Internacional se vacía en un molde *distinto* al de los Derechos estatales.

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

La sociedad internacional es original y básicamente la sociedad de los Estados soberanos e independientes en situación de yuxtaposición. Es, pues, una sociedad horizontal, escasamente institucionalizada, con un número limitado de sujetos que partiendo del principio de su igualdad formal —la igualdad soberana— persigue su coexistencia y, eventualmente, articula una cooperación para satisfacer intereses comunes mediante organizaciones internacionales que reciben de la cabeza jupiterina de los Estados una cierta subjetividad. El poder de los Estados está en la realidad muy desigualmente repartido —lo son China y Andorra, Rusia y Nauru, Estados Unidos y Santa Lucía— pero, poco o mucho, cada cual conserva como punto de partida el suyo. La distinción entre, de una parte, legislador, juez y gendarme y, de otra, el destinatario de las normas, no se produce. Así, la ley, acto normativo primordial de los Derechos estatales, se ve sustituida en el orden internacional por las obligaciones consentidas —activa o pasivamente— por sujetos *civitates superiores non recognoscentes*, la demanda judicial por el compromiso, el auxilio policial por la autotutela (v. par. 330).

Norma y obligación tienden, pues, a confundirse en el orden internacional. Aquélla, con las salvedades que se harán oportunamente (v. par. 145-149), existe en la medida en que un sujeto ha aceptado —o, bajo determinadas circunstancias, no ha rechazado— obligarse, someterse. En la teoría de los métodos de formación de las normas-obligaciones internacionales la distinta expresión e intensidad del consentimiento del Estado, que puede resultar, incluso, embebido en un estado de conciencia colectivo, desemboca en la articulación de diferentes fuentes formales (actos unilaterales, acuerdos orales y escritos, procesos de naturaleza consuetudinaria); pero su unidad esencial es puesta de relieve por el hecho de que, frecuentemente, una misma manifestación o comportamiento puede ser simultáneamente incardinada en más de un tipo normativo u obligacional, según la predilección ideológica del calificador. Por otro lado, no sólo en el momento de la creación jurídica, también al decidir las reglas aplicables en el caso concreto, forzar su revisión o buscar la solución pacífica de las diferencias que por una u otra causa puedan originarse, el consentimiento de los sujetos interesados es inexcusable. Lo es, desde luego, para atribuir a un tercero, árbitro o juez, la competencia sobre un litigio, y ha de contarse con la cooperación *bona fide* de las partes para la observancia de una decisión, obligatoria pero sólo declarativa, que de no ser acatada quedará a expensas, como en general, la exigencia de toda responsabilidad y sanción por el incumplimiento de las reglas, de las fuerzas en presencia, de las relaciones de *poder*.

Buscando una interpretación de por qué los Estados cumplen por sí, directamente, las tres funciones indispensables de creación, verificación jurisdiccional y ejecución del Derecho, se ha dicho (G. Scelle) que las carencias institucionales de la sociedad internacional fuerzan el *desdoblamiento funcional* de sus miembros que, al actuar por su cuenta, también lo hacen por cuenta de la sociedad internacional. La imagen es tan atractiva como peligrosa. Al defender sus intereses legítimos los Estados defienden también los societarios; eso es atractivo.

Pero también es peligroso. Cuando en 1989 el presidente de los Estados Unidos decidió el bombardeo y ocupación de la ciudad de Panamá, mejor era alegar el interés de la humanidad en el respeto de derechos fundamentales violados por los gobernantes locales que reconocer la intolerancia estadounidense de cualesquiera gobiernos hostiles en el área centroamericana.

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

II. ¿ES EFICAZ EL DERECHO INTERNACIONAL?

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

3. *La observancia espontánea del Derecho Internacional*

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

de los intereses permanentes de la República. Los Estados son conscientes que las infracciones del orden internacional dañan uno de sus principales activos: su imagen exterior, y se disponen en todo caso para dotar de cobertura legal a sus decisiones y actos, por temeraria que parezca. No es nada nuevo. Ya Hugo Grocio advertía en 1625 (*De iure belli ac pacis*) que nadie podía escapar al juicio de su *conciencia* y al de la *opinión pública*: «a ellos apelan los débiles; en ellos son vencidos aquéllos que quieren vencer solamente por la fuerza...».

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

4. Relativismo, no formalismo e incertidumbre del Derecho Internacional

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

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

Tómese como ejemplo la Corte Internacional de Justicia (CIJ): menos de la mitad de sus sentencias y opiniones consultivas han sido adoptadas por unanimidad o con un solo voto en contra, casi todas ellas van acompañadas de opiniones disidentes, o de opiniones individuales de jueces que participando del dispositivo de la decisión sostienen argumentaciones omitidas o insuficientemente recogidas en sus consideraciones. En algunos casos, ha sido decisivo el voto del Presidente para dirimir un empate (*Sudoeste africano, segunda fase*, 1966; *Armas nucleares*, 1996). Ha habido ocasión en que la mitad de los jueces que han

votado a favor del dispositivo han manifestado su “profundo desacuerdo” con la motivación (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004).

Si esto sucede con un colegio de hombres honorables cuya misión es pronunciarse en Derecho —a menos que las partes acuerden someterse a una decisión de pura equidad, rara y hasta ignota *avis* (art. 38.2 del Estatuto de la CIJ)— ¿cómo no suponer la explotación de la *incertidumbre* del Derecho *dado* por sujetos con intereses contradictorios? Las denuncias de infracción constituyen un *leit-motiv* dialéctico de ida y vuelta porque nadie comete la torpeza de conceder al adversario la ventaja de la *lex lata*; lo que subyace, realmente, es una confrontación de *políticas* acerca de la norma.

La confusión deliberada de los aspectos jurídicos y políticos de la controversia oscurece sobremanera la apreciación de la eficacia, de la validez sociológica del Derecho Internacional. Puede, en definitiva, ocurrir que las infracciones que se achacan a otros no sean tales, sino reflejos críticos de un Derecho cuyo contenido es tan incierto como el círculo de los sujetos obligados y cuyo proceso de revisión aún no ha cristalizado.

5. *Libre albedrío, coercibilidad e intereses vitales*

Finalmente el Derecho, cualquier Derecho, es sólo un factor en el proceso de toma de decisiones de los sujetos, que siempre conservan la libertad para conformarse con él o quebrantarlo. El respeto de la norma jurídica puede ser —es— uno de los intereses interiorizados por destinatarios conscientes de la ganancia global que supone, aunque en el caso concreto la observancia de una determinada disposición cause algún perjuicio material. Por lo que hace al orden internacional ese respeto mejora a medida que la sociedad se institucionaliza, dotándose de medios de incitación y seguimiento de la aplicación de las reglas, de procedimientos obligatorios y vinculantes de solución pacífica de las diferencias, de mecanismos sancionadores de los infractores; en definitiva, cuando junto a las normas *primarias*, que regulan las conductas, florecen las normas *secundarias*, que sirven su observancia y proceso de cambio. Aparecen así los *regímenes internacionales*, normalmente alrededor de una Organización Internacional y en sectores particulares del Derecho Internacional. Eso es venturoso aunque, como veremos a su debido tiempo (v. par. 150, 286, 323, 330), no deja de ser problemático.

Asimismo, cabe mencionar la significación que pueden tener medidas internas, como la recepción constitucional de las normas generales del Derecho Internacional y su salvaguardia mediante el ejercicio de los controles parlamentarios y judiciales, para evitar que se desboque la acción exterior encomendada al Poder Ejecutivo. La *domesticación vertical* (H.Koh) del Derecho Internacional es una mayor garantía para su cumplimiento.

La *coercibilidad*, esto es la posibilidad de su imposición coactiva y la sanción de quienes infringen mandatos y prohibiciones, favorece la observancia *volunta-*

ria de la norma y, en caso de infracción, puede conducir a su aplicación forzosa y/o a la sanción por el incumplimiento (v. par. 328); pero no debe exagerarse su papel. El interés por seguir participando en un determinado régimen cooperativo e interactivo es, a menudo, más solvente cuando la participación retribuye el cumplimiento. El mundo del deporte ofrece inmejorables ejemplos. La observancia de las decisiones de organizaciones como la FIFA que, a la postre, es únicamente una sociedad de Derecho privado registrada en un cantón helvético, por sus destinatarios en todo el mundo, se debe sustancialmente al interés de éstos en seguir participando, en no ser excluidos. Particularmente significativa es la renuncia a derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, impuesta por tales organizaciones para salvaguardar la exclusividad de las instancias deportivas, so pena de exclusión. Cuando algunos gobiernos han tratado de inmiscuirse en los asuntos de las federaciones nacionales afiliadas, la advertencia de exclusión de la FIFA ha sido más efectiva que la amonestación del Santo Padre para que el gobierno de turno haya hecho su particular viaje a Canosa.

Nada asegura que, después de todo, las normas sean observadas. Pero, ¿podría ser de otra manera? Si incluso la pena de muerte es ineficaz para dejar a cero la estadística de homicidios (y los abolicionistas la estiman no más disuasoria del delito que otras penas), ¿que esperar de los Estados en sus relaciones con los demás cuando respetar las normas choca con la satisfacción de intereses que se califican *vitales*, *esenciales* o *muy importantes*? La supervivencia de los Estados no es materia de Derecho, dijo el antiguo Secretario de Estado D. Acheson para justificar la *cuarentena* impuesta por los Estados Unidos alrededor de Cuba en 1962, al tener constancia del transporte y almacenamiento en la isla de cohetes soviéticos dotados con cabezas nucleares. La misma Corte Internacional de Justicia se dejó seducir por lo que G. Jellinek (1882) llamó la *exigencia imperiosa* de la *conservación del Estado* para confesar su perplejidad acerca de la legalidad o no de la amenaza o del empleo de armas nucleares en una circunstancia extrema de legítima defensa en que la supervivencia misma de un Estado estuviese en juego (*Armas nucleares*, 1996).

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

Cuenta Richard A. Clarke (2004), *zar antiterrorista* bajo las presidencias de Bill Clinton y George W. Bush, que la primera vez que propuso la captura en el extranjero de un presunto terrorista, en 1993, Lloyd Cutler, asesor de la *Casa*

Blanca, solicitó una reunión con el Presidente para explicar que eso suponía violar el Derecho Internacional. Al parecer, Clinton estaba del lado de Cutler hasta que el Vicepresidente Al Gore se rió y dijo: “Por supuesto que es una violación del Derecho Internacional; por eso tiene que ser una operación encubierta. Ese tipo es un terrorista. Id y traedlo de los huevos”. Gore era un demócrata moderado, amante de la naturaleza, nobel de la paz. Su consejo puntual se hizo regla con las sucesivas administraciones de George W. Bush.

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

6. *Una apariencia de respetabilidad*

Ahora bien, incluso en los casos que la opinión pública identifica como violaciones escandalosas del orden internacional, se advierte el deliberado esfuerzo de los Estados por justificar su conducta en términos jurídicos. El mismo Kant, que no creía en la fuerza *legal* del Derecho de Gentes, advertía (1795) el homenaje que todo Estado rendía al concepto del Derecho: los padres del Derecho Internacional eran siempre citados para la *justificación* de un ataque bélico, sin que, por el contrario, se conociera ejemplo alguno —añadía con ironía— en que su testimonio hubiera movido a desistir de tal designio. Todo Kant era desde luego ajeno a la Administración de George W. Bush, pero a nadie pudo extrañar que tratase de presentar el recurso unilateral y masivo a la fuerza armada en Iraq en 2003 como una operación conforme con las normas internacionales.

Desde esta perspectiva el Derecho Internacional manifiesta su eficacia incluso en los casos en que podría entenderse objetivamente infringido por lo que un día se llamó la *razón de Estado*, ese *monstrum horrendum, informe, ingens*, al decir de Bynkershoek, que con tanta brillantez supo presentar Maquiavelo. Aun desestimado en la toma de una decisión, renace con vigor en las manos de los asesores jurídicos de las cancillerías, una de cuyas misiones estriba en justificar en términos legales la acción exterior del Estado. «Las disquisiciones legales son cosa suya» cuentan que dijo Federico de Prusia al ministro Podewils cuando, disponiéndose a apoderarse de la Silesia, se le advertía que por tratado solemne había renunciado a sus antiguos derechos. No en vano se llamaba a Federico el *rey filósofo*. Diríase que, en último término, los Estados buscan en el Derecho Internacional el tono de respetabilidad y decencia de que carecen, examinadas al desnudo, decisiones inspiradas en meras consideraciones políticas.

7. *Derecho y Poder*

Derecho y Poder se mueven por los mismos espacios. A medida que aumenta el *poder* de un Estado también lo hace su capacidad para tutelar sus intereses, influir en las políticas acerca de los contenidos y revisión de las normas y presentar adecuadamente sus comportamientos, incluso como el *ángel protector* de los intereses generales de una sociedad pobremente institucionalizada. El derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia) es la expresión extrema del formidable privilegio que hubo de reconocerse a los más poderosos al término de la Segunda Guerra Mundial, gracias al cual pueden hurtarse no sólo a las consecuencias de sus infracciones (y las de sus clientes) de la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, sino a la previa calificación de las mismas por el órgano al que se atribuye la responsabilidad primordial de proveer a la seguridad colectiva. La impunidad de que goza Israel, gracias a la cobertura de los Estados Unidos, para ejecutar una política violatoria del principio de libre determinación del pueblo palestino y de las normas fundamentales del Derecho Internacional humanitario y de los derechos humanos en Cisjordania y Gaza es, seguramente, el caso más característico de una aplicación gravemente discriminatoria de las normas inducida por el ejercicio del *poder* estatutario de la primera potencia militar sobre la Tierra (v. par. 67 y 525).

No obstante, también es cierto que los actos de los *grandes* atraen una atención que hace su *imagen* más sensible que las de los demás a las denuncias de los más débiles y numerosos, sobre todo cuando éstos cuentan con instancias de expresión colectiva, como la Asamblea General de las Naciones Unidas. De ahí el énfasis que los Estados aparentemente más desvalidos ponen en la articulación legal de sus intereses y la conciencia extendida de que el Derecho Internacional, instrumento de poder, sirve también para combatirlo en nombre de la *Justicia*. El poder es subterráneo, el Derecho terrenal y la justicia flota en las alturas; el primero puede apoderarse del segundo a través de las obligaciones más particulares, pero los principios, al reparo de la última, resisten mejor sus embates.

III. ¿UN DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL?

8. *La Universalización como proceso histórico*

Si las características de un ordenamiento jurídico son condicionadas por las de la sociedad cuyas relaciones pretende regular, los cambios en la estructura y funciones de una sociedad determinada repercutirán en los planos *horizontal* —subjetivo— y *vertical* —material— de su Derecho. Y si la sociedad internacional de *nuestro tiempo* se aleja de la del *tiempo pasado*, en la misma medida el Derecho Internacional se transforma en ambos planos. Se trata de un proceso

gradual. El mundo no es *Brigadoon*, la aldea escocesa que emergía de la niebla una vez cada cien años, amorosamente estática, expuesta a desaparecer si una de sus criaturas la abandonaba. El mundo evoluciona.

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

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

Sin embargo, reconociendo el valor que el estudio de tales relaciones tiene desde un punto de vista histórico, antropológico y, hasta cierto punto, comparado, para explicar el nacimiento de la sociedad y del Derecho Internacional tal como hoy los conocemos, basta con tomar como punto de partida la aparición y desarrollo en el continente europeo de una sociedad de Estados soberanos e independientes, que arranca a mediados del siglo XV con la desintegración de la llamada *Resública Christiana* (bajo la diarquía en tensión Imperio-Papado) y se asienta dos siglos más tarde con la Paz de Westfalia (1648). La sociedad internacional de nuestro tiempo es el resultado de la expansión y, finalmente, la universalización de esa sociedad, de sus valores, instituciones, reglas y prácticas.

En el período *fundacional* de la sociedad *europea* de Estados cristianos, soberanos e independientes, la Tierra daba asiento a otras sociedades *regionales*. China, bajo la dinastía Ming (1368-1644), era el *Centro* de un imperio —el más avanzado y poderoso a mediados del siglo XVI— a cuyo alrededor giraba una constelación de Estados vasallos y tributarios. El Islam, desbordando los límites del África Subsahariana en el oeste y de Insulindia en el este, contaba con tres centros hegemónicos, no bien avenidos, dispuestos a capitalizar políticamente la *comunidad de los creyentes*: el otomano, que se extendía por todo el sureste de Europa hasta la riberas del mar Negro, Anatolia, Mediterráneo oriental, norte de África y riberas del mar Rojo; el persa de los safavíes, que alcanzaba a gran parte de Iraq y de la Arabia feliz; el tártaro de las estepas eurosiberianas, que se desvaneció en las manos de Rusia para dar paso al imperio mongol establecido, de Beluchistán a Bengala, por el rey de Kabul (1526) y que se expandió hacia el

sur a costa de los *marathas* hindúes. Más allá del espacio euroasiático (el mundo entonces *conocido*), en África, América y Oceanía, había también un mundo *habitado* por un millar de grupos humanos diferentes en el que no faltaban los centros de poder como el azteca en el valle de México, el maya en el Yucatán y la América central, el inca en el Perú, con una red viaria que ha sido comparada con la *gran muralla* china...

Se ha debatido ampliamente sobre por qué fue la sociedad *europaea* y no una de las otras sociedades *regionales* del planeta la que protagonizó el proceso de expansión y universalización, habida cuenta de que no era ni la más extensa, ni la más poblada, ni la más rica, ni la más avanzada en artes y conocimientos científicos ni, en suma, la más poderosa. Sin entrar ahora en ese debate, que en nada altera los hechos, cabe destacar la coincidencia de las políticas expansivas de los reinos cristianos, dispuestos a llevar su competencia militar y económica a cualesquiera espacios ultramarinos, con la decisión del Imperio Chino (1436) de prohibir la construcción de naves para la navegación oceánica, por considerar que sólo desde tierra podía ser amenazado (de ahí la construcción de la *gran muralla*). Esta medida, que también fue adoptada por el Japón de Tokugawa dos siglos después (1636), supuso un error estratégico de dimensiones históricas, pues en aquel tiempo China no sólo contaba con la mayor flota del mundo, sino que, además, su almirante Cheng-Ho había arribado en sus viajes (siete entre 1405 y 1433) a Ormuz, en el golfo Pérsico, y Mogadiscio, en la costa oriental africana e incluso, se dice, más allá.

El *recogimiento* chino entregó la iniciativa del crecimiento económico, el poderío naval y el comercio mundial a los países europeos —en disputa con los mercaderes musulmanes— que bien supieron aprovechar en su beneficio los inventos orientales. Los europeos se adelantaron a otras culturas en la adaptación de la tecnología aplicada a la guerra y a la navegación oceánica (P. O'Brien); contaban, además, con una filosofía que conjugaba la unidad esencial del género humano con la gracia santificante del cristianismo, que justificaba la discriminación mientras la fe no calara en los recipiendarios de su acción proselitista, lo que siempre era un consuelo para todos. Asimismo, se ha subrayado la circunstancia de que la sociedad europea fue la única cuyos sujetos, coaligándose, combatieron con relativo éxito la perdurabilidad de las pretensiones hegemónicas individuales de los más fuertes entre ellos.

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

Estados Unidos, el primero de los Estados soberanos nacidos en América por obra de los colonos *europesos* en lucha con la metrópoli (Gran Bretaña), no quería saber nada de los manejos de *Europa*, pero se aplicó acuciosamente al exterminio de los pueblos indígenas en nombre del progreso. Así, el 6 de diciembre de 1830, al anunciar al Congreso la próxima *feliz consumación* de la remoción de los *Indios* de los asentamientos blancos, el Presidente A. Jackson, declaraba muy naturalmente: «... una tras otra, muchas tribus poderosas han desaparecido de la faz de la tierra. Acompañar a la tumba al último de una raza y caminar entre las sepulturas de extintas naciones excita melancólicas reflexiones... Nada de esto, sin embargo, ha de lamentarse dentro de una visión comprensiva de los intereses generales del género humano... ¿Qué buen hombre preferiría un país cubierto de bosques y recorrido por unos cuantos miles de salvajes a nuestra dilatada República, tachonada de ciudades, pueblos y prósperas granjas...?».

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

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

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

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

A este respecto la clasificación de James Lorimer, que distingue entre una humanidad *civilizada*, una humanidad *bárbara* (compuesta por los grupos humanos con un grado de organización superior al tribal fuera de la civilización cristiana) y una humanidad *salvaje* (compuesta por los grupos tribales), es particularmente ilustrativa. Las consecuencias que saca Lorimer de su clasificación son reveladoras. A la humanidad *civilizada* correspondía un reconocimiento político completo, lo que suponía la aplicación íntegra del Derecho Internacional *racional y positivo*. A la humanidad *bárbara* correspondía un reconocimiento político parcial, lo que suponía la aplicación íntegra del Derecho Internacional *racional* y una aplicación restringida y variable del Derecho Internacional *positivo*. A la humanidad *salvaje* correspondía, por último, un reconocimiento puramente natural o humano, lo que suponía el respeto, tan sólo, de los principios humanitarios del Derecho *racional*.

Con un utillaje terminológico más neutro (*civilizados, semicivilizados y no civilizados*) otros autores hacen propuestas similares: los países *civilizados* podían mantener relaciones convencionales con los *semicivilizados*, pero en lo no pactado podían prevalerse de su *potencia de hecho* para imponer sus políticas dentro de los principios de orden moral dictados por los sentimientos cristianos y de humanidad, los únicos, por otra parte, que podían amparar a los *no civilizados*. Es así como el Derecho Internacional, al que a mediados del XIX aún era del gusto germánico llamar *Derecho Público Europeo*, pasa a ser un Derecho Internacional *de los pueblos civilizados*, como titula su tratado el ruso Federico de Martens (1881). Por aquel entonces había gentes dispuestas a protestar por los abusos a los que podía conducir esta discriminación, pero muy pocos se atrevieron a rebatir sus premisas, en general con poco o ningún eco. Cabe recordar que aún el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional —en una formulación que ha permanecido como una incómoda evidencia en el de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia— se refería a los principios generales de derecho *reconocidos por las naciones civilizadas* como fuente del Derecho Internacional aplicable por la Corte (art. 38.1.c). Ahora todo Estado, por el hecho de serlo, se presume civilizado *iuris et de iure*.

La sociedad y el Derecho Internacional se hacen propiamente universales sólo a partir de la firma en San Francisco el 24 de octubre de 1945 de la Carta de las Naciones Unidas y la creación de la ONU. Entre los rasgos más sobresalientes de la sociedad y del Derecho Internacional que se fueron perfilando en los años sucesivos cabe destacar ahora:

1) La sociedad internacional renunció a los estándares de civilización (occidental) para justificar la negación a los pueblos autóctonos de los derechos de soberanía y, por lo tanto, de igualdad, lo que ocurrió sólo cuando el principio de la libre determinación animó la acción política que dio al traste con el colonialismo y el principio de no intervención, enarbolado sobre todo por los países latinoamericanos, fue definitivamente proclamado para atajar el imperialismo. Esta sociedad, ahora universal, era cosmopolita y muy heterogénea desde los puntos de vista de la organización política, económica y social y las concepciones culturales prevalentes en sus sujetos primarios, los Estados;

2) Se trataba, por otro lado, de una sociedad en vías de institucionalización, universal y regional, general y sectorial, con una impronta democratizadora reflejada en el estatuto de los miembros de las Organizaciones internacionales, la participación en órganos plenarios, las reglas de representación en los selectivos, y la formalización de los procedimientos. La institucionalización y relativa democratización de la sociedad influyó decisivamente sobre el proceso de creación y estimulación del Derecho Internacional y sus técnicas normativas, realizando el papel de las Naciones Unidas en la codificación y desarrollo progresivo de sus reglas generales mediante la elaboración de grandes convenios y la expresión de las convicciones jurídicas compartidas y consensuadas en declaraciones de la Asamblea General;

3) No todas las normas del Derecho Internacional, uno y general, eran dispositivas. Había obligaciones *erga omnes*, incluso un núcleo imperativo que escapaba a la voluntad soberana de los Estados *uti singuli* para pasar a manos de la *comunidad internacional en su conjunto*; y,

4) Este Derecho Internacional, no sólo se había *humanizado* al incorporar al ámbito de sus intereses la protección de los derechos humanos, sino que había dispuesto el monopolio de la fuerza armada en las relaciones internacionales a favor de las Naciones Unidas y, más concretamente, de su Consejo de Seguridad, de manera que sólo en caso de legítima defensa frente a un ataque armado podían los Estados, individualmente o en grupo, recurrir a las armas a menos que mediase una petición o una autorización del Consejo.

9. La Universalización, ¿proceso irreversible?

Con la *Declaración relativa a los Principios del DI referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (res. 2625-XXV, 1970, de la AG), los miembros de la ONU creyeron contribuir a la promoción del imperio del Derecho Internacional en las

relaciones interestatales y, en particular, a la aplicación *universal* de los principios de la Carta, desarrollados por la Declaración al cumplirse los veinticinco años de su entrada en vigor.

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

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

En cuanto a los *nuevos Estados*, no manifestaron una hostilidad sistemática y global al Derecho Internacional preexistente, en cuya formación no habían participado. En medio de la atmósfera caliente de la descolonización, hubo quienes (así, A. V. Freeman, 1964) afirmaban que era una *indigna compulsión* admitir como miembros de la sociedad internacional a entidades cuya primera contribución consistía en reemplazar normas que servían el interés común de la humanidad por otras que les permitían liberarse de inhibiciones por una

conducta irresponsable. Naturalmente estos opinantes confundían los intereses de la humanidad con los de las antiguas metrópolis. A decir verdad, los nuevos Estados aceptaban la generalidad de las normas que, por ser neutras en relación con la previa situación colonial, respondían a intereses generales; su actitud reivindicativa se circunscribía a las normas que, en su opinión, ignoraban o, directamente, lesionaban sus intereses. Desde este punto de vista, la descolonización estaba en contradicción con la conservación de normas que reflejaban la desigualdad jurídica y fáctica de la situación colonial. B. V. A. Rölling (1960), que se ocupó brillantemente de esta cuestión, observó con agudeza que la pretensión de imponer a los *nuevos Estados* un conjunto de normas de extracción europea con las que no estaban de acuerdo, no tenía otro sentido que el de mantener gracias a ellas un *status* que ya no podía ser garantizado por el poder. No cabía inmovilizar el Derecho Internacional justo en el momento en que los nuevos Estados accedían a la sociedad internacional. Había en su actitud un anhelo evidente por proceder a lo que P. Reuter llamó un nuevo *bautismo* del Derecho Internacional, un nuevo *compromiso* que responda a los intereses ahora relevantes en la formación de las normas.

No obstante, el enfrentamiento entre grandes potencias dio un sesgo negativo al formidable poder acumulado por cada uno de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y la Unión Soviética) que, conforme a la Carta de Naciones Unidas, contaban con: 1) el *privilegio del veto*, que les permitía *impedir* la aprobación de resoluciones sustantivas propuestas por los demás miembros, aunque no *imponer* sus propios proyectos; 2) el *privilegio constituyente*, que les permitía bloquear las enmiendas y reforma de la Carta; y, 3) de hecho, el *privilegio de la impunidad*, que les permitía infringir la Carta sin temor a ser siquiera amonestados. Todo ello favoreció la creación de órdenes hegemónicos regionales sometidos a una u otra gran potencia (v. par. 47).

10. ¿Un 'Nuevo Orden'?

En el otoño de 1990, cuando la Unión Soviética se avino a cooperar con Estados Unidos en el Consejo de Seguridad para sacar a Iraq de Kuwait, el Presidente George Bush compartió con la Asamblea General de las Naciones Unidas su visión de “un nuevo orden mundial y una larga era de paz: una asociación basada en la consulta, la cooperación y la acción colectiva, especialmente a través de organizaciones internacionales y regionales; una asociación unida por los principios y por la ley y apoyada en un reparto equitativo de costes y contribuciones; una asociación cuyos objetivos han de ser más democracia, más prosperidad, más paz y menos armas”. Interpretadas de buena fe sus palabras sugerían la asunción del *liderazgo* de la sociedad internacional para hacer realidad y profundizar en los principios e instituciones de la Carta, una vez superado el período de la llamada *guerra fría* y de la *coexistencia pacífica* en que capitalistas

y comunistas competían por prevalecer, mientras un *tercer mundo* trataba de amagar políticas de *no alineamiento* y de articular un sindicato reivindicativo de un desarrollo basado en un buen trato comercial y no sólo en planes de asistencia.

Sin embargo, desde que en noviembre de 1979 unos *estudiantes* islámicos ocuparon la embajada de los Estados Unidos en Teherán y tomaron como rehenes, con la aprobación de las autoridades locales, a miembros de su personal diplomático y consular, la tentación de defender el *establecimiento* mediante la ocupación represiva de la *revolución* por los agentes del orden establecido o de fijar un cordón sanitario mediante el retorno a sociedades regionales separadas (*intra muros*, la ley; *extra muros*, la fuerza) se hizo recurrente y visible cada vez que se producía una violación espectacular del orden internacional mediante la comisión de actos terroristas. Desintegrada la Unión Soviética y desmoronado el orbe socialista, un conocido politólogo, S. P. Huntington, obtuvo un gran éxito editorial y mediático al afirmar como paradigma del futuro, en la última década del siglo XX, una *lucha de civilizaciones* cuyo eje giraría en torno al conflicto de Occidente con la coalición *islámico-confuciana*. Esta clase de pronósticos, desmesurados, que pasan por alto la observancia cotidiana de las normas internacionales en numerosas áreas, echan leña en el fuego de las políticas de fuerza y propician en el ámbito del Derecho, cuando son aceptados, los enfoques más retrógrados.

Los crímenes terroristas del 11 de septiembre de 2001, cometidos en Nueva York y Washington por *Al Qaeda* crearon el ambiente social y político más favorable para que Estados Unidos, bajo la presidencia del segundo Bush (George W.), hiciera de esta *lucha* un elemento vertebral de la llamada *revolución conservadora*, dándole músculo a la *globalización*, aupada por la victoria, que se decía definitiva, del neoliberalismo. Fundamentalistas cristianos, intereses corporativos, especialmente de los sectores financieros, de la energía y de la industria de defensa, implantados en el Congreso y en la Administración, dieron pábulo al proyecto de un *nuevo orden* mundial, vocacionalmente imperial o, en todo caso, fuertemente hegemónico, en el que Estados Unidos, primera potencia sobre la Tierra, debía velar por su seguridad e intereses y realizar su modelo de sociedad global como estimase oportuno, sin dejarse mediatizar por normas jurídicas internacionales y mecanismos multilaterales. Aunque ya antes la política exterior de los Estados Unidos ofrecía claros signos de *unilateralismo*, este enfoque alcanzó punto culminante con la agresión a Iraq en 2003.

Entre los síntomas de transición hacia lo uno (el vaciamiento o la manipulación de las normas en vigor gracias a las prácticas hegemónicas) o lo otro (un cambio total de la naturaleza del sistema para implantar un Derecho imperial) cabe mencionar: 1) la acusada inclinación a reemplazar las normas y las instituciones jurídicas por los compromisos exclusivamente políticos; 2) la identificación esencial del *poder* con la supremacía militar y, en último término, con la disposición a utilizar la *fuerza*, tratando de poner a su servicio las instituciones

internacionales y actuando unilateralmente en otro caso; y 3) la afirmación de que no hay órgano de Naciones Unidas competente para juzgar las decisiones de política exterior y de seguridad nacional de los Estados Unidos. El listado de decisiones que testimonian su aspiración al ejercicio solitario y no solidario del poder es largo.

Es la falsa y simple alineación entre *buenos* y *malos* (*the axis of evil*), de quien no está conmigo está contra mí, en la que se recrearon el Presidente George W. Bush y sus comparsas a ambos lados del Atlántico, insistiendo en una actitud pretendidamente ética, esto es, invocando criterios morales trufados de intereses que no lo son, para forzar una exclusión social y jurídica de los *malos* que permita entregarlos sin escándalo ni reacción a las medidas de fuerza de los *buenos*. Los más indomables entre los voceros republicanos reclamaban una *Liga de Estados democráticos* donde no hubiese más veto que el de Washington y fuese posible tratar *sicut feras* a los Estados rebeldes. Al Presidente de Estados Unidos *el mundo* le interesa sólo si está dispuesto a seguir a *América*.

Como veremos el curso de los acontecimientos en la guerra de Iraq hizo repliegarse a Estados Unidos a posiciones más conformes con el ejercicio de la hegemonía en el seno de las organizaciones internacionales que había practicado bajo la presidencia de Bill Clinton (1992-2000). Pero el fenómeno de la *globalización* y sus consecuencias parecía imparable. De él nos ocupamos a continuación.

IV. LA GLOBALIZACIÓN

11. *Mundialización y Globalización*

En un plano lingüístico la *globalización* es la *mundialización desde el punto de vista de la economía*. Afinando su significación en el campo de las relaciones y del derecho internacional, la *mundialización* es un *hecho*, un proceso histórico que culminó cuando la noción del tiempo y del espacio *européos* y, luego, *occidentales*, se hicieron mundiales. Esa *mundialización* fue durante un largo tiempo compatible con una visión *eurocéntrica* de la sociedad internacional mundial, arropada por conceptos como el deber sagrado de extender la *civilización* a bárbaros y salvajes con métodos coloniales e imperialistas y propagar las bondades del liberalismo y del capitalismo *urbi et orbe*.

12. *Lo que caracteriza y se critica de la globalización*

La *globalización* se abre camino con el derrumbamiento del bloque socialista, cuyo símbolo más recurrente ha sido la *caída del muro de Berlín* en 1989, y la dislocación, del *Tercer Mundo*, presas del pánico muchos de sus miembros, dispuestos a entregar los estandartes de combate por un *Nuevo Orden Económico Internacional* a los adalides del bloque liberal y capitalista.

Cinco factores son decisivos: el científico y tecnológico, el ideológico, el económico, el social y el institucional.

El factor científico y tecnológico se concreta en los avances que se producen en los campos de la microelectrónica, las telecomunicaciones y la informática, que provocan una revolución en la información y las comunicaciones. Ambas se caracterizan por la instantaneidad y la ubicuidad. Este factor, por sí solo, no es globalización; es una etapa final en el desarrollo de la *mundialización* y de él pueden obtener ventaja los individuos como tales (hasta hablarse de su *empoderamiento*, al menos como actor colectivo) y los grupos de diferente índole, los que conforman, por ejemplo, la sociedad civil internacional (lo que no es Estado ni mercado, según la aguda acotación de U. Beck), además, como es obvio de las instituciones públicas y las empresas, sea cual sea su dimensión. Acompañan a esta *revolución* los medios de transporte. En particular, la densificación y abaratamiento del transporte aéreo lo abren a las masas (emigrantes, turistas, ejecutivos).

El factor ideológico implica la proclamación del neoliberalismo como la ideología triunfante. Según Francis Fukuyama se había llegado al punto final en la confrontación de las ideas políticas, la democracia liberal occidental se había universalizado como la forma definitiva del gobierno humano. Desde ese momento el único problema —aunque difícil— a resolver era la duración del proceso mediante el cual los países en desarrollo se incorporarían al mundo desarrollado.

Los factores económico, social e institucional, son corolarios lógicos del factor ideológico. En 1989, el mismo año que cae el *muro de Berlín*, se redacta el *Consenso de Washington* (John Williamson) donde enumera las diez políticas —los diez mandamientos— de las instituciones y grupos económicos influyentes con sede en Washington, predicadas por los *Chicago boys* de Milton Friedmann en todos los rincones de la Tierra. El factor económico implica un mercado mundial liberalizado en mercancías, servicios y capitales, la desregulación de las actividades económicas, la privatización de bienes y servicios, la protección de las inversiones extranjeras y un ventajoso tratamiento impositivo de las rentas del capital hasta un punto que los Estados receptores pierden soberanía sobre su política económica y fiscal. Incluso servicios como el penitenciario o las Fuerzas Armadas son parcialmente privatizados y transforman el servicio público en negocio privado. En lo social, se promueve el desmantelamiento de las políticas tuitivas, protectoras de los trabajadores, de los jubilados, de los grupos más vulnerables, el desmantelamiento, en suma, de lo que se ha llamado el *Estado del bienestar*. Ahora el bienestar se predica del *mercado*, de las grandes corporaciones financieras y empresariales que, gracias al Estado mínimo —garante del orden público y de la beneficencia— a su servicio, podrán segmentar sus actividades, *deslocalizarlas*, externalizarlas... (v. *Doing Business* del Banco Mundial, que sitúa en las primeras posiciones de su *ranking* a los países que

gravan menos las ganancias empresariales, asumen una concepción amplia de lo *privatizable*, o facilitan el despido de los trabajadores).

El llamado *nuevo constitucionalismo* trata de aislar los aspectos clave de la economía del control popular haciendo que los Estados, mediante los gobiernos adecuados, entreguen al *mercado* políticas, bienes y servicios públicos y, por si se arrepintieran, o los gobiernos fueran otros, incita a la asunción, mediante tratados, de obligaciones que los atan de pies y manos cuando pretenden intervenir en defensa de intereses generales con medidas fiscales, monetarias, económicas o comerciales. Lo que priva en el plano institucional es la *gobernanza*, término tomado, para la ocasión, del inglés (*governance*), referido a los modos y procedimientos de gestión y administración de empresas cuyo propósito es la obtención de la máxima rentabilidad al mínimo coste. Aplicado al sector público supondría que los servicios han de ser competitivos, si no privatizados para su mayor eficiencia por más básicos y esenciales que sean. El individuo se transforma en consumidor, usuario, cliente, y deja de ser ciudadano; el lucro se impone sobre el acceso de todos a determinados bienes públicos... Así se quiere gestionar el municipio, la región, el Estado... hasta llegar a la *gobernanza global*.

Si la *globalización* es todo esto —el Estado al servicio del mercado mundial liberal y capitalista beneficiario de una revolución científica y tecnológica— se entiende que los economistas no tengan necesidad de adjetivarla como *económica* porque la *globalización* por definición lo es. Véase, por ejemplo, la que propone el Fondo Monetario Internacional: “interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo provocada por el aumento del volumen y variedad de transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como los flujos internacionales de capitales, al mismo tiempo que la disposición acelerada y con garantías de tecnología”.

De ahí que los movimientos *anti-globalización*, protagonistas tanto de la *batalla de Seattle* (1999) como del Foro *Social* Mundial (de Porto Alegre a Bombay), contrapeso del Foro *Económico* Mundial (de Davos a Davos), tampoco necesiten adjetivarse ni caen en la contradicción que se les achaca de ser ellos mismos beneficiarios de la globalización que critican; porque los anti-globalizadores no hacen más que aprovechar, como tantos otros, las ventajas de la revolución tecnológica en las comunicaciones. Aunque los medios financiados por los patronos de la globalización tratan de difundir las imágenes más sesgadas de las manifestaciones *altermundistas* para descalificar los movimientos críticos, la mayoría de éstos se asientan sobre bases firmes de defensa de los bienes públicos y de valores que la globalización ignora, si no desdeña. Los críticos creen, en su mayoría, en el Estado democrático y ciudadano, estiman que los derechos humanos incluyen los derechos económicos y sociales, afirman que el desarrollo debe ser sostenible y, por ello, compatible con el respeto del medio natural, denuncian el desequilibrio entre el sistema transnacional de la globalización y la falta de instituciones políticas que presten la debida atención a los problemas mundiales, denuncian la globalización como el nuevo concepto, heredero del de *civilización*,

que tantas alegrías dio a colonialistas e imperialistas hasta hace sesenta años. Globalización igual a civilización adaptada a las nuevas tecnologías.

13. La crisis (2008-2010): de G-8 A G-20. Respuesta ‘global’

Octubre de 2008 se considera el punto alfa de una crisis mundial que se inicia con el fiasco financiero, con epicentro en Estados Unidos, originado en gran medida por las malas prácticas bancarias, y se extendió rápidamente a los países desarrollados y luego a los llamados emergentes y en desarrollo, desbordando el ámbito bancario para afectar a la economía en su conjunto y de ahí al empleo (la “tercera ola de la crisis” según D. Strauss-Khan, director-gerente del Fondo Monetario Internacional) hasta provocar la más grave conmoción experimentada desde el *crash* norteamericano de 1929. En el extremo de la cadena de consecuencias generadas por la crisis los países en desarrollo más pobres han evidenciado su vulnerabilidad. “Los países más pobres están pagando el precio de los errores de los países ricos”, constataba el mismo Strauss-Kahn,

No es ninguna novedad el recurso creciente a los *no-sujetos* y al *no-derecho* para avanzar en el manejo internacional de los problemas, quedando los sujetos (las Organizaciones internacionales) y las obligaciones jurídicas para instrumentar y ejecutar los acuerdos políticos de los conciertos informales. Pero sí puede ser novedad relativa que el G-8, formado por los siete países desarrollados con PIB más alto (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido) y Rusia (con la presencia adicional de la presidencia de la UE), haya traspasado el liderazgo en la respuesta a la crisis al G-20, donde toman asiento, con ellos, los países emergentes y representativos del mundo en desarrollo (África del Sur, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México y Turquía). Si G significa (en este contexto) *Grupo*, también puede significar *Global*. A partir de ahora el orden económico parece estar en las manos de estos grupos globales autodesignados o con miembros cooptados (v. Declaración de Pittsburgh, de 25 de septiembre de 2009)

No se trata, desde luego, de crear —como propuso la alemana Ángela Merkel— una especie de Consejo Económico Mundial, a modo de Consejo de Seguridad, con la responsabilidad primordial de garantizar la estabilidad financiera bajo reglas vinculantes en una economía de mercado; sólo de fijar principios rectores, mecanismos de cooperación y coordinación multilateral, derecho blando moldeable luego por los Estados, que serán los principales reguladores. Estamos ante mecanismos de cooperación informales, sin una infraestructura orgánica propia ni clase alguna de personalidad jurídica, que actúan como una especie de directorio selectivo, acordando medidas de naturaleza política, sin alcance jurídico obligatorio, reflejadas en declaraciones de jefes de estado y de gobierno que se sirven de un lenguaje promisorio relativamente genérico, en las que no falta una dosis apreciable de autobombo.

La respuesta ha sido *global*, porque, lejos de revisar los fundamentos del sistema para reconstruirlo sobre bases, más sanas, ha asumido los presupuestos de la globalización, inyectando masas enormes de dinero público (es decir, de los contribuyentes) en los circuitos bancarios privados a fines de su recapitalización, sin una adecuada exigencia de responsabilidades. Dada la complejidad de la elaboración de normas técnicas financieras, la obstinada resistencia de los banqueros, las relaciones cruzadas entre éstos y quienes han de articular las reformas y, finalmente, la escasa disposición de los *líderes* a enfrentarse con los sacerdotes de la banca, ya en la Declaración de Pittsburgh el desarrollo de las normas quedaba para finales del 2010 y su aplicación para dos años más tarde. “Los banqueros quieren regresar a las mismas prácticas que precipitaron el caos” observaba el Presidente brasileño, Luiz Inácio Lula da Silva.

Esta clase de socialización del sistema —que afecta a las pérdidas, no a los beneficios— no parece producir ninguna clase de aprensiones en los predicadores y beneficiarios del más crudo capitalismo. Si se tiene en cuenta la mezquindad con que se manejan los problemas del hambre, la salud o la conservación del medio ambiente a nivel mundial, la respuesta a la crisis financiera es aún más llamativa y pone de relieve quienes son los amos del mundo y quienes sus servidores. Porque no han de faltar los partidarios de deslizarse en el caos para desde la nada instaurar un orden, un modelo económico y social, que responda a objetivos que hasta ahora han ocupado lugares secundarios, en lugar de las políticas de apariencia reformista que sólo han de devolvernos a las fuentes de crisis llamadas a reproducirse más adelante.

El modelo económico y social del mundo desarrollado y las aspiraciones del crecimiento y desarrollo de los países emergentes puede ser insoportable para el medio natural y de ello, como de los problemas unidos a la miseria multifacética, tenemos una conciencia plena y compartida gracias al aprovechamiento de la información y el intercambio de opiniones e iniciativas, ubicuas e instantáneas, que facilitan los medios de comunicación resultantes de la revolución tecnológica y científica. Esta es la agenda del desarrollo sostenible, del comercio justo, de los derechos fundamentales de la persona en el orden económico y social. El *Consenso de Monterrey* (marzo de 2002) se había referido a una “nueva alianza” entre los países desarrollados y en desarrollo, comprometiéndose los *aliados* a movilizar sus recursos internos, atraer corrientes financieras internacionales, fomentar el comercio internacional como motor del desarrollo, incrementar la cooperación financiera y técnica internacional, aliviar y promover una financiación sostenible de la deuda externa y aumentar la coherencia y cohesión de los sistemas financieros, monetarios y comerciales internacionales. ¿Se han olvidado ya los objetivos proclamados por la llamada “Declaración del Milenio” (AG, res. 55/2, de 2000) para combatir el hambre, la pobreza de solemnidad de un dólar o dólar veinticinco al día, la falta de agua potable, de saneamientos, las enfermedades como el SIDA la malaria o la tuberculosis...?

Los dignatarios que han suscrito las declaraciones del G-20 dedican extensos apartados al cambio climático (interesadamente unido a la seguridad energética), al apoyo a los más vulnerables y a la creación de empleo “en el epicentro de la recuperación”, para rematar con el “imperativo de permanecer unidos en la lucha contra el proteccionismo” y la fe en una “economía global abierta” (v. Declaración de Pittsburgh). Los líderes resultan hasta conmovedores cuando se refieren a la facilitación de una energía limpia para los pobres en un mercado transparente; pecadores confesos, rezan su credo en un crecimiento “más verde”, su compromiso *histórico* con los *Objetivos de Desarrollo del Milenio*, su decisión de buscar en 2010 una conclusión “ambiciosa y equilibrada” de la Ronda de Desarrollo de Doha, su llamamiento a la ratificación (por los miembros del G-20) de los convenios para combatir la corrupción y su buena disposición para trabajar en la devolución a los países en desarrollo de los activos robados, su voluntad de *no escatimar esfuerzos* y adoptar *medidas energicas* para hacer frente a *la peligrosa amenaza* del Cambio Climático; incluso han encomendado al Banco Mundial el liderazgo en la respuesta a este problema, junto con la lucha contra la pobreza, la seguridad alimentaria y el desarrollo humano. Pero los fondos, los recursos, los medios, han ido a otros destinos.

Es revelador lo ocurrido en la Conferencia de Estados Partes en la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Copenhague, diciembre de 2009). Después de dos años de trabajo acucioso por científicos, expertos y probos funcionarios, y dos meses de declaraciones políticas de más altos funcionarios y políticos más altos que los más altos funcionarios prometiendo el acuerdo en la difícil hora de la Madre Tierra, se presenta al público un pacto entre caballeros cocinado a última hora por Estados Unidos con cuatro potencias emergentes (también en contaminación) cuyos objetivos no están a la altura de la situación, conforme a las predicciones científicas, y los recursos para satisfacerlos no están a la altura de los objetivos. La irritación de quienes ya han adquirido la conciencia ciudadana aumenta cuando se considera la rapidez con la que los mismos gobernantes que escatiman los medios para salvar el planeta se han apresurado a aprontar los recursos para salvar el sistema financiero y a quienes lo ordeñan. De ahí la desconfianza sobre la legitimidad, más allá de las apariencias, de las clases políticas instaladas.

En esta situación ha sido patente el desdén reservado por los países desarrollados a la *Conferencia sobre la crisis financiera y económica mundial y sus efectos en el desarrollo* (junio de 2009), convocada por el Presidente de la Asamblea General (¿el G-192?) para debatir la agenda mundial que no interesa a los globalizadores ni, más allá de la retórica y las fórmulas urbanitas (el *lip-service*) a los miembros del G-20. Boicoteada por todos los líderes occidentales y por los más altos ejecutivos del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, la calificó como la Cumbre de *los distintos*. El Presidente de la Asamblea General (Miguel D'Escoto) enunció cinco ejes que podrían dar coherencia a las iniciativas que busquen alternativas al

modelo actual: 1) la *utilización sostenible* y responsable de los escasos recursos naturales; 2) devolver a la *economía* a su debido lugar en el conjunto de la sociedad, superando la visión reduccionista que la hizo el gran eje estructurador de la convivencia humana; 3) generalizar la *democracia* a todas las relaciones sociales y a todas las instituciones; 4) forjar un *ethos mínimo* desde el intercambio multicultural y desde las tradiciones filosóficas y religiosas de los pueblos; 5) potenciar una visión espiritual del mundo”. El documento final de la Conferencia fue hecho suyo por la Asamblea General (res. 63/303, anexo).

V. EL DERECHO INTERNACIONAL EN UN CRUCE DE CAMINOS

14. La alternativa al ‘Nuevo Orden’

Hablar de un *Nuevo Orden* de la sociedad internacional, básicamente interestatal, no es una novedad. Se recurre a él frecuentemente cuando el *Orden* que ha venido regulando las relaciones sociales —que hemos llamado *Derecho Internacional* en la medida en que se traduce en normas y obligaciones jurídicas— sufre una crisis profunda. Un *Nuevo Orden* conduce a nuevas normas y obligaciones que, cuando profundizan en principios ya admitidos, reafirman y mejoran la validez del *Derecho Internacional*. Cuando no es así, durante un tiempo se tiene la impresión de que el *Nuevo Orden* se hace contra el *Derecho Internacional*. Pero esa impresión no dura siempre porque, finalmente, o bien el *Derecho Internacional* se acomoda a las políticas del *Nuevo Orden*, o bien es reemplazado por un *Derecho* que merece otras calificaciones.

No han faltado los apóstoles de un orden imperial *americano*, utilicen o no la expresión en sus análisis, que pronostican los beneficios para el mundo de una *pax americana* similares, en su opinión, a los que produjo en el XIX la *pax británica*. Pero, con independencia de la discutible virtud de las *paces* históricas, la alternativa actual de un mundo anárquico no es inevitable. Fue decepcionante comprobar que las promesas de liderazgo del primer Bush, en 1990, para hacer realidad y profundizar los principios de la Carta y el multilateralismo no se cumplieron. Pero entre el Derecho Imperial o la ocupación hegemónica del Derecho Internacional y el caos cabe volver a intentar profundizar en el Derecho Internacional cuyos principios proclamó la Carta de las Naciones Unidas, sin que fuera posible su desarrollo en los años de la *guerra fría*.

Ahora, cuando se cumple el primer decenio de un nuevo siglo, debiera entenderse que el universalismo de la sociedad y del Derecho Internacional es irrenunciable, que el acortamiento de espacio y tiempo por el avance de las (tele)comunicaciones y la interdependencia creciente de sujetos y actores internacionales hacen inviables las sociedades particulares o regionales estancas, relacionadas sólo episódicamente, y muy desestabilizadoras las concepciones imperiales y hegemónicas que niegan a los demás derechos dimanantes de la condición soberana y de la igualdad formal.

El Derecho Internacional edificado a partir de la Carta supuso un paso de gigante en la historia de las relaciones internacionales. Urge pues volver a ella, manifiestamente mejorable, para reconstruir el consenso sobre las instituciones que han de servir los principios que nos dimos y para ampliar o complementar estos principios. Hay que reforzar las instituciones internacionales haciéndolas más representativas y plurales, sin perjuicio de ser sensibles a la realidad del poder. Pero los más poderosos no han de estar por encima de la legalidad internacional ni sus pretensiones pueden imponerse unilateralmente a los otros sujetos soberanos, democráticamente organizados.

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

En una sociedad que cambia y se transforma sería ilusorio concebir el Derecho Internacional como un orden pacífico y compacto. Siempre habrá quienes quieran romper —y lo quieran radicalmente— el *status quo*, dada la frustración de sus intereses y aspiraciones. No se impugna la idea del Derecho ni la condición de parte en la sociedad internacional que, por el contrario, se reclama; se lucha alrededor y por la *sustancia* de las normas. No podemos analizar la realidad jurídica sólo desde las normas heredadas, sin entrar en el incierto e inestable proceso de su transformación, ni debemos aislar las violaciones del Derecho Internacional del contexto histórico en que se producen. Las falsas imágenes de una realidad deformada por la superioridad del *Primer Mundo* pueden ser atractivas para quienes le pertenecen; pero eso no libera su violencia de los límites legales.

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

Por otro lado, en la medida en que la *globalización* implica pasar el hecho de la *mundialización* por el cedazo ideológico del *neoliberalismo*, el componente *civilizatorio* hace de aquélla un mero instrumento de ocupación del mundo útil, estrangulando las posibilidades abiertas por una sociedad realmente universal. La *globalización*, lejos de servir la causa de la universalidad, la arruina. La sociedad *globalizada* no es la sociedad *universal*.

Los cambios sociales unidos al proceso de la *globalización* han atraído a un buen número de *actores*, pero ni hay una *gobernación sin Estados* ni éstos han sido superados como unidades básicas de la sociedad internacional, al punto que, en las palabras del *Grupo de Alto Nivel* que, a petición del Secretario General de Naciones Unidas redactó el informe sobre *las amenazas, el desafío y el cambio* (diciembre de 2004), cualquier suceso o proceso que socave ese papel “constituye una amenaza a la seguridad”. De lo que hoy se trata, pues, es de reforzar al Estado, mejorando la calidad de sus instituciones, legitimando su soberanía como un haz de competencias y servicios que ha de prestar a los individuos, recalcando su responsabilidad principal en la satisfacción de los fines sociales.

¿De qué sirve el Estado democrático si lo vaciamos de competencias? Si el Estado está en situación de inferioridad frente a las fuerzas globalizadoras en la medida en que su soberanía tiene una base fundamentalmente territorial mientras que aquéllas se mueven sin cortapisas a escala planetaria, los Estados, democráticos y ciudadanos, deben cooperar en organismos internacionales representativos y eficientes para atajar los abusos de la globalización y someterla a control, pues globalización ha sido también exclusión, segregación, dominación, desigualdad, dependencia, ha fomentado incluso la lucha dentro de las clases proletarias a nivel transnacional. Hablar de la globalización democrática es un sin sentido y no ha de confundirse el ciudadano *global(izado)* con el ciudadano del mundo.

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

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

El regionalismo es un hecho histórico que sigue proyectándose con fuerza, siendo a menudo las organizaciones de integración comercial, aduanera y económica y los mecanismos de cooperación política el mascarón de proa de un proyecto más complejo de vida en común de países que comparten un ideario, una cultura, un territorio. El genuino *regionalismo* supone la voluntad de producir y aplicar normas generales en la región y cuando asume procesos de integración plantea problemas y ofrece formas de participación en el sistema multilateral o universal alternativas o concurrentes a las del Estado soberano (siendo al respecto paradigmática la experiencia de la Unión Europea). Estas características distinguen el *regionalismo* del *particularismo* o, por lo menos, hacen de él una especie más sofisticada.

La comunidad de origen de las Repúblicas latinoamericanas, la percepción de que había problemas que les eran propios y la convicción de que las normas internacionales gestadas en Europa no se acomodaban en todo caso a sus intereses explican la aparición de un *Derecho Internacional Americano* (propia-mente latinoamericano), arquetipo de Derecho Internacional Regional. Junto a normas regionales reclamadas por la idiosincrasia de la región (por ej., el asilo diplomático, v. par. 433) o anticipatorias de normas generales (por ej., el *uti possidetis iuris*, v. par. 370-371), han de destacarse las *doctrinas*, es decir, las políticas *americanas* sobre las propias normas generales. En algunos casos —como el de la consagración de la *no intervención* en los asuntos internos (v. par. 49)— se trataba de reforzar las más naturales consecuencias del principio de soberanía, una norma general, que en la desigual relación con las grandes potencias saltaba frecuentemente en pedazos. En otros —el trato de los extranjeros o las condiciones de ejercicio de la protección diplomática (v. par. 364)— las repúblicas latinoamericanas trataban de frenar los abusos cometidos por Estados Unidos y los grandes países europeos en beneficio de sus nacionales, inversores o inmigrantes, además de recurrir en ocasiones, como ya hemos indicado, al uso de la fuerza armada para exigir el pago de reparaciones no siempre bien fundadas.

El límite de un Derecho Internacional *regional* —que comparte con los Derechos Internacionales *particulares*— está en el respeto de los principios estructurales de la sociedad internacional universal —lo que podríamos llamar, recuperando una vieja expresión, los *derechos fundamentales* de sus miembros,

y en primer término la soberanía e igualdad de los Estados (v. tema 2)— y en las normas imperativas (*ius cogens*) que limitan materialmente su comportamiento (v. par. 145-149). Las normas imperativas de la sociedad internacional protegen a los miembros más débiles en los falsos regionalismos hegemónicos (v. par. 52) y a la *región* como tal frente a los asaltos de potencias o grupos de potencias extrarregionales.

El *regionalismo* no ha de concebirse como una forma de autoexclusión de una sociedad más amplia. El *regionalismo* asume los problemas de la región; pero es compatible, más aún, se propone como plataforma para expresar más eficazmente una posición sobre problemas universales, imprimiendo fuerza a las propias doctrinas. La *región* defiende su identidad e intereses comunes en un *medio universal* cuyo cosmopolitismo refuerza. Al igual que el *particularismo*, el *regionalismo* puede ser beneficioso para el *multilateralismo* si responde a actitudes cooperativas; pero no lo será si se concibe como una alternativa animada por un espíritu autárquico o de confrontación.

No cabe, pues, un Derecho Internacional regional o particular como un orden paralelo. Esta es la crítica que se hizo en su día al denominado Derecho Internacional *socialista*, una construcción fundamentalmente de la doctrina soviética, que respondía a los intereses hegemónicos de la Unión Soviética en el campo social-comunista. Si este Derecho *socialista* se hubiera ubicado en el marco de un proceso federativo, su consideración pudo ser distinta. Dentro de una federación la autoridad federal puede, por ejemplo, usar la fuerza armada para prevenir y reprimir la violencia separatista con las limitaciones que imponen las normas del Derecho Internacional humanitario y las normas protectoras de los derechos humanos irrenunciables. Pero los propagandistas del Derecho Internacional *socialista* insistieron, una y otra vez, en que sus relaciones eran entre Estados soberanos e iguales, es decir, *internacionales*. Para la Unión Soviética se trataba de salvar el respeto formal de la soberanía de países incorporados a la zona de influencia soviética en el centro y este de Europa como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, y simultáneamente eliminar los obstáculos que el Derecho Internacional universal podía suponer para el ejercicio de su hegemonía. El Derecho Internacional *socialista* como una racionalización en términos legales del *imperialismo soviético* se consolidó cuando las fuerzas del Pacto de Varsovia aplastaron la vía checoslovaca al socialismo (1968).

PARTE PRIMERA
LOS SUJETOS

Los Estados

VI. CONSIDERACIONES GENERALES

16. La subjetividad internacional

Hace un siglo aún podía afirmarse que el Derecho Internacional era un *Derecho entre Estados única y exclusivamente*. Hoy esta definición sería incompleta. No sólo hay más Estados que nunca, como consecuencia de la descolonización y la desintegración de algunos países al término de la *guerra fría*, sino que, junto a los Estados, han aparecido otros sujetos de diferente naturaleza, las Organizaciones internacionales. De ahí que se hable del *polimorfismo* de la subjetividad internacional. A los dos centenares de Estados existentes se han sumado un número incluso mayor de Organizaciones universales (ONU) y regionales (UE, OEA, UA).

Las Organizaciones internacionales son imprescindibles para comprender la sociedad internacional actual, la hacen más *institucionalizada*; pero los sujetos base son y seguirán siendo los Estados que, en definitiva, las crean. Las Organizaciones enriquecen la fauna, pero el Estado es el Rey León. Hay Organizaciones internacionales porque hay Estados (v. tema 5).

Ha pasado, sin embargo, la época del mero Estado *existencial*, cuya subjetividad es síntesis mecánica de la conjunción de los elementos tradicionales de la estatalidad (población, territorio y gobierno propio), para alborar la era del Estado *legitimado*, atraído por el viento de la *libre determinación* de los pueblos (v. par. 79).

Hay sujetos intrínsecamente transitorios, como los pueblos *coloniales*, representados por *movimientos de liberación*, que se acaban transformando en Estados (v. par. 57). Otros, como los *beligerantes* e *insurrectos* gozan de una subjetividad limitada mientras disputan el poder en el Estado o contra el Estado (v. par.29). Hay quienes aspiran a que se reconozca su subjetividad, como los *otros* pueblos, que buscan un destino separado del Estado que los integra (v. par.68). Hay, además, sujetos *atípicos*, como la Santa Sede.

En el ámbito económico y social se detectan *fuerzas transnacionales*, incluso *globales*, que tienden a escapar al control de los Derechos internos sin penetrar aún decididamente en el Derecho Internacional: partidos políticos, asociaciones y fundaciones, grupos de presión de todas clases, sociedades internacionales, empresas multinacionales y la gama variadísima de organizaciones no gubernamentales (ONG) que permiten el alistamiento de hombres y recursos por encima o al margen de los Estados. La conversión de estos *actores* sociales —que componen la llamada *sociedad civil*— en *sujetos* de Derecho Internacional, con

un estatuto adaptado a sus características, es una etapa abierta de la teoría de la subjetividad internacional.

17. Los Estados en la sociedad internacional actual

Los Estados siempre han sido identificados como los sujetos *primarios* y *plenarios* del Derecho Internacional, ya que sólo ellos disponen *per se* de una subjetividad internacional sin condiciones. Cualquier otro sujeto lo es —o será— en función de que los Estados le confieran —con grados diversos— personalidad jurídica.

Pero si hay algo que caracteriza hoy a los Estados es su creciente interdependencia que fuerza a la cooperación internacional y al *multilateralismo* como única forma de afrontar los retos de un mundo globalizado e interconectado: paz, hambre, miseria, explosión demográfica, agotamiento de los recursos, degradación del medio ambiente, delincuencia organizada, terrorismo... Por otro lado, la perspectiva de la soberanía estatal ha cambiado a raíz de la importancia acrecida de principios como la *libre determinación de los pueblos* (v. tema 4) y la *protección de los derechos humanos* (v. tema 23). Esta realidad suscita dudas sobre la capacidad de los Estados para responder a los fines que han justificado históricamente su existencia y ha permitido hablar de la *crisis del Estado soberano*.

El Estado se somete así a otros descriptores. Se habla del Estado *minimalista*, que ha perdido el control de su política económica, en manos de un *mercado* gobernado por corporaciones transnacionales e instituciones financieras internacionales. Tratándose de países endeudados el intervencionismo de estas instituciones se extiende a cuestiones relacionadas con lo que llaman la *gobernanza* o el *buen gobierno*, influyendo en las políticas sociales mediante *ajustes*, canónico eufemismo, que afectan y son soportados por las clases medias y el proletariado (v. par. 12).

También se habla del Estado *desagregado*, víctima de movimientos centrífugos y el auge del *transgubernamentalismo*. Estados que han optado por la descentralización del poder político se ven involucrados en el aumento de los entes territoriales que con mayor o menor intensidad actúan en el ámbito internacional y crean redes *transgubernamentales* al margen de las interestatales.

Sin embargo, la superación del Estado o la posibilidad de una sociedad internacional sin Estados no se vislumbran en el horizonte. La sociedad internacional sigue necesitando al Estado, aunque ahora posea menos autonomía, poder o capacidad de decisión en algunos aspectos, se encuentre más condicionado por la participación de otros actores en las relaciones internacionales y necesitado de una aclimatación a las nuevas tecnologías.

El Estado *soberano*, como *unidad básica e indispensable del sistema internacional*, es el principal protagonista de la lucha contra todas las amenazas,

nuevas y antiguas, con las que nos enfrentamos, señaló el Secretario General de la ONU en su informe sobre la aplicación de la *Declaración del Milenio (Un concepto más amplio de la libertad...*, marzo de 2005). A ellos corresponde garantizar los derechos de sus ciudadanos... Se trata, pues, de fortalecerlos para que puedan ofrecer un mejor servicio a sus pueblos. Si los Estados son frágiles, los pueblos del mundo no gozarán de la seguridad, el desarrollo y la justicia. Necesitamos Estados capaces y responsables (v. par. 14).

La sociedad internacional es y seguirá siendo una sociedad de — aunque no sólo— Estados soberanos.

VII. ELEMENTOS DEL ESTADO SOBERANO

¿Cómo y cuándo nace un Estado? Tradicionalmente se considera que la existencia del Estado soberano es una cuestión de hecho dependiente de la concurrencia de tres elementos, que son constitutivos, según los principios del Derecho Internacional: un *territorio* determinado, una *población* permanente y un *gobierno* o *poder público* ejercido sobre esa población en ese territorio y capaz de entablar relaciones con otros sujetos soberanos.

Esta dimensión exterior del gobierno es especialmente relevante. Una comunidad políticamente organizada y asentada en un territorio no puede ser *Estado* para el Derecho Internacional si lo rechaza frontalmente como marco normativo de sus relaciones con los demás sujetos internacionales. La piratería no alumbró Estados (v. par. 412). Por lo mismo es importante el *reconocimiento* del Estado soberano por los demás (v. par. 30). Partiendo de estas observaciones el Estado es *algo más* que un hecho. El reconocimiento de otros Estados y Organizaciones Internacionales hace real, efectiva, la condición soberana del Estado.

18. El territorio

El territorio es el *espacio físico* —terrestre, marino y aéreo— *sobre el que se proyecta la soberanía o jurisdicción del Estado* y en el que éste ostenta el derecho exclusivo a ejercer sus funciones. El territorio es un elemento característico del Estado. Otros sujetos, como las Organizaciones internacionales, no poseen territorio propio, sino única y exclusivamente locales situados en el territorio de un Estado con el que han concertado su sede, o cuentan, en el mejor de los casos, con un territorio *funcional* —el de los Estados miembros generalmente— sobre el que ejercen sus competencias. Piénsese, por ejemplo, en la Unión Europea (v. tema 5).

La *dimensión* del territorio es, en principio, indiferente para que el Derecho Internacional atribuya la condición de Estado. No son más Estados Rusia, Canadá, China, Estados Unidos, Brasil, Australia, India y Argentina, que acu-

mulan la mitad de las tierras emergidas del planeta, que los cien Estados más pequeños que ocupan menos del uno por ciento de éstas.

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

La peculiaridad de los Estados *sin litoral* o *mediterráneos*, como en general las características del territorio terrestre respecto de la mar (continental, insular, archipelágico...), no afectan a la estatalidad, pero sí influyen en su estatuto jurídico (v. par. 400-403).

Lo esencial radica en la existencia de un territorio cierto, aunque sea reducido, y básicamente estable, aunque pueda ser controvertido o no esté completamente delimitado ni demarcado. Así, por ejemplo, la reivindicación de Venezuela sobre dos tercios del territorio de Guyana no supone negación de su estatalidad.

19. La población

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

Tampoco es relevante para el Derecho Internacional que la población se caracterice por su *nomadismo*, pero los inconvenientes que ello puede provocar en relación con la organización política del Estado determinan la puesta en marcha de *políticas sedentaristas*, contra las que nada hay que objetar siempre que respeten los derechos fundamentales de los individuos que la componen y las peculiaridades de los pueblos nómadas.

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

La *población* puede ser homogénea o heterogénea en función de múltiples rasgos que acompañan a los individuos que la componen. Se habla por eso de *minorías* dentro del Estado que, a su vez, pueden influir en su organización política. Las más importantes son las que tienen una base étnica o nacional (v. par. 68-74).

El Estado ejerce competencias en su territorio sobre todos los individuos, *nacionales y extranjeros*, con algunas limitaciones en este caso, que serán consideradas más adelante (v. par. 36-40, 343-353). El ejercicio de competencia sobre los *extranjeros* revela que la competencia territorial prevalece sobre la personal, pero ésta cuenta con un ámbito de acción propio. En efecto, las competencias que el Estado ejerce sobre sus *nacionales* trascienden las fronteras estatales para manifestarse fuera, bien en el territorio de otro Estado, bien en espacios internacionales (alta mar) o tratados como tales (Antártida).

20. *El gobierno u organización política*

La existencia de un *gobierno* constituye una presunción a favor de la existencia del Estado. Por *gobierno* ha de entenderse una organización política capaz de establecer y mantener el orden interno y apta para participar en las relaciones internacionales de forma independiente. Se impone así la exigencia de que, sea cual sea su forma, el sistema permita la realización de las actividades propias del Estado (poderes públicos) y, entre ellas, su relación con otros sujetos a través de lo que se ha denominado la *acción exterior del Estado* (v. par. 41, 417) Nos encontramos, en su doble vertiente —*ad intra* y *ad extra*— ante el elemento definidor por excelencia del Estado como sujeto de Derecho Internacional.

El Derecho Internacional clásico condicionaba la existencia de este elemento a su *efectividad*. En la práctica, como veremos más adelante, consideraciones políticas pueden hacer su apreciación muy laxa, especialmente en supuestos de gobiernos que *dejan de ser efectivos* (v. par. 22, 29).

Dicho esto, las características del *gobierno* son, como punto de partida, cuestión interna (principio de *autoorganización*). La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (AGNU, res. 2625-XXV) establece en este sentido que *todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político...*, y la Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de reiterarlo en el *caso Nicaragua* (1986). Será, por tanto, cada Estado el que en el ejercicio de este derecho determinará su estructura y régimen político y nombrará a sus gobernantes.

Atendiendo al *Gobierno* es posible establecer una clasificación según el régimen constitucional o la organización administrativa establecida, siendo muy útil la distinción entre Estados *unitarios* y aquellos que cuentan con una estructura *compleja* (federales, autonómicos, regionales...). Respecto de estos últimos, se plantea la cuestión de si los entes que los componen tienen subjetividad internacional, ya que sus Derechos internos les atribuyen competencias sobre materias que pueden tener una proyección exterior. Que éstos sean quienes gestionen la vertiente externa de sus competencias es algo que el Derecho Internacional acepta, pero que deciden los Derechos internos. Ahora bien, de cara a la sociedad internacional, sean cuales sean las manifestaciones de la acción exterior de estos entes, a las que se hará referencia oportuna (v. par. 153, 157), el sujeto es

el Estado soberano y él será el responsable del cumplimiento de las obligaciones que como miembro de la sociedad internacional le incumben (v. par. 298).

VIII. DINÁMICA DEL ESTADO

21. *Transformaciones del Estado*

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

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

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

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

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

c) En el *Gobierno* o forma de organización política, en cualquiera de sus abigarradas manifestaciones: porque se cambie de estructura (por ej., de Estado unitario a federal o viceversa), de régimen político (por ej., de monarquía a república o viceversa) o de gobernantes por cauces no constitucionales (en la misma historia latinoamericana la práctica hizo del *cuartelazo* un término universal).

También se puede cambiar de nombre. En unos casos se trata de recuperar una denominación histórica o de afirmarse frente a las antiguas potencias coloniales (así Siam pasó —o volvió— a ser Tailandia; Alto Volta, Burkina Fasso; Dahomey, Benin; Ceilán, Sri Lanka; Birmania, Myanmar; Camboya, Kampuchea, en un viaje de ida y vuelta...).

En otros casos se trata de subrayar un proceso de integración (así, Tanganica y Zanzíbar se convirtieron en Tanzania) o, en dirección inversa, preludear un proceso de divorcio (así Checoslovaquia sacrificó su diptongo para convertirse en República Checa y Eslovaca antes de disolverse. El Reino caravana de Ser-

bios, Croatas y Eslovenos, que quiso trascenderse en Yugoslavia, no ha sabido sobrevivir; el último de sus reductos, la República Federativa de Yugoslavia, se transformó en Serbia y Montenegro, preludio de una separación civilizada en 2006).

Hay quienes pretenden distanciarse de un régimen al que se asocia el nombre anterior (Zaire se convirtió en República Democrática del Congo), declarar una determinada paternidad ideológica (Venezuela pasó a ser República *bolivariana*) o apostatar de ella (muchas Repúblicas *socialistas* dejaron de serlo al término de la *guerra fría*).

El nombre puede ser también expresión de las reivindicaciones de un Estado, reales o atribuidas por otros. La *antigua República yugoslava de Macedonia* ha debido llamarse así y no, simplemente, *República de Macedonia* para obtener el reconocimiento de Grecia y, por ende, el de la Unión Europea (v. par. 28). Grecia recela del uso de la denominación de una de sus regiones ancestrales, patria de Alejandro. La *disputa onomástica* subyace a una demanda interpuesta por la *antigua república* contra Grecia ante la Corte Internacional de Justicia (2008).

Sólo mediando una pérdida absoluta e irremediable de uno de sus elementos constitutivos cabría considerar que el Estado desaparece. De no ser así el Estado continúa, con un territorio y una población acrecidos o menguados y/o bajo un gobierno y/o un nombre diferente. Consideremos los supuestos de extinción y nacimiento de Estados más detenidamente.

22. *Nacimiento y/o extinción de Estados*

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

a) Nacimiento con extinción

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

La *unificación* fue la vía por la que se produjo el nacimiento de la República Árabe Unida (1958-1961) constituida por Egipto y Siria, que duró poco y se disolvió pacíficamente, *resucitando* las partes; y, más recientemente, de Yemen, tras la entrada en vigor, del Acuerdo entre Yemen del Norte y Yemen del Sur (1990).

La *disolución* o *desmembramiento* de Checoslovaquia provocó el nacimiento de la República Checa y de Eslovaquia (1992). Otro tanto ocurrió con la Unión Soviética, una vez que las quince Repúblicas federadas recuperaron u

optaron por la independencia (1990-1991). También la República Federal Socialista de Yugoslavia ha desaparecido, desmembrada en seis nuevos Estados (1991-2006).

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

b) Nacimiento sin extinción

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

Caso de *separación* fue el de Singapur respecto de Malasia (1965) y, más recientemente, el de Eritrea, respecto de Etiopía (1993), aunque la fijación de sus límites esté resultando muy problemática; caso de *secesión* fue el de Panamá respecto de Colombia (1903) y el de Bangladesh, escindido de Paquistán (1971).

Un caso especial se plantea cuando los Estados separados o secesionistas rechazan su condición de Estado nuevo, reclamando la recuperación de una identidad que había sido sofocada por la fuerza. Así, los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania), anexionados por la Unión Soviética en 1940, pretenden en 1990 ser la continuación de Estados que nunca desaparecieron *de iure*. Recuperar el hilo de la legitimidad histórica con cincuenta años de retraso es admirable como símbolo, pero produce consecuencias disparatadas e injustas cuando inspira la regulación de situaciones creadas durante un largo período por un poder efectivo y no contestado (v. par. 347, 348).

c) Extinción sin nacimiento

La sociedad y el Derecho Internacional actual no toleran la existencia de *vacíos de soberanía* en espacios terrestres. De ahí una viva resistencia a aceptar la desaparición de un Estado incluso en supuestos en que es evidente la situación de ingobernabilidad. La inercia, alimentada por el afán de estabilidad y seguridad, hace que se siga reconociendo al gobierno preexistente, por ficticio que sea su poder. Para salir de situaciones caóticas en Estados reconocidos Naciones Unidas puede arbitrar mecanismos de asistencia y operaciones de mantenimiento, imposición y consolidación de la paz y reconstrucción, contando en su caso con el consentimiento y cooperación de los actores locales (v. par. 518). Excepcionalmente puede considerar la asunción temporal de la administración del

Estado o de una parte del mismo (Kosovo), en términos similares a los aplicados en algunos supuestos de descolonización (Irián Oriental, Timor Oriental).

En los casos de *ocupación* y *anexión*, son las propias normas imperativas del Derecho Internacional las que en la actualidad exigen mantener el reconocimiento del Estado ocupado o anexionado y de su gobierno, eventualmente *en el exilio*. Esto es consecuencia de la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales, salvo legítima defensa (v. par. 490-502), y la exclusión de la conquista como título legítimo de adquisición de dominio (v. par. 368, 369). Cuando Kuwait fue ocupado y anexionado por Iraq (1990) el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas autorizó a los Estados miembros el recurso a todos los medios para expulsar a Iraq del Emirato. Una coalición bajo el liderazgo de Estados Unidos ejecutó (1991) una operación militar que satisfizo ese objetivo (v. par. 515).

El único supuesto en que es posible la extinción de un Estado sin que se produzca el nacimiento de un Estado nuevo es consecuencia de su *absorción pacífica* por un Estado preexistente.

Fue el caso de Alemania (1990). La República Federal de Alemania (que da nombre al Estado unificado) absorbió a la República Democrática Alemana aunque formalmente se presentara como una unificación producto de los tratados suscritos por ambas.

d) *La calificación*

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

La continuidad o no de la identidad del Estado *viejo* tiene importantes consecuencias sobre la *sucesión*, lo que explicaría las posturas contradictorias de los secesionistas, que reclaman la disolución del Estado, para aumentar sus expectativas sucesorias (abstracción hecha de las deudas), y de los que, fracasados en el intento de conservar íntegro el Estado, aspiran a conservarlo aun menguado. El acuerdo de los interesados es esencial para hacer frente con eficacia a estas situaciones (v. par. 34, 35); en su defecto, el reconocimiento de los terceros —Estados y OI— inclinará la razón práctica de un lado o de otro, atendiendo no sólo a consideraciones objetivas (por ej., el porcentaje de población, territorio y recursos conservado por el Estado que pretende la continuidad o su relación histórica con el viejo Estado), sino también de interés y oportunidad política. Los casos de la Unión Soviética y de Yugoslavia son ilustrativos.

Las Repúblicas que formaban a finales de 1991 la Unión Soviética —de la que ya se habían desenganchado los países bálticos— acordaron, por una parte, darla por extinta y crear una denominada Comunidad de Estados Independien-

tes (CEI) cuya subjetividad internacional, de existir, se sitúa en el rango de las Organizaciones internacionales; y, por otra, reconocer a Rusia como sucesora universal de la Unión como Gran Potencia, incluida su condición atómica y la membresía permanente del Consejo de Seguridad, lo que fue aceptado por Naciones Unidas y los Estados miembros, buscando objetivarlo con la consideración de Rusia como el núcleo esencial, por dimensión, población e historia, de la Unión.

En el caso de Yugoslavia, la pretensión de la República Federativa del mismo nombre, compuesta por Serbia y Montenegro (1992), de mantener la identidad de la vieja Federación, se dio de bruces con la afirmación de su disolución por las repúblicas secesionistas de Eslovenia, Croacia y Bosnia y Herzegovina, que componían con Macedonia, separada pacíficamente, la antigua Yugoslavia. Según su punto de vista, Yugoslavia habría sido reemplazada por nuevos Estados, ninguno de los cuales podía arrogarse la continuación en los derechos del extinto.

Después de un tratamiento kafkiano de la situación en los diferentes órganos de Naciones Unidas, incluida la Corte Internacional de Justicia, y posicionamientos de terceros a menudo incongruentes, la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) claudicó en sus pretensiones de continuidad (2000) y solicitó la admisión como nuevo miembro de las Naciones Unidas. Cuando en 2006 Montenegro se separó a su vez de Serbia no ha habido objeción en considerar a ésta continuadora de la personalidad internacional del Estado y tratar a Montenegro como un Estado nuevo.

IX. EL RECONOCIMIENTO DE ESTADOS

23. *Noción*

Hace años el Instituto de Derecho Internacional (Bruselas, 1936), definió el reconocimiento de Estados como el *acto libre* por el cual *uno o varios Estados constatan la existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones del Derecho Internacional, y manifiestan consiguientemente su voluntad de considerarlo como miembro de la Comunidad Internacional.*

Aunque la hipótesis de que parte el Instituto y sobre la que se discurre generalmente es la del Estado *nuevo*, el *reconocimiento* opera en relación con todas las modificaciones de la estatalidad. Tratándose, por ejemplo, de la pretensión de *identidad y continuidad* del Estado sostenida por una de las unidades estatales resultantes de lo que otras consideran un *desmembramiento* que ha terminado con él, apenas es preciso subrayar su importancia. En todos los casos el reconocimiento guarda una estrecha relación con la *sucesión* de Estados.

24. Sujetos que realizan el reconocimiento

Aunque la clásica definición del Instituto sólo menciona a los Estados, el reconocimiento también puede ser realizado por una Organización Internacional. En el primer caso, el reconocimiento es competencia del poder ejecutivo a través de los órganos encargados de la acción exterior (v. par. 417). En el segundo, nos encontramos ante el denominado reconocimiento *colectivo*. Ahora bien, el reconocimiento de un Estado por una Organización que se produce, por ejemplo, cuando decide su admisión como miembro, no implica necesariamente el reconocimiento por todos y cada uno de los demás miembros.

25. Formas

El principio del *no formalismo* que rige la creación de obligaciones en DI se manifiesta también en el reconocimiento de Estados, que puede ser *expreso* o *implícito*.

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

Ejemplos de reconocimiento *mutuo* o *recíproco* fueron los de Israel con Egipto, la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) y otros países árabes. Un ejemplo de reconocimiento *conjunto* nos lo brinda el Tratado tripartito de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación (1993) con el que España y Francia reconocieron al Principado de Andorra como Estado soberano.

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

El reconocimiento *implícito* es consecuencia inexcusable de determinados actos. El principal problema que plantea este tipo de reconocimiento es la constatación de la voluntad de reconocer por parte del sujeto al que son imputables los actos de que se trate. Existen determinadas conductas que no plantean dudas sobre la voluntad de reconocimiento que las acompañan como, por ejemplo, el establecimiento de relaciones diplomáticas con el nuevo Estado, o el voto favorable a la admisión en una Organización internacional sin manifestación en contrario. Así, España reconoció a Corea del Norte (1991) cuando, junto con otros países europeos, votó favorablemente su petición de ingreso en la ONU. Pero existen otros actos de significación más incierta, que habrán de apreciarse caso por caso.

Un documento que sirve en bandeja la distinción entre el reconocimiento expreso y el reconocimiento implícito es el *Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia y Herzegovina* (1995). Su artículo X dispone que «la RF de Yugoslavia y la R. de Bosnia y Herzegovina se reconocen mutuamente como Estados soberanos independientes dentro de sus fronteras internacionales». He ahí un reco-

nacimiento *expreso*. En el artículo I del mismo acuerdo se afirma que las Partes (Bosnia y Herzegovina, Croacia y la RF de Yugoslavia) «conducirán sus relaciones de acuerdo con los principios establecidos por la Carta de las Naciones Unidas...; en particular, las Partes respetarán totalmente la igualdad soberana de las demás, arreglarán sus diferencias por medios pacíficos y se abstendrán de toda acción, por amenaza o uso de la fuerza o de cualquier otro modo, contra la integridad territorial o la independencia política de Bosnia y Herzegovina o de cualquier otro Estado». Aunque la RF de Yugoslavia y Croacia formalizaron expresamente su mutuo reconocimiento en 1996, es difícil encontrar un ejemplo de reconocimiento implícito más claro que éste.

26. Límites a la discrecionalidad

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

Es una prerrogativa de cada sujeto internacional decidir si y cuando va a reconocer. El Derecho Internacional general no lo obliga a hacerlo y, en consecuencia, el retraso o la negativa de reconocimiento no generan responsabilidad internacional (v. par. 297, 302). Son muchas las circunstancias que pueden motivar las actitudes negativas y retardatarias pero, sin duda, las de carácter político son las que más influyen.

Ahora bien, si la libertad de reconocimiento del Estado —a menos que medie una obligación convencional— es prácticamente absoluta mientras no se ejerce, es decir, mientras no se reconoce, encuentra límites cuando de reconocer se trata. La discrecionalidad del Estado está constreñida al respecto por: a) la observancia de las normas imperativas del Derecho Internacional, y b) la verificación de los elementos del Estado en el sujeto reconocido. Veámoslo.

27. La observancia de las normas imperativas de Derecho Internacional

Así, el reconocimiento de un Estado nacido gracias a la intervención o el uso de la fuerza de un tercero sería en sí mismo un ilícito internacional. Si no cabe reconocer las adquisiciones territoriales de un Estado mediante uso de la fuerza, tampoco cabe el reconocimiento de un nuevo Estado internacionalmente ilegítimo (v. par. 494).

Ya en la época de la Sociedad de Naciones se negó el reconocimiento al Manchukúo, nacido (1932) gracias a la ocupación japonesa de Manchuria para sobrevivir efímeramente como Estado fantoche. La práctica de Naciones Unidas ofrece otros ejemplos en los que el Consejo de Seguridad ha recomendado o impuesto la obligación de no reconocer Estados cuyo nacimiento se había producido en contravención del *ius cogens*. Así ocurrió cuando (res. 541, de 1983) invitó a los Estados a no reconocer a la República Turca de Chipre, proclamada ese año por la administración turco-chipriota instalada en el norte de la isla desde

1974, gracias a la intervención armada de Turquía. Tampoco cabía reconocer como Estados soberanos los *bantustanes* creados por África del Sur para consolidar su política de *apartheid* o segregación racial y defraudar la aplicación del principio de libre determinación, una política que abandonó sólo en 1994 (v. CIJ. *Kosovo*, 2010).

28. La verificación de los elementos del Estado en el sujeto reconocido

La declaración unilateral de independencia de Kosovo en 2008 por representantes de la mayoría albanesa de la provincia serbia mientras estaba sometida a la administración temporal de las Naciones Unidas (C. de S., res. 1244, de 1999) ha planteado la cuestión de su conformidad con el Derecho Internacional, habiendo la Asamblea General (res. 63/3) llamado a pronunciarse a la Corte Internacional de Justicia por vía consultiva (v. par. 466). La Corte, como cabía esperar, constató que el Derecho Internacional general *no prohíbe* las declaraciones de independencia, lo que no implica el *derecho* a formularlas. En términos más discutibles la Corte considera que la declaración no infringe la resolución 1244 (2008), en particular, porque sus autores no estaban obligados por la resolución. Pero la Corte previene que la pregunta que le había sido formulada no requería una respuesta sobre la conformidad de esa declaración con el Derecho interno, ni acerca de si Kosovo había adquirido o no la calidad de Estado ni si su reconocimiento como tal era válido y producía efectos jurídicos (*Kosovo*, 2010).

Y ese es el punto. Una declaración de independencia, a menos que reglas especiales lo prohíban (como la res.1244 del C. de S., según nosotros la interpretamos) es relevante en el orden interno del Estado al que afecta, pero no lo es en el orden internacional (a menos que se presente como accesoria de una violación de normas imperativas). A partir de ahí, que fructifique en Estado o frustre como una patada a la luna dependerá de que se den en el ente del que se predica los elementos del Estado. Puede haber, en definitiva, Estado sin declaración y declaración sin Estado.

Un reconocimiento sin que se den los elementos constitutivos del Estado en el ente como tal reconocido es un acto de *intervención* en los asuntos internos de otro, envuelto en las turbulencias propias del tornado existencial que arriesga su integridad (v. par. 48). Cuando en 1776 Francia reconoció la independencia de los Estados Unidos, Gran Bretaña le declaró la guerra.

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

Hablamos de un reconocimiento *prematureo* cuando la estatalidad está *in fieri* o, en el mejor de los casos, *in statu nascendi*. Un reconocimiento así, motivado políticamente, puede ayudar a adelantar y afianzar el nacimiento del nuevo su-

jeto y facilitar su plena participación en las relaciones internacionales, pero en absoluto está demostrado que sea siempre un factor estabilizador.

En el ámbito de la descolonización el reconocimiento de Estados fue utilizado para apoyar la lucha de los movimientos de liberación frente a las potencias coloniales reacias a sacar las consecuencias de la libre determinación. La misma ONU se dejó llevar por esta actitud militante al apreciar determinadas candidaturas a la membresía, reservada a Estados. Un ejemplo bien notorio fue el de Guinea-Bissau, admitida como miembro cuando Portugal aún controlaba una buena parte del territorio africano (v. par. 66). La admisión de la República Árabe Saharaí Democrática (RASD) —reconocida además por varias decenas de Estados— por la Organización de la Unidad Africana (OUA), a pesar de su exclusión del territorio útil del Sahara debido a la ocupación marroquí, es otro ejemplo pertinente. Al margen de la descolonización, el reconocimiento de Kosovo como Estado soberano por Estados Unidos y una mayoría de miembros de la Unión Europea puede también considerarse desde este punto de vista.

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

Así, cuando los Estados miembros de la Unión Europea se plantearon una *posición común* frente a los nuevos Estados surgidos de la descomposición del *bloque socialista*, incluida muy especialmente la misma Unión Soviética y, también, Yugoslavia, que se consideraba *fait accompli*, acordaron no conformarse con la mera verificación de los elementos constitutivos del Estado, insistiendo en la satisfacción de otras condiciones para proceder al reconocimiento formal de quienes lo solicitaran (1991). Se pidió, en efecto, a los nuevos Estados contar con una base democrática y aceptar una serie de obligaciones internacionales, derivadas de la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos, así como ciertos compromisos en materia de derechos humanos, derechos de las minorías, inviolabilidad de las fronteras, desarme y no proliferación armamentista, arreglo pacífico de las controversias, en particular sobre sucesión (negociación o arbitraje), y no reconocimiento de las entidades nacidas de la agresión.

A estas condiciones se añadieron, tratándose de las antiguas repúblicas yugoslavas, otras, tanto *formales* (informe previo de la *Comisión Badinter* sobre el cumplimiento de las condiciones), como *materiales* (tendientes a evitar conflictos con algún Estado miembro de la Unión Europea: así, la prestación de garantías constitucionales y políticas de renuncia a reivindicaciones territoriales, actividades hostiles de propaganda o, incluso, la utilización de un *nombre* susceptible de esconder una reivindicación territorial). En la práctica, mientras las presiones de Grecia retrasaron sobremanera el reconocimiento de Macedonia (a pesar del dictamen favorable de la *Comisión Badinter*) las de otros miembros de la Unión Europea, particularmente Alemania, impusieron el reconocimiento apresurado de Eslovenia, Croacia y Bosnia y Herzegovina con el alegato, que se reveló equivocado, de que así se favorecía la paz (sin que las reservas formuladas en los

dos últimos casos por la *Comisión Badinter* fueran tratadas con el debido rigor (1992). Más recientemente, cuando en 2006 se planteó en Montenegro la separación de Serbia, la Unión Europea condicionó su reconocimiento a que dicha opción fuera respaldada por la mayoría absoluta de los electores. De hecho se pronunció por la independencia el 55,5% de los inscritos en el censo electoral.

29. *Distinción con el reconocimiento de gobiernos*

Ha de distinguirse entre la apreciación del *Gobierno* como elemento del Estado a efectos de su reconocimiento y el llamado *reconocimiento de gobiernos* que acontece cuando en un Estado se produce una asunción inconstitucional del poder (gobiernos *de facto*) o en medio de un conflicto civil distintas facciones lo disputan. En estos casos el problema es, esencialmente, de representación del Estado. Si una de las partes cuenta con una legitimidad constitucional de origen, lo que procede es mantener su reconocimiento como representante del Estado, reconociendo a la otra u otras, en su caso, según la efectividad de su control territorial, el estatuto de *insurrectos* o *beligerantes*. Pero si los beligerantes o insurrectos se hacen con la práctica totalidad del territorio y el gobierno constitucional deviene una ficción, cabe esperar que se reconozca a aquéllos la representación del Estado. Hay no obstante, inercias, intereses políticos y doctrinas legitimistas que pueden retrasar esa decisión (v. par. 80).

Así, por ejemplo, fue el gobierno nacionalista recluso en Taiwán —y no el comunista bajo cuyo control se encontraba todo el territorio continental— el que representó a China en Naciones Unidas hasta 1973. En Camboya, el gobierno genocida de Pol-Pot conservó la representación del Estado en Naciones Unidas y en un buen número de países por la negativa de Estados Unidos, China y otros de reconocer al gobierno resultante de la intervención de Vietnam (1979), que se consideraba una ficha de la Unión Soviética. Tratándose de Afganistán, el Emirato Islámico —los *talibanes*— aun ocupando la mayor parte del territorio afgano, sólo era reconocido en 2001 por tres países (Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos y Paquistán), mientras que el resto del mundo —y la ONU— reconocían al gobierno Rabbani, precario y asfixiado en las provincias montañosas del norte.

Ahora bien, un problema de reconocimiento de gobiernos puede transformarse en otro de reconocimiento de Estados cuando el conflicto civil es, o se transforma, en separatista.

30. *¿Reconocimiento declarativo o reconocimiento constitutivo?*

Dos posturas han aparecido tradicionalmente enfrentadas sobre los *efectos* del reconocimiento. Para los partidarios de la tesis *constitutiva* el Estado no existe mientras no es reconocido; los partidarios de la tesis *declarativa*, mayoritaria, sostienen por el contrario que el Estado existe con independencia de

que haya sido o no reconocido y que el reconocimiento sólo constata este hecho, haciéndolo oponible con todas sus consecuencias al Estado que reconoce y permitiendo, a partir de ahí, el establecimiento de las relaciones que son propias entre sujetos internacionales. Desde este punto de vista, los efectos del reconocimiento son esencialmente retroactivos y se trasladan al momento en que el Estado comenzó, de hecho, a existir como tal. En América esta tesis fue adoptada expresamente por la Convención de Montevideo (1933).

Admitida la tesis *declarativa*, no cabe ignorar la importancia, por sus efectos, del reconocimiento. Poner fin a una situación de hecho políticamente incierta para sustituirla por una situación jurídica definida, puede darle en ocasiones un cierto aroma *constitutivo*. El reconocimiento influye en la incorporación práctica del Estado a la sociedad internacional, constituye una garantía de respeto de los derechos que le son atribuidos por el Derecho Internacional y determina sus relaciones. El sujeto que reconoce está admitiendo la existencia del Estado y, al tiempo, asumiendo las obligaciones que para con él le conciernen como miembro de la sociedad internacional —aceptación de su soberanía, de su igualdad, obligación de no intervención en sus asuntos internos, cooperación, arreglo pacífico de las diferencias, no uso o amenaza de la fuerza... Por otra parte, el sujeto reconocido asume obligaciones internacionales frente a quienes lo reconocen. Algunos de los Estados que han reconocido la República de Kosovo han querido subrayar que consideraban vinculantes los compromisos asumidos unilateralmente por los autores de la declaración de independencia.

El reconocimiento provoca en todo caso giros copernicanos en la calificación de las situaciones y en el estatuto de los implicados. Así, por ejemplo, el reconocimiento de las antiguas repúblicas de la federación yugoslava como Estados soberanos convirtió su crisis de conflicto interno en conflicto internacional, hizo de la defensa del orden constitucional de la Federación un acto de *agresión* (v. par. 512) y transformó la injerencia de terceros en ejercicio de derechos. Otro tanto cabría decir del reconocimiento por Rusia (2008) de Abjasia y Osetia del Sur, desgajados de Georgia, como estados soberanos.

El reconocimiento, por último, da paso a la aplicación de los tratados bilaterales (y multilaterales cerrados) celebrados por el Estado que reconoce con aquél del que se reclama continuador o sucesor el Estado reconocido, y zanja las dudas que pudiera haber sobre la aplicación de los tratados multilaterales abiertos en esa misma circunstancia (v. par. 117, 188).

Además de los efectos de carácter internacional, el reconocimiento de un Estado produce efectos que se sustancian en el orden interno, en la medida que comporta la homologación de decisiones resultantes del ejercicio de sus competencias ejecutivas, legislativas y judiciales. La falta de reconocimiento no parece influir en el respeto de la inmunidad de jurisdicción y ejecución (v. par. 421, 426), pero sí afecta a la capacidad del Estado extranjero para litigar ante los tribunales estatales y a la admisión de su titularidad sobre los bienes, amén de otros aspectos en los que el reconocimiento puede considerarse esencial como,

por ejemplo, en materia de *exequatur* y ejecución de las sentencias judiciales o en materia de extradición...

31. Reconocimientos cualificados

Apenas es preciso llamar la atención sobre la particular trascendencia del reconocimiento —o no— de la estatalidad *del otro* por Estados que reclaman su territorio. Desde el punto de vista del reclamante, mientras no hay reconocimiento no cabe invocar el Derecho Internacional para deslegitimar los recursos, incluido el uso de la fuerza, a su disposición para solventar un conflicto *doméstico* (v. par. 70-74, 490-493).

En el momento actual uno de los supuestos más interesantes es el que plantea Taiwán en relación con China. Durante decenios los nacionalistas del *Kuomintang*, que controlaban Taiwán, habían coincidido con los comunistas en *ser China*. De hecho hasta 1973 fueron ellos sus representantes en Naciones Unidas. Perdida esta representación, sus relaciones internacionales se resintieron por la política de Pekín de no mantener relaciones con quienes las mantuvieran con el gobierno de Taiwán. A finales del siglo XX accedieron al poder en Taiwán políticos *independentistas*, que se han ido alternando en el gobierno con los veteranos *nacionalistas*. Desde el punto de vista de la República Popular, si Taiwán pretende ahora ser reconocida como Estado soberano, alterando el *status quo*, será reo de un acto secesionista, amenazante de la integridad territorial china. Para combatirlo, la República Popular aprobó (2005) una ley dirigida a lograr la reunificación del país por medios pacíficos, permitiendo a Taiwán la práctica de un sistema diferente y una amplia autonomía, pero advirtiendo que empleará “medios no pacíficos” para proteger la soberanía e integridad territorial del país, caso de que las fuerzas secesionistas traten de llevar adelante la independencia de Taiwán.

Asimismo, por lo que hace a la aspiración de los nuevos Estados de ser admitidos en las Naciones Unidas, salta a la vista la importancia del reconocimiento de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, habida cuenta del procedimiento de admisión, que exige la recomendación del Consejo para que la Asamblea General se pronuncie por dos tercios de presentes y votantes (arts. 4.2 y 18.2 de la Carta). El rechazo de la solicitud de admisión de Bangladesh entre 1971 y 1974, o de Vietnam entre 1975 y 1976, así como la paralización de la admisión de nuevos miembros en la época de la *guerra fría* de mayor antagonismo entre los bloques capitalista y socialista, ilustran el supuesto.

En relación con Kosovo, es patente la *influencia* que Estados Unidos y países destacados de la Unión Europea están ejerciendo, no sólo para extender la mancha del reconocimiento hasta hacerlo mayoritario, sino para forzar el de Serbia. Mientras Serbia no reconozca a Kosovo como Estado soberano conservará su título para intervenir en la provincia rebelde, aunque no lo ejerza por un sinnú-

mero de consideraciones. El ingreso de Kosovo en Naciones Unidas será inviable mientras China y Rusia no lo consientan.

32. *¿Revocación?*

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

De esta manera, por ejemplo, podría abordar el Reino Unido sus relaciones con Tibet, cuya subjetividad internacional ahora niega, durante los años en que para proteger su Imperio de la India celebró tratados con las autoridades budistas tibetanas que le permitieron obtener territorios en el noreste a cambio de una protección que, finalmente, no prestó. Para que esta explicación sea honorable es preciso, sin embargo, sostener que Tibet no era un protectorado chino en la fecha de los tratados y que, después, la ocupación china se produjo cuando la adquisición de territorios mediante uso de la fuerza aún no estaba prohibida por el Derecho Internacional (v. par. 488).

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

Cabe reflexionar, no obstante, acerca de una eventual revocación del reconocimiento al Estado *hampón, terrorista o pirata*, reconsiderando su carácter meramente declarativo, siempre que la revocación no se conciba como una prerrogativa descentralizada, individual o grupal, que permita trocar el Derecho Internacional por la *ley del más fuerte*. Los Estados a los que se imputa una condición criminal podrían ser despojados de su estatuto soberano por instituciones multilaterales representativas de la comunidad internacional en su conjunto y después de un debate contradictorio.

X. SUCESIÓN DE ESTADOS

33. *Noción*

La práctica suele asumir una concepción amplia de la sucesión de Estados al considerar como tal la *sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad*

de las relaciones internacionales de un territorio. Así, la sucesión abarca cualquier mutación de la soberanía territorial, incluidas las que se concretan en el acrecimiento del territorio de un Estado preexistente con la mengua correlativa del territorio de otro que no desaparece, y no sólo los procesos vinculados al nacimiento y/o extinción de Estados.

Conviene, sin embargo, hacer notar que el hecho determinante de la sucesión ha de ser *legal*, por lo que ha de negarse carácter sucesorio a una relación cuando el control sobre un territorio es fruto del recurso a una fuerza prohibida por el Derecho Internacional. De ser así, un Estado podrá tener la condición de *ocupante*, pero no la de *sucesor*, caso, por ej., de Israel en los territorios palestinos de Cisjordania y Jerusalén este y en el territorio sirio de los altos del Golán desde la llamada *guerra de los seis días* (1967) (v. par. 67).

Asimismo, la sucesión no ha de confundirse con la situación que se produce en los casos de adjudicación de un territorio en disputa al Estado que no lo ocupa efectivamente, que plantea problemas similares a los sucesorios (v. par. 372).

Así, por ejemplo, una vez que la Corte Internacional de Justicia declaró (1960) que la sentencia arbitral del Rey de España (1906) en la cuestión de límites entre Honduras y Nicaragua era válida, las autoridades nicaragüenses hubieron de retirarse del territorio adjudicado a Honduras, ofreciéndose a los residentes una opción de nacionalidad y la posibilidad de trasladarse a territorio nicaragüense. Más recientemente, ha sido problemática la ejecución de la sentencia de la Corte en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), una vez que decidió que Camerún era soberano de la península de Bakassi, ocupada por Nigeria.

34. ¿Normas generales?

La sucesión de Estados es un fenómeno siempre presente en las relaciones internacionales por la movilidad histórica de la soberanía territorial. Su problemática es tan rica como compleja. ¿Obligan al nuevo soberano los tratados concluidos por el anterior? ¿Se le transfiere la titularidad de los bienes públicos y de los registros y archivos judiciales o policiales? ¿Pasan a él las deudas contraídas? ¿Qué ocurre con la condición de miembro de una Organización Internacional? ¿Es el sucesor heredero de las relaciones de responsabilidad en las que por activa o pasiva pudiera encontrarse inmerso el predecesor? ¿Cuál será la nacionalidad de los habitantes del territorio que ha cambiado de soberanía? ¿Se van a respetar tras la sucesión los derechos adquiridos por los particulares?

En el marco del proceso de codificación y desarrollo progresivo de normas de Derecho Internacional auspiciado por Naciones Unidas se han producido los convenios de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978) y en materia de bienes, archivos y deudas de Estado (1983). Sólo el primero ha entrado en vigor entre una veintena de Estados, por lo que pueden considerarse iniciativas fallidas, moderadas sólo por el hecho de que entre las partes en el

Convenio de 1978 —y entre los contratantes del de 1983— se encuentran todas las antiguas repúblicas yugoslavas, lo que ha facilitado su consideración en la sucesión de la RFS de Yugoslavia. En las postrimerías del siglo XX (1999), la Comisión de Derecho Internacional aprobó un proyecto de artículos sobre *Nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados*, del que tomó cuenta la Asamblea General incorporándolo como Anexo de la Resolución 55/153, sin que por el momento se haya tomado ninguna decisión sobre su destino. Hay quienes consideran que en lugar de preparar un tercer convenio es preferible aprobar unas *Directrices* para guiar la práctica de los Estados.

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

35. Acuerdos sucesorios

La voluntad de los *sucesores* será determinante para despejar interrogantes. Las cuestiones que plantea la sucesión han de ser solventadas mediante su acuerdo. Puede hablarse incluso de un *pacto de contrahendo* cuyo objetivo es llegar, directamente, negociando *bona fide*, o recurriendo a terceros, a un *acuerdo equitativo*. De ahí que los miembros de la Unión Europea condicionaran el reconocimiento de las antiguas repúblicas yugoslavas a su disposición para negociar la sucesión de la Federación y someter eventualmente a arbitraje sus diferencias. Se ha llegado a afirmar que el sujeto que se niega a cooperar infringe una obligación fundamental y es responsable internacionalmente con todas sus consecuencias, especialmente la posibilidad de los Estados perjudicados de adoptar *contramedidas* conforme al Derecho Internacional (v. par. 309, 335), así como de llegar a un acuerdo por separado con reserva de derechos del Estado o Estados no cooperantes.

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

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

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

Hay aspectos de la sucesión que requieren el consentimiento de otros sujetos interesados, lo que —según los casos— incluye los Estados que son partes en tratados celebrados con el predecesor, las Organizaciones Internacionales de las que éste era miembro, incluso los acreedores privados. La sucesión no ha de afectar por sí misma los derechos y obligaciones de terceros y en consecuencia el acuerdo de los Estados implicados directamente en la sucesión no les obliga (*res inter alios acta*) a menos que lo consientan. A nadie le es indiferente la personalidad del heredero, sea como parte en un tratado, miembro de una Organización Internacional o deudor.

Tratándose, en particular, de las deudas, los acreedores, públicos y privados, suelen ejercer una considerable presión para lograr un acuerdo que tranquilice sus conciencias (contables). Todos ellos están embargados por el temor, de que los herederos discutan el mismo principio de estar obligados, invoquen el *beneficio de inventario* o no cuadren las cuotas de unos y otros. No existe una responsabilidad conjunta y solidaria de los Estados concernidos por la sucesión y tampoco ha cristalizado como norma consuetudinaria la imputación automática de una parte equitativa de la deuda del predecesor a cada uno de los sucesores, aunque parezca razonable.

El problema puede encauzarse sobre la base de que un Estado, de la misma manera que se atribuye el patrimonio inmobiliario, se atribuye también la deuda *localizada*, es decir, la que ha servido para financiar proyectos allí ejecutados. La práctica del Banco Mundial se ha ajustado en el pasado a este criterio. Otro tanto cabe decir de la llamada deuda *local*, propia de las instituciones públicas de esta naturaleza, que pasan al Estado sobre cuyo territorio se asientan, si bien éste sólo será responsable en la medida en que ya lo fuera el predecesor o él mismo haya aceptado dicha responsabilidad. Aún restaría, sin embargo, el reparto de la llamada deuda *general*. A este respecto ha de acudir a la fijación de cuotas para las que pueden tenerse en cuenta índices tales como el porcentaje respectivo del PNB, sea en el momento de la sucesión o en un momento posterior.

La práctica internacional seguida por los Estados surgidos en Europa Central y del Este constituye un ejemplo muy ilustrativo de la eficacia de los acuerdos sobre sucesión. Esos acuerdos se han dado en todos los casos después de una negociación prolija.

Los ha habido en la sucesión de la Unión Soviética (1991-1992). Las dificultades sobre el reparto de las Fuerzas Armadas por discrepancias entre Rusia y Ucrania se resolvieron en 1997. En materia de propiedad situada en el extranjero y de deuda exterior, se convino una tabla de cuotas que oscila entre el 61,34%

de Rusia y el 0,70% de Turkmenistán. La cuestión de la evaluación y reparto del fondo de diamantes de la Unión Soviética se remitió a un Acuerdo especial. Las diferencias entre las partes se someterían a arbitraje.

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

En el *caso yugoslavo* el mismo Consejo de Seguridad subrayó que las antiguas repúblicas de la Federación debían llegar a un acuerdo de sucesión (res. 1022, de 1995). Finalmente, pudo concluirse un acuerdo (2001) que entró en vigor en 2004. Si hay algo que caracteriza este acuerdo es su pragmatismo, en particular por lo que respecta a la determinación de los bienes de Estado, y su generalizado acomodo a los criterios establecidos en la Convención de 1983. El reparto de los *bienes inmuebles de carácter diplomático y consular* se ha efectuado mediante un reparto porcentual que se concretaría atendiendo a la libre elección de bienes por los sucesores o, en caso de colisión, mediante acuerdo entre los implicados. Los *bienes muebles* ubicados en estos locales corren su misma suerte. Por lo que respecta a los *activos monetarios* y las *deudas* el reparto se efectúa según los porcentajes fijados y siguiendo, con las correcciones oportunas, el criterio establecido por el Fondo Monetario Internacional para el asignación a los Estados sucesores de sus cuotas de contribución a la Organización. Esas cuotas han sido Serbia y Montenegro (38%), Croacia (23%), Eslovenia (16%), Bosnia y Herzegovina (15,5 %) y la ex-República yugoslava de Macedonia (7,5 %). Naturalmente, una vez que en junio de 2006 Montenegro se ha separado de Serbia ambas tendrán que negociar una nueva sucesión. (Para otros aspectos de la sucesión, v. par. 99, 240, 243, 348).

Soberanía e igualdad soberana de los Estados

XI. LA SOBERANÍA

36. Consideraciones generales

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

Como señaló la Corte de La Haya (*SS Wimbledon*, 1923) la facultad de asumir compromisos internacionales, lejos de ser un abandono de soberanía, es un atributo de la misma. El principio fundamental de la soberanía responde a la idea de *función*: se trata del *conjunto de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados*.

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

37. La dimensión territorial de la soberanía

El haz de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional se manifiesta, en primer lugar, en relación con el *territorio*. En él la autoridad esta-

tal monopoliza, en principio, todos los poderes sobre las personas —nacionales o extranjeros—, actos y cosas que allí se sitúan, legislando, juzgando y ejecutando los dictados de su ordenamiento.

En el territorio la soberanía es *plena y exclusiva*. *Plena*, porque por encima de un mínimo, las competencias del Estado permanecen indeterminadas *ratione materiae* y cada cual es libre de fijar su alcance; *exclusiva*, porque el Estado monopoliza, en principio, todos los poderes, en especial el empleo de la fuerza, y si bien puede limitarlos o transferir su ejercicio, mediante un consentimiento libremente expresado, a otro Estado (al que se concede, por ej., el establecimiento de bases o facilidades militares, o el control de un canal internacional) o a una Organización Internacional (por ej., comisiones fluviales, organizaciones de integración regional como la UE...), los poderes le revierten automáticamente cuando la limitación o la cesión termina.

La *exclusividad* de la soberanía territorial implica la inviolabilidad de fronteras y la obligación para los demás Estados de abstenerse en ese ámbito espacial de cualquier ejercicio de poder (CPJI, *Lotus*, 1927), a menos, naturalmente, que medie el consentimiento del Estado local dentro de los límites que el Derecho Internacional permite. Así, por ejemplo, la detención de una persona por agentes de otro Estado y su posterior traslado al territorio de éste sin que medie el consentimiento de aquél es un secuestro, una violación clara de la soberanía territorial. Este fue el célebre caso de Eichmann, miembro de las SS, genocida, secuestrado en la República Argentina y trasladado a Israel, donde fue juzgado, condenado y, finalmente, ahorcado. Israel dio *satisfacción* (v. par. 316) a la Argentina mediante la presentación de excusas.

Ahora bien, ya no caben lecturas irrestrictas del principio de la soberanía territorial. El propio Derecho Internacional incorpora límites, aunque no sean sino una consecuencia del ejercicio de la misma soberanía. El Estado ha de estar al cumplimiento de las normas consuetudinarias a cuya formación no se ha opuesto eficazmente (v. par. 136) y, con mayor motivo, ha de atenerse a las obligaciones que ha consentido (v. par. 3, 4, 107). En todo caso, ha de cumplir las prescripciones del Derecho Internacional imperativo, como son las referentes al respeto de los derechos humanos fundamentales (v. par. 148). En este sentido, el ejercicio de competencias sobre las personas situadas y las conductas acaecidas en el territorio del Estado está sometido a limitaciones.

El derecho del soberano a ejercer los poderes en exclusiva está, por otro lado, en relación necesaria con su deber de desarrollar *efectivamente* en su territorio las funciones mínimas del Estado y de proteger, por lo tanto, los derechos de los Estados extranjeros. La soberanía territorial, como puso de relieve el árbitro M. Huber (*Isla de Palmas*, 1928), no puede limitarse a su aspecto negativo, es decir, al hecho de excluir las acciones de otros Estados, pues es la que sirve para repartir entre ellos el espacio sobre el que se desenvuelve la gran mayoría de las actividades humanas a fin de asegurar en todos los lugares el mínimo de protección que el Derecho Internacional ha de garantizar. Se presume que el Estado

dispone de los medios necesarios para satisfacer sus deberes internacionales, presunción que desempeña un papel de extraordinaria importancia al establecer el fundamento y los medios de prueba de la responsabilidad internacional (v. par. 297-302).

38. La dimensión extraterritorial de la soberanía

¿Cuenta el Estado con competencia o jurisdicción para legislar, para juzgar o para ejecutar sus dictados sobre personas situadas y acontecimientos producidos fuera de su territorio? La respuesta es sí, siempre que se cuente con un título o fundamento para ello.

¿Cuáles son esos títulos habilitadores? Digamos, en primer lugar, que no los hay, en términos de Derecho Internacional general, para avalar el empleo de la coerción en el territorio de otro Estado. Pero sí los hay para justificar la coerción en un espacio internacional y para ejercer competencias legislativas y judiciales sobre personas y cosas que se encuentran y hechos que se verifican en *el extranjero*. Esos títulos se concretan tradicionalmente en la nacionalidad (y, en su caso, la residencia habitual) de la persona (principio de *personalidad*) y en la afectación de intereses fundamentales o esenciales del Estado (principio de *protección*) o de la sociedad internacional en su conjunto (principio de *universalidad*). No obstante, en la medida en que el ejercicio de una competencia extraterritorial puede *invadir* ámbitos competenciales del soberano territorial, pueden producirse conflictos que deben ser resueltos mediante un estándar de *razonabilidad*.

39. El principio de personalidad activa

El Estado ostenta competencias legislativas, judiciales y gubernativas sobre las personas físicas o jurídicas unidas a él por el vínculo de la nacionalidad (y, en su caso, de la residencia habitual) tanto si se encuentran en su territorio (concurriendo entonces con las competencias territoriales) como si se hallan fuera de él (v. par.342). Tratándose de naves el título habilitante procede del pabellón que se enarbola; tratándose de aeronaves, del registro de matrícula (v. par. 349).

En un espacio internacional, como la alta mar, la competencia personal tiene un efecto sustitutorio de la territorial. Pero cuando se ejerce sobre el territorio de otro Estado soberano la competencia basada en el principio de *personalidad activa* se topa con límites ineludibles.

Bajo ningún concepto el Derecho Internacional ampara ejercicios extraterritoriales de las competencias de ejecución del Estado, aunque tuviesen por objeto la adopción de medidas de policía contra sus nacionales en el extranjero.

Por otro lado, no cabe exigir a los nacionales (y residentes habituales) conductas en contradicción con los presupuestos del Derecho interno de los Estados en

que se encuentren. Esto ocurriría, por ejemplo, en el caso de que Gran Bretaña pretendiese que sus nacionales conduzcan en el continente por el carril izquierdo de la carretera, contra lo dispuesto por el soberano territorial. No obstante, cuando la actitud del Estado local es permisiva de determinados comportamientos, el alcance prohibitivo de la ley personal es muy discutido: piénsese, por ejemplo, en la interrupción del embarazo conforme a la ley del territorio en que se practica, pero contra lo dispuesto por la ley personal de la mujer afectada.

Finalmente —se trata de un límite más genérico— determinadas materias deben ser obviamente reguladas por el Estado local, son de su competencia interna. Se trata de un límite evolutivo y sensible a variables culturales y de poder (por ej. el régimen de capitulaciones y tribunales mixtos en el Imperio Otomano hoy sería impensable) y a conveniencias políticas (por ej. entre las propuestas para solucionar los contenciosos de Gibraltar y Malvinas se habló de transferir el territorio a España y Argentina, conservando el Reino Unido una amplia jurisdicción personal sobre la población).

40. Otros principios que justifican el ejercicio de competencias extraterritoriales

a) El principio de *personalidad pasiva* habilitaría al Estado para ejercer competencia en relación con personas que, situadas en el territorio de otro Estado, han causado perjuicio a los derechos o intereses jurídicos de un nacional (o residente habitual) del Estado que reclama la competencia y que se encuentra también fuera de su territorio. La invocación de esta base competencial se vincula a menudo a la persecución de los actos de terrorismo.

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

b) El principio de *protección* pretende otorgar competencia extraterritorial al Estado a fin de salvaguardar sus símbolos (empleo de emblemas, bandera nacional) e intereses fundamentales (entre los que se mencionan la seguridad nacional, el monopolio de emisión de monedas y billetes de banco y timbres). Un buen reflejo del principio de protección aparece plasmado en el artículo 23.3 de la LOPJ española,

Si bien el principio de *protección* no se discute, sí puede serlo una interpretación extensiva de los intereses protegidos que conduzca a su utilización abusiva. Para ser internacionalmente admisible, el principio de *protección* ha de concebirse en términos excepcionales, muy restrictivos. En el asunto *Barcelona Traction* (1970) la Corte Internacional de Justicia negó que pudiera invocarse sobre la base de daños meramente económicos. Pero no ha de descartarse *a priori* que

un Estado se ampare en el principio de *protección* de la economía nacional para proyectar su competencia normativa más allá de sus límites territoriales.

c) La lucha contra piratería y la trata de esclavos, una vez que la esclavitud fue abolida, se han presentado como manifestaciones prototípicas de asunción por los Estados de causas de la humanidad que justificarían un ejercicio de jurisdicción basado en el *principio de universalidad*. Sin embargo, en estos casos lo característico era —y es— la competencia que se reconoce a todo Estado para perseguir en espacios internacionales, como la alta mar, a piratas y negreros con independencia del pabellón que enarbolan los buques sospechosos y, eventualmente, a juzgarlos, caso de que hayan procedido a su arresto (v. par. 412).

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

El Derecho Internacional general es en este punto permisivo, siendo una cuestión de soberanía legislativa asumir el principio, modular su alcance y condicionar su aplicación, atendiendo a la implicación del Estado en la protección de los derechos humanos y sus consecuencias de política exterior, en particular su incidencia sobre la satisfacción de otros objetivos (v. par. 582, 596, 597). En España, una versión de este principio ha sido acogida en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (v. par. 601-604).

41. La dimensión exterior de la soberanía

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

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

subjetividad internacional que es propia del Estado soberano en sus relaciones con otros sujetos internacionales. Todas ellas se irán desgranando en temas sucesivos.

El grado de participación, o de compromiso, depende en la práctica de muchos factores, vinculados unos a las capacidades intrínsecas o materiales de cada Estado, vinculados otros a su voluntad; pero en abstracto esa participación está exenta de limitaciones. Así, por ejemplo, un Estado puede asumir un estatuto de *asociación* con otro Estado (normalmente más poderoso) con el que tienen vínculos de vecindad, históricos o estratégicos, al que encomienda su representación exterior y su defensa (v. par. 60, 66, 153).

Las limitaciones podrían ser también la consecuencia de *sanciones* (v. par. 334, 517) impuestas por el Consejo de Seguridad. Baste considerar las condiciones (res. 687, de 1991) que Iraq, expulsada de Kuwait, tuvo que aceptar para lograr el alto el fuego (v. par. 515). No ha de descartarse que, en el futuro, la persecución de los Estados *hampones*, se articule sobre este modelo, excluyendo o limitando derechos soberanos del Estado.

XII. LA IGUALDAD SOBERANA

42. *Noción*

El principio de igualdad soberana se deduce de la coexistencia de una pluralidad de Estados igualmente soberanos. La Carta de las Naciones Unidas la proclama como el primero de sus principios (art. 2.1). La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) ofrece el más bello de sus enunciados normativos: “Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de Derecho Internacional” (art. 10). La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV) de la Asamblea General lo reitera y desmenuza sus elementos.

Sin embargo, a pesar de estas reconfortantes palabras, *igualdad soberana* no se traduce siempre en *identidad* de derechos y obligaciones internacionales. Inherente a la soberanía es el derecho a consentir desigualdades jurídicas que proyectan la desigualdad real o de hecho de los Estados.

43. *La desigualdad real de los Estados*

La desigualdad de los Estados tiene su origen en numerosos y variados factores en cuya consideración, propia de otras disciplinas, no suele detenerse el jurista. No obstante, puede ser útil enumerar a título ejemplificativo algunos de los factores más significativos:

1. La geografía física:

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

2. La geografía política:

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

3. La economía:

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

4. La población:

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

5. La organización:

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

6. La proyección:

- Fuerzas Armadas: posesión del arma nuclear; tecnologías de armamento avanzadas; condición de exportador/importador de armas; dimensión y especialización; presupuesto de defensa; alianzas.

- Servicios de inteligencia y contrainteligencia
- penetración económica: inversión exterior; propiedad industrial y *know-how*;
- penetración diplomática y cultural;
- membresía en Organizaciones internacionales;
- prestigio: credibilidad, imagen.

Estos y otros factores están interrelacionados y, atendiendo a su combinación, pueden ser un activo o un pasivo para el Estado.

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

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

45. Desigualdad de derechos y obligaciones por la geografía

Se dice que el Derecho no puede cambiar ni influir sobre la geografía; sin embargo, la geografía ha sido y es capaz de cambiar e influir sobre el Derecho. Es el espacio marino el que más ha porfiado en este sentido (v. tema 17). La alta mar está abierta a todos los Estados y el fondo de los mares más allá de cierto punto se declara patrimonio común de la humanidad, pero basta (h)ojear el índice de la CONVEMAR (1982) para advertir como la condición geográfica ha influido en el estatuto jurídico de los Estados: *estrecharios*, *archipelágicos*, con *plataforma continental prolongada*, *ribereños de mares cerrados y semicerrados*, *mediterráneos* o sin litoral... Si nos detenemos en el espacio ultraterrestre advertiremos que los Estados situados sobre el ecuador mantienen pretensiones fundadas en el carácter geoestacionario de la órbita de los satélites situados en esa línea.

46. Desigualdad de derechos y obligaciones por el grado de desarrollo económico: la desigualdad 'compensadora'

Hace ya muchos años la Corte de la Haya advertía que en ocasiones la verdadera igualdad «hacia necesario tratamientos diferentes para llegar a un resultado que estableciese el equilibrio entre situaciones diferentes» (*Escuelas minori-*

tarias en Albania, 1935). En el ámbito del Derecho Internacional del Desarrollo esta idea se traduce en una suerte de desigualdad *compensadora* en beneficio de los países *en desarrollo*. De su tronco han brotado, además, tallos numerosos (los países *menos adelantados*, los *más gravemente afectados por la crisis*, los *pobres muy endeudados*, los países en desarrollo *con ingresos medios*, los países *con economías en transición*, los países *emergentes...*), algunos atentos a la relación del territorio con el mar (los países en desarrollo *insulares* o, en el polo opuesto, *sin litoral*, y entre los dos, los países en desarrollo *de tránsito*).

La calificación de un Estado es importante por sus consecuencias jurídicas y prácticas: tratamiento comercial privilegiado, renuncia de los desarrollados a la reciprocidad de ventajas, obtención de créditos con tipos muy bajos de interés, condonación o reducción de la deuda externa, obtención de asistencia técnica, ayuda alimenticia... La operación no deja de tener perfiles esperpénticos cuando la exhibición de la necesidad (y de la miseria) se configura como introito a la obtención de una ventaja, un Fondo, un Programa especial en una suerte de *corte de los milagros*. Los concursos, más que de méritos, son de deméritos.

47. Desigualdad de derechos y obligaciones por el 'poder'

A finales del siglo XIX John Lorimer afirmaba que la *igualdad* era una quimera, como la de «pegar la cabeza de una mujer con la cola de un pescado». Lorimer no creía en las sirenas. A medida que aumenta el *poder* de un Estado también lo hace su capacidad para tutelar sus intereses, para influir en las políticas acerca de los contenidos, interpretación y revisión de las normas y en los comportamientos de los demás, para aprovechar la aplicación de una reciprocidad formal en su exclusivo beneficio, para forzar a otros a la observancia de obligaciones que él irrespetea, para evadir los pronunciamientos de infracción y las consecuencias de la responsabilidad y para presentar sus actos, incluso, como los del *ángel protector* de los intereses generales de una sociedad pobremente institucionalizada.

La aceptación de un tratamiento desigual o no paritario como consecuencia de la realidad del *poder* permite a menudo hacer más efectiva la cooperación internacional en un sector determinado. Encontramos abundantes ejemplos de ello en la formación, modificación y terminación de los tratados multilaterales o en la composición de órganos selectivos, ponderación del voto y estatuto privilegiado de algunos miembros de Organizaciones Internacionales.

Limitémonos a la ONU cuyos miembros, partiendo del principio de igualdad soberana (art. 2.1 de la Carta), han consentido una Organización que no es democrática ni desde el punto de vista de los Estados (igualdad de voto) ni desde el punto de vista de los hombres (ponderación de la población). Cinco Estados (China, Francia, Rusia —antes la Unión Soviética—, Reino Unido y Estados Unidos), no sólo son miembros permanentes del Consejo de Seguridad (art. 23.1), al que se asigna la responsabilidad primordial en el mantenimiento

de la paz (art. 24.1), dotado de competencias que le permiten tomar decisiones vinculantes para todos (art. 25), sino que pueden vetar individualmente sus resoluciones de fondo (art. 27.3) y bloquear las enmiendas de la Carta (arts. 108 y 109.2), amén de estar efectivamente presentes por un *pacto entre caballeros* en todos los órganos colegiados electivos de la Organización. De esta manera se sitúan de hecho por encima de la ley internacional, con un estatuto privilegiado que los hace dueños de la llave del poder constituyente, como también lo son de toda letalidad nuclear oficialmente reconocida y del 80% del comercio de armas convencionales.

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

Frecuentemente los países del *Sur* (a los que antes se llamaba del *Tercer Mundo*) reivindican la *democratización* de las relaciones e instituciones internacionales. Por si acaso un día hay que entregarles, vacíos, los palacios de invierno, los países desarrollados crean nuevos grupos aristocráticos informales (G-7, G-8) incorporando, en su caso, a los países emergentes, antiguos representantes *sindicales* del estado-proletariado (G-20) (v. par. 13).

XIII. NO INTERVENCIÓN Y ESFERAS DE INFLUENCIA

48. Consideraciones generales

La *intervención*, esto es, el *acto por el que un Estado —o grupo de Estados— se entromete por vía de autoridad en los asuntos que son de la jurisdicción doméstica de otro, imponiéndole un comportamiento determinado*, es absolutamente incompatible con los principios de soberanía e igualdad soberana. Sin embargo, cuando un Estado se localiza en la *esfera o zona de influencia* de otro, más poderoso, con una vocación hegemónica, la *intervención* es una realidad históricamente comprobada. Ello explica tanto el interés de los Estados *intervenidos* en la proclamación expresa y solemne del principio de *no intervención*, como el de los intervinientes o *hegemones* en zafarse de sus consecuencias restringiendo su alcance y ampliando sus excepciones.

49. El principio de no intervención: Su anticipación en el Derecho Internacional Americano

Si el 2 de diciembre de 1823, James Monroe, Presidente de los Estados Unidos, declaró en un mensaje al Congreso la oposición a cualquier intento de in-

tervención de las potencias europeas en el *nuevo* continente, la crónica histórica reveló que esta *doctrina* sentaba los cimientos del intervencionismo de los Estados Unidos en el resto del hemisferio, del *imperialismo* que hizo presa en las repúblicas latinoamericanas.

Estados Unidos expandió su territorio en detrimento de México, que perdió la mitad del que había heredado de la Corona española; mediatizó la independencia cubana (enmienda Platt, cesión en arriendo perpetuo de Guantánamo...); obtuvo, además, de una España derrotada la cesión de Filipinas, Puerto Rico y Guam; apadrinó el separatismo panameño de Colombia (Panamá, 1903) para satisfacer su objetivo vital de una rápida comunicación transoceánica... Controlar toda América era el *destino manifiesto* de Estados Unidos (Elihu Root, 1912), realizable mediante la receta “habla con suavidad llevando una buena tranca en las manos”, propuesta por el Presidente Teodoro Roosevelt (1904). Los hechos tradujeron cumplidamente esta política del *big stick*: injerencia en los asuntos internos, control político y económico de gobiernos y administraciones, prácticas corruptas, adecuación de las normas internacionales a los intereses de los inversores en materias como el trato de los extranjeros o la responsabilidad internacional, ocupación de puertos y aduanas, ejércitos cipayos, intervención armada... Algunas Repúblicas de América Central y del Caribe eran protectorados *de facto* de los Estados Unidos.

Por otro lado, este intervencionismo no excluyó de hecho el de las potencias europeas, salvo cuando entró en conflicto con los intereses de los Estados Unidos, como fue el caso paradigmático de la comunicación canalera entre el Atlántico y el Pacífico por América central. Las sucesivas intervenciones francesas en México desde 1838, bajo la pantalla de reclamaciones financieras, que culminan con la instauración del *Imperio* de Maximiliano en 1864, efímero y perseverantemente combatido; la ocupación (1841-1894) y bloqueos sucesivos de la Mosquitia nicaragüense por unidades de la flota de S. M. B., *protectoras* de las tribus zambas; la consolidación británica en Belice (en perjuicio de Guatemala) y su usurpación de territorio venezolano para afianzar la colonia de Guyana; los bloqueos sucesivos de las costas de Venezuela por diferentes flotas europeas; las incursiones navales británicas y francesas en el Río de la Plata; la (re)ocupación de las Malvinas por Gran Bretaña (1833)..., son apenas unos botones de muestra de que Europa seguía vivamente interesada en América. Todo eso sin contar la injerencia —característica de Gran Bretaña en el cono Sur— en los asuntos internos de las Repúblicas, el fomento de conflictos civiles, asonadas y cuartelazos, o la manipulación de los contenciosos territoriales que dieron en guerras como la del Pacífico (1879-1883), de resultas de la cual Bolivia perdió su salida al mar.

Es lógico, pues, que las Repúblicas latinoamericanas trataran de zafarse de las intervenciones extranjeras mediante una proclamación expresa y solemne de su prohibición. Durante decenios sus relaciones con Estados Unidos se polarizaron dialécticamente alrededor del principio de no intervención, tratando de

forzar su reconocimiento por el todopoderoso y recalcitrante vecino del Norte. Después de la Segunda Guerra Mundial el principio de *no intervención* se asentó firmemente en la estructura jurídica del sistema interamericano. La Carta de la OEA (arts. 15 a 17) dio de él una versión tan amplia y categórica en 1948 que no tiene parangón con ningún otro instrumento convencional o declaración colectiva, lo que explica su acusada influencia en las resoluciones posteriores de las Naciones Unidas, particularmente en la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res.2625-XXV, 1970, de la AGNU).

50. El principio de no intervención en Naciones Unidas: el proceso histórico

Hasta entrado el siglo XX fueron recurrentes las iniciativas para perfilar una distinción entre intervenciones *lícitas* e intervenciones *ilícitas* atendiendo a la existencia o no de un título jurídico que las justificara, citándose al respecto, sea las previsoras cláusulas de un tratado, sea la petición formal de un gobierno en apuros, sea un interés legítimo del interviniente (como la protección de sus nacionales y de sus bienes o el cobro de una deuda) o, incluso, de la *comunidad internacional* (según se aducía en las llamadas intervenciones de *humanidad* en defensa de la vida y las libertades de grupos humanos independientemente de su nacionalidad). En la práctica, sin embargo, las intervenciones *lícitas* sirvieron generalmente para ofrecer una imagen de aparente respetabilidad a la realización de objetivos poco o nada respetables de las Grandes Potencias.

La verificación histórica de que no interviene quien *quiere*, sino quien *quiere y puede* y que sólo, por lo tanto, en el contexto de relaciones *desiguales* es factible la intervención, acabó desbaratando las políticas dirigidas a la afirmación de un *derecho* que, aun condicionado, sólo podía ser ejercido por los más fuertes en una situación concreta. La Corte Internacional de Justicia fue terminante: el *pretendido* derecho de intervención no era sino la manifestación de una *política de fuerza* que, en el pasado, había dado lugar a los más graves abusos; cualesquiera fuesen las actuales deficiencias de la organización internacional, no podía encontrar acomodo en el Derecho de Gentes (*Estrecho de Corfú*, 1949, fondo).

Este *dictum* de la Corte tenía más valor porque en la Carta de las Naciones Unidas (1945) el principio de *no intervención* de los *Estados* no era objeto de una proclamación expresa, sino que debía deducirse de la interpretación de otros principios de la Carta, en particular el enunciado en el artículo 2.7 según el cual ninguna de sus disposiciones de “autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”.

Según una mayoría de latinoamericanos, afroasiáticos y socialistas el artículo 2.7, al referirse a las “Naciones Unidas” prohibía la intervención, no sólo de la Organización, sino también de los Estados miembros, y ello, tanto por con-

sideraciones de lógica elemental, como atendiendo al párrafo introductorio del artículo 2, donde se dispone que la Organización y *sus miembros* procederán de acuerdo con los principios que, a continuación, enumera en siete apartados.

Esta interpretación no era compartida por Estados Unidos, a la cabeza de un grupo de países occidentales, para los que el principio de *no intervención* estaba sólo implícito en los de igualdad soberana de los Estados (art. 2.1) y prohibición de la amenaza y uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas (art. 2.4). El objetivo de la interpretación *occidental* era claramente restrictivo, al reabsorber el deber de *no intervención* en los usos prohibidos de la fuerza en las relaciones internacionales que, para esos mismos países, se limitaban a la fuerza *armada* (v. par. 491, 492).

Sólo veinte años después de la entrada en vigor de la Carta la Asamblea General de las Naciones Unidas pudo adoptar, con la sola abstención del Reino Unido, una formulación clara y particularmente vigorosa del principio de *no intervención*: la *Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos domésticos de los Estados y la protección de su independencia y soberanía* (res. 2131-XX).

La naturaleza y alcance normativo de esta resolución fueron objeto de discordia. En todo caso, cinco años después, en 1970, la *Declaración sobre los Principios de DI* (res. 2625-XXV) reprodujo, con ligerísimos cambios de forma, la parte dispositiva de la resolución 2131 (XX), sistematizándola y armonizándola con los demás principios que incorpora.

En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia afirmó en términos inequívocos que aunque no faltaban ejemplos de violación del principio de no intervención, el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia exterior formaba parte del Derecho Internacional consuetudinario.

51. Caracterización, alcance y límites del principio de no intervención

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

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

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

3) *Sean cuales sean los medios empleados* (“Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de

amenaza...”; “...aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole”).

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

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

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

Por otro lado, el principio de *no intervención* limita con la *influencia* lícita que unos Estados ejercen sobre otros como resultado normal de sus relaciones. El problema estriba en trazar la línea que separa la *influencia*, permitida, de la intervención, prohibida, cuando ésta no implica el recurso a la fuerza armada. El sutil juego de la persuasión diplomática y la hábil gestión de sus recursos por un Estado en una negociación se transforman de *influencia* en *injerencia* cuando la acción es afectada por un elemento subjetivo, *intencional*, difícilmente aprehensible. Un propósito determinado, el de *coaccionar*, el de actuar por vía de autoridad para forzar a un Estado a bailar al son que otro le marca, es el que convierte en actos de intervención la adopción y aplicación de determinadas medidas políticas y económicas que forman parte del acervo de competencias discrecionales de los Estados.

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

En estas circunstancias, sólo el acompañamiento de las declaraciones normativas con mecanismos institucionales que garanticen su correcta observancia podría impedir que la dimensión *jurídica* operante del principio de no intervención acabe en invocaciones retóricas dentro del enfrentamiento *político* de dos o más Estados. Desgraciadamente esos mecanismos brillan sólo por su ausencia.

52. Las esferas de influencia

La difícil distinción práctica entre la *influencia* y la *intervención* no armada aflora en el mismo hecho que se denominen tradicionalmente *esferas* o *zonas de influencia* los espacios geopolíticos sobre los que una gran potencia ejerce algo más que su *influencia*. Una esfera de influencia es consustancial con una radical desigualdad de poder y supone para el Estado dominante o *hegemon* una maximización de intereses esenciales, una multiplicación de iniciativas unilaterales dentro de la zona y una trasposición a la misma, para justificarlas, de los corolarios de la soberanía. Si, por ejemplo, el mantenimiento de la integridad territorial es vital para cualquier Estado, la conservación de la *zona* se considera vital para el Estado *hegemon*. Un Estado dominante predica, en efecto, la integridad territorial y la no intervención de los demás en su esfera de influencia.

El concepto de *esfera* o *zona de influencia* es esencialmente político, pero el Derecho no deja de brindarle técnicas para servirlo. Tras la invasión de Checoslovaquia (1968) por la Unión Soviética y los miembros del Pacto de Varsovia (salvo Rumania), se abrió paso la doctrina que se llamó de la *soberanía limitada*, expresiva de la realidad de los Estados que son libres sólo *hasta cierto punto* para determinar su destino y tomar sus decisiones. La doctrina soviética achacó la expresión a la *propaganda imperialista*, pero no cabe duda de su fuerza plástica y su aplicación también a los *hegemones* capitalistas.

El Estado *hegemon* favorece y cultiva en los países de la *zona* las cepas del poder político, económico, militar y mediático locales que aseguran una relación básica de lealtad contando con que sus propios recursos bastarán para hacerse con el gobierno respetando, de ser posible, las formas constitucionales y democráticas. Programas de asistencia militar y tareas de vigilancia e *inteligencia* ayudan a tapar, llegado el caso, los puntos más débiles. Esta clase de acciones dificultan el desarrollo de las fuerzas políticas y sociales disconformes con la relación clientelar.

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

El auténtico problema para el Estado *hegemon* se presenta, en efecto, cuando las fuerzas que escapan a su *influencia* o *autoridad* acceden al poder y amenazan destruir o coartar los canales de su control mediato sobre un país determinado. Estados Unidos prefiere seguramente gobiernos democráticos leales a gobiernos leales no democráticos, pero si los primeros dejan de ser *fiabiles*, se apoyará en los segundos. Un gobierno —constitucional o revolucionario— puede separarse, de manera paulatina o radical, de la línea marcada por el Estado dominante, que habrá de aguantar el chaparrón, confiando en la recuperación del poder por los *leales* y haciendo lo posible para facilitarla. Son estas *ayuditas* las que pueden involucrarlo en actos de intervención más o menos descarados. Todas las centrales de *inteligencia* tienen amplia experiencia en el manejo de los hilos que conducen a atentados terroristas, manipulación informativa, sabotaje industrial, paros laborales..., obstaculizando la acción de gobierno y colocando a un país al borde, si no dentro, de la guerra civil o del caos, que es la atmósfera más propicia para el golpe de estado o el pronunciamiento regenerador que ha de permitir el retorno al *orden natural* de las cosas. Recuérdese, como uno de los ejemplos más señeros, el derrocamiento en Chile del Presidente Salvador Allende por un golpe de las Fuerzas Armadas encabezado por el general Pinochet (1973).

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

Uno de los medios que mejor puede servir el afán del *hegemon* por enmascarar legalmente violaciones groseras de la soberanía de otros Estados y del principio de no intervención consiste en articular una estructura orgánica multilateral, una organización regional, en la que su dominación se disemine bajo la apariencia formal de la igualdad. Embutir el ejercicio unilateral del poder en un

aparato colectivo institucionalizado tiene sus ventajas. Afirmada vigorosamente por la Carta de las Naciones Unidas la igualdad soberana de los Estados y la prohibición del empleo de la fuerza contra su integridad territorial e independencia política, una Organización regional puede ser aprovechada por el Estado *hegemon* para amortiguar las denuncias de sus presuntos ilícitos, transformándolos en un conflicto de competencias entre Naciones Unidas y la Organización regional de que se trate.

La igualdad de participación y de voto en una de estas Organizaciones (la OEA, por ejemplo), lejos de impedir, facilita la dominación del Miembro que procura su subsistencia. El principio mayoritario juega a favor del *hegemon* que, gracias a su influencia o autoridad, controla a la mayoría y, mediante el voto, puede imponer su política como una obligación jurídica a la minoría reacia. Lejos de corregir las pretensiones hegemónicas, el principio mayoritario permite canalizarlas. Naturalmente, como la política no es una ciencia exacta, las Organizaciones Internacionales no siempre funcionan como desean sus *hegemones*, pues tanto ellas como sus miembros pueden resistirse a acompañarlos en sus acciones y, en ocasiones excepcionales, pueden desarrollar iniciativas propias, no contra, pero sí con la abstención del *hegemon*.

XIV. MÁS ALLÁ DE LAS ESFERAS DE INFLUENCIA: OTRAS LIMITACIONES A LA SOBERANÍA

Terminada la *guerra fría*, la propensión de Estados Unidos, solo o a la cabeza de un grupo, para satisfacer unilateralmente objetivos sedicientemente universales, ha venido a activar políticas cuyo punto en común es la imposición de nuevas limitaciones a la soberanía de los demás. En unos casos, se trata de justificar la invasión del ámbito natural de las competencias ajenas; en otros, de criminalizar decisiones soberanas o de imponer formas de cooperación exorbitantes.

53. La invasión de competencias de otros Estados

Normalmente, cuando un Estado pretende ejercer competencias extraterritoriales desmesuradas, su ineffectividad por la falta de cooperación y el no reconocimiento de terceros basta para purgarlas. Sin embargo, este remedio se debilita a medida que aumenta el *poder* del Estado —o grupo de Estados— dispuesto a afirmar su competencia sobre personas, cosas y relaciones con las que no está suficientemente conectado. Llamamos a esto *imperialismo* legislativo y judicial.

Aunque no es exclusiva de los Estados Unidos (recuérdese, por ejemplo, el boicot de los países árabes a quienes comerciasen con Israel), la tradición *impe-*

rialista en el sentido apuntado está muy arraigada en la primera potencia del mundo. Uno de las manifestaciones más célebres al término de la *guerra fría* ha sido la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* (1996), más conocida como *Ley Helms-Burton*.

Esta ley (Título III) concede a los nacionales de los Estados Unidos cuyas propiedades en Cuba fueron expropiadas por el régimen castrista la posibilidad de demandar ante los tribunales estadounidenses a quienes *trafiquen* con tales propiedades, es decir las vendan, transfieran, compren, arrienden o desarrollen cualquier actividad comercial que implique su uso o la obtención de cualquier otro beneficio, exponiéndose los *traficantes* a ser condenados al pago de compensaciones por el triple del valor de los daños causados por el acto expropiatorio, compensaciones que pueden hacerse efectivas con cargo a sus activos en Estados Unidos.

Con la ley se trata de maximizar los efectos de las medidas adoptadas contra la Cuba castrista, reclamando su observancia por sociedades extranjeras que actúan fuera del territorio de los Estados Unidos, conforme a la ley local, y recurriendo, para conseguirlo, a una amplia panoplia de sanciones, especialmente disuasorias cuando se trata de empresas filiales o participadas por sociedades registradas en los Estados Unidos, que trabajan con sus patentes y licencias, que dependen de la importación de sus bienes de equipo, o cuentan con el mercado norteamericano.

Tal como declaró el Comité Jurídico Interamericano, a petición de la Asamblea General de la OEA, un Estado «no tiene el derecho de ejercer su competencia sobre actos de *tráfico* en el exterior por parte de extranjeros en circunstancia en que, ni el extranjero, ni la conducta en cuestión, tienen conexión con el territorio y no existe conexión aparente entre tales actos y la protección de intereses soberanos esenciales» (res. II-14/96, Anexo, antecedentes 3.a y b, y B.9).

La Unión Europea (Reglamento del Consejo 2271/96, de 29 de noviembre de 1996) y países afectados, como Canadá o Reino Unido, adoptaron medidas prohibiendo a sus nacionales el acatamiento de la *Ley Helms-Burton*, amén de iniciar (la UE) un procedimiento de arreglo de controversias en el marco de la OMC, por estimar que el contenido de la Ley era incompatible con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos. Un *entendimiento* entre la Administración norteamericana y la Comisión Europea (11 de abril de 1997) confirmado por los acuerdos *políticos* de 18 de mayo de 1998 evitó la escalada del conflicto entre las dos grandes potencias comerciales.

54. La criminalización de decisiones soberanas

La disposición de las grandes potencias a violar la soberanía de otros Estados atendiendo a un cálculo de coste-beneficio en el que el respeto del Derecho Internacional ve menguar su peso a medida que crece la percepción de un interés como vital o esencial, está demostrada por la práctica; pero ahora se trata de

algo más sutil: la apertura de cauces que, criminalizando determinados comportamientos estatales, legitimarían internacionalmente la intervención de las grandes potencias en ámbitos que hasta ahora se consideraban de la jurisdicción doméstica de los Estados. De esta manera, pretende forzarse a los países reacios (del *Sur*) a pasar por el aro de las directrices hegemónicas, imponiéndoles tanto limitaciones en la libre disposición de sus recursos (estratégicos) y en sus políticas de armamento o de desarrollo, como formas de cooperación determinadas frente a ciertas amenazas transnacionales (como el terrorismo).

Los objetivos de esta ofensiva contra la soberanía de los Estados han sido bien escogidos, pues responden a problemas universales que sólo pueden afrontarse eficazmente mediante medidas cooperativas multilaterales.

Tomemos como ejemplo la *política* sobre armas nucleares. En este ámbito, como en los otros del armamento, no hay normas generales de Derecho Internacional que impongan a los Estados prohibiciones o limitaciones, debiendo estarse a las obligaciones consentidas por cada uno de ellos, habitualmente mediante tratados. Cuando a mediados de los ochenta Estados Unidos alegó ante la Corte Internacional de Justicia la *excesiva militarización* de Nicaragua como prueba de las intenciones *agresivas* del régimen sandinista y justificación de las actividades injerencistas de la Administración Reagan, la Corte declaró “impertinente e inútil” pronunciarse sobre esta alegación “desde el momento en que no existen en Derecho Internacional otras reglas más que las que el Estado afectado quiera aceptar..., *siendo válido este principio para todos los Estados sin excepción*” (Nicaragua, 1986).

Diez años más tarde la misma Corte dictaminó que el Derecho Internacional (consuetudinario y convencional) no comportaba una prohibición completa y universal de la amenaza o el empleo de las armas nucleares *en cuanto tales*, especialmente por la adhesión aún fuerte a una *práctica* de la *disuasión* conforme a la cual los Estados que poseen tales armas se reservan el derecho de utilizarlas en legítima defensa contra un ataque armado que ponga en peligro sus intereses vitales (*Armas nucleares*, 1996). Si las armas nucleares *como tales* no modifican las normas generales del *ius ad bellum*, la política de armamento nuclear es un derecho soberano del Estado a menos que renuncie libremente a él y, en este sentido, se entiende que la Corte acabe su dictamen pronunciándose unánime sobre la existencia de una obligación de conducir de buena fe y llevar a término negociaciones para un desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un control internacional estricto y eficaz.

En este sentido es plausible que Estados Unidos o los miembros de la Unión Europea hayan ejercido su *influencia* para lograr la continuidad por tiempo ilimitado del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP, 1968), universalizar su membresía y reforzar los mecanismos de inspección y control de la Agencia Internacional de la Energía Atómica (AIEA), aunque esta política sería más persuasiva si la OTAN abandonase su doctrina de respuesta nuclear a un ataque masivo con armas convencionales, los Estados Unidos y otros países dotados del

arma atómica se obligasen por el Tratado para la Prohibición Total de Ensayos Nucleares (1996) y se aplicase también a Israel la política de *no proliferación* para conformar una *zona desnuclearizada* en el Próximo Oriente.

Pero entre la política de *no proliferación* y la de *contraproliferación* hay una diferencia cualitativa. En 1993 Estados Unidos sostuvo un derecho *preferente* —solo o con sus aliados— para atacar preventivamente (intervenciones de *seguridad*) instalaciones nucleares de los *proliferadores* del Tercer Mundo, es decir de Estados no dispuestos a someter tales instalaciones al control de la AIEA con el fin de eliminar el riesgo del *primer golpe*. Si se tiene en cuenta que en 1981 el ataque aéreo israelí que destruyó la instalación nuclear iraquí de *Osiraq* fue condenado por el Consejo de Seguridad. (res. 487) y la Asamblea General (res. 36/27...), con el voto favorable de los Estados Unidos, puede advertirse el cambio.

De hecho, el cambio en la actitud de principio se extendió al mismo Consejo de Seguridad a partir de la declaración de su Presidente de 31 de enero de 1992, cuando reunido el Consejo por vez primera a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno, se afirmó de manera genérica que “la proliferación de armas de destrucción masiva constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales”, comprometiéndose los miembros del Consejo a tomar las medidas apropiadas para prevenir la diseminación de tecnologías unidas a la investigación y producción de tales armas. La transformación de esta afirmación de principio en la acción del Consejo de Seguridad ha conducido a resoluciones sancionadoras de las políticas atómicas de Estados miembros como Corea del Norte y la República Islámica de Irán (v. par. 524).

55. La imposición de formas de cooperación exorbitantes

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

Tómese, como ejemplo, el caso *Lockerbie*. De Libia se exigió la entrega de dos agentes, considerados por los países acusadores (Estados Unidos y Reino Unido) autores materiales de la colocación de la bomba que el 21 de diciembre de 1988 destruyó una aeronave civil sobre suelo escocés causando la muerte de cerca de trescientas personas. El gobierno libio se negó, alegando que el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971), en vigor entre las partes implicadas, aplica la regla *aut dedere aut*

iudicare, de manera que Libia estaba facultada, como alternativa, a proceder por sí a la persecución criminal de sus nacionales. El Consejo de Seguridad (res. 731, de 1992) endosó, sin embargo, la exigencia de los acusadores, miembros permanentes del Consejo, e impuso sanciones a Libia por no someterse (res. 748, de 1992, y res. 883, de 1993).

Esta manera de proceder sólo es inteligible si se ha decidido antes que Libia es un Estado terrorista, lo que el Consejo da por supuesto. Los derechos de Libia como Estado soberano y miembro de las Naciones Unidas son laminados. A la pretensión de imponerle formas no convenidas de cooperación en la lucha contra el terrorismo aéreo, se une la desconsideración de su derecho a un tratamiento contradictorio e imparcial de la diferencia que mantiene con los Estados que afirman su responsabilidad. La resolución 748 (1992) fue adoptada cuando estaba en fase de deliberación judicial la solicitud de medidas cautelares hecha a la Corte Internacional de Justicia por Libia, que había demandado a Estados Unidos y Reino Unido con base en el Convenio de Montreal. Como consecuencia de la resolución del Consejo, la Corte —que luego (1998) afirmó su competencia para conocer del fondo de la demanda— hubo de abstenerse de considerar la solicitud libia (v. par. 529).

Con independencia de la opinión que merezca el régimen libio y de su implicación real en la acción terrorista de Lockerbie, la forma en que el Consejo de Seguridad manejó este asunto arruinó el estatuto de los Estados miembros de las Naciones Unidas, basado en la igualdad soberana, y las formas de cooperación multilateral auspiciadas por la Organización que, en la lucha contra el terrorismo, se ha reflejado en numerosos convenios internacionales, alentados por la Asamblea General al menos desde 1972 (res. 3034-XXVII) y por el mismo Consejo de Seguridad desde 1999 (res. 1269). Sin embargo, el descreimiento en los mecanismos ordinarios de cooperación internacional cuando los grupos y acciones terroristas se vinculan directa o indirectamente a un Estado y la apreciación de concretas amenazas a la paz dimanantes de este hecho pueden conducir al Consejo, espoleado por miembros permanentes con intereses en juego que consideran vitales, a adoptar decisiones discutibles conforme a la Carta (v. par. 523).

Los pueblos: libre determinación

XV. CONSIDERACIONES GENERALES

56. La libre determinación, principio normativo

La Carta de las Naciones Unidas (arts. 1.2 y 55) se refirió al principio de la libre determinación de los pueblos como una de las bases del fomento de relaciones de amistad entre las naciones. En pocos años lo que aparentaba ser una mención programática, incluso retórica, se convirtió en un principio *imperativo*, acunado en multitud de declaraciones de la Asamblea General, acuñado en el frontispicio (art. 1), de los Pactos sobre Derechos Humanos (1966), transformado en el motor del proceso de descolonización.

57. Los titulares del derecho de libre determinación

Entre el hecho histórico —la descolonización— y el principio —la libre determinación de los pueblos— se produjo una simbiosis: el principio facilitaba la operación descolonizadora; la descolonización permitía vertebrar y consolidar jurídicamente el principio. Era lógico preguntarse, una vez que la descolonización tocaba a su fin (v. par. 66), si acaso el principio que la había conducido estaba agotado o si, por el contrario, su potencialidad podía aplicarse a los procesos políticos de otros pueblos, no coloniales.

El primero de esos *pueblos* es el del Estado soberano. ¿A quién, si no, se está refiriendo la Carta cuando en el primer acorde de su preámbulo habla de «Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas»? Es la dimensión comunitaria de los derechos fundamentales de la persona humana lo que permanece en la proclamación del principio de libre determinación que hacen los Pactos sobre Derechos Humanos (1966) y la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970) una vez disuelta la ganga del proceso descolonizador. La libre determinación aporta calor democrático a la soberanía del Estado, pues ya no se trata sólo de elegir dentro de él un destino sin injerencias exteriores, sino de que esa elección la haga el pueblo *en libertad*. De ser así, libre determinación y soberanía van de la mano, la soberanía es auténticamente popular.

A menudo los grupos que dentro del Estado presumen de una conciencia nacional diferenciada, asentada en un territorio definido, articulan políticamente sus demandas bajo el estandarte de la libre determinación de un destino que pasa por la independencia o por la vinculación a otro Estado ya existente, el país de su *ascendencia*. Para favorecer su causa los portaestandartes de este nacionalismo disolvente suelen dar por supuesto que el *derecho de separación*

es una consecuencia necesaria del principio de libre determinación. De ser así, el principio habría alcanzado un extremo nivel desestabilizador para la conservación del Estado y de su integridad territorial.

Una variante muy particular de los grupos humanos diferenciados dentro del Estado la componen los pueblos *indígenas*. A menudo, cuando estos pueblos suman en su conjunto la mayoría o un porcentaje sustancial de la población del Estado, un problema fundamental es el de su participación en la vida pública y la calidad democrática y plural del Estado. En todo caso, sería un despropósito encadenar la libre determinación de su destino a un discurso separatista en lugar de buscar para ellos, dentro del Estado, un régimen de protección bajo garantías internacionales, especialmente tratándose de grupos reducidos, en peligro a veces extremo de extinción como especie.

La libre determinación de un pueblo también puede verse coartada por la *ocupación extranjera*. El caso de Palestina es el más llamativo, grave y lacerante.

En los epígrafes que siguen consideraremos el principio de libre determinación desde la perspectiva que ofrecen estos posibles titulares del derecho de libre determinación, advirtiendo que el contenido del derecho puede variar según el titular del que se predique.

XVI. LOS PUEBLOS COLONIALES

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

La Carta no atacó frontalmente las situaciones coloniales sino que se limitó a regularlas con un blando talante reformista (arts. 73-91).

Casi todas las disposiciones (arts. 75-91) se dedicaron a establecer un régimen de *tutela* aplicable previo acuerdo, y bajo el control de un Consejo de Administración Fiduciaria, a: 1) los territorios bajo *mandato* de la Sociedad de Naciones que no accedieron a la independencia en 1945 (se trataba de colonias de los vencidos en la Primera Guerra Mundial, situadas en el Pacífico y en el África subsahariana), y 2) a las colonias de los vencidos en la segunda guerra mundial (Italia). Entre los objetivos de este régimen se mencionaba el desarrollo progresivo de estos territorios hacia el *autogobierno* o la independencia, teniendo en cuenta sus circunstancias y los *deseos libremente expresados de sus pueblos*.

Las *colonias* de las potencias europeas no sometidas a este régimen fueron objeto ahora, bajo la aséptica etiqueta de *territorios no autónomos*, de un par de artículos (arts. 73-74) que hablaban de desarrollar el *gobierno propio*, pero no de *independencia*, sin fecha ni control institucional. El único compromiso concreto de las potencias coloniales consistía en la transmisión regular al Secretario General, a *título informativo y dentro de los límites que la seguridad*

y consideraciones de orden constitucional requieran, de información estadística y de naturaleza técnica sobre las condiciones económicas, sociales y educativas —en absoluto políticas— de dichos territorios.

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

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

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

1960 fue decisivo. El 14 de diciembre la Asamblea General aprobó la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res.1514-XV), calificada como la *Carta Magna de la Descolonización*. Con un lenguaje combativo, la Declaración insta la liquidación del fenómeno colonial a través de la independencia de fideicomisos y territorios no autónomos en el plazo más breve posible. La *falta de preparación* no debía servir de pretexto para retrasar este proceso. La resolución 1541(XV), adoptada al día siguiente, moderó el lenguaje y completó el diseño de la *Carta Magna* identificando los territorios a los que era aplicable (territorios separados geográficamente y distintos étnica o culturalmente del país que los administraba) y ofreciendo más opciones. Un año después (1961) la resolución 1654 (XVI) creó un Comité Especial para el seguimiento y control del cumplimiento de la Declaración, conocido popularmente como *Comité de los 24* atendiendo al número original de sus miembros, que jugó un papel central en el proceso descolonizador.

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

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

60. Opciones descolonizadoras a la luz de la libre determinación

La resolución 1541 (XV) corrigió la fijación obsesiva de la *Carta Magna* en la *independencia*, añadiendo otras dos opciones como modalidades de ejercicio de la libre determinación, a saber, la *asociación* y la *integración* con un Estado independiente, siempre que fueran el resultado de una elección libre de los pueblos, expresada con conocimiento de causa. La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970), añadió una cuarta modalidad, de carácter abierto: la adquisición de *cualquier otra condición política libremente decidida por el pueblo*.

En la práctica la *independencia* fue privilegiada, tanto por presumirse en la población colonial una voluntad independentista como por haberse resuelto por esta vía tres de cada cuatro procesos de emancipación; no obstante, la *asociación* y, en menor medida, la *integración* con otro Estado también han sido aprovechadas, *previa consulta popular libre y responsable bajo supervisión de Naciones Unidas* (que no siempre se han ejecutado de manera intachable, como fue el caso, por ejemplo, de la integración de Nueva Guinea Occidental —o Irian— en Indonesia, en 1969).

De hecho, la *asociación* con la potencia administradora ha ganado terreno en la última etapa de la descolonización. Recomendable cuando el territorio es reducido o disperso y poco habitado, supone autogobierno y respeto de la individualidad y características culturales del asociado, permite incluso la membresía en Naciones Unidas y es, además, reversible. Así, el fideicomiso estratégico de los Estados Unidos en el Pacífico se ha transformado en cuatro Estados asociados.

61. El territorio colonial: desvinculación del metropolitano y consecuencias

El primer paso para articular jurídicamente la lucha anticolonialista consistió en desvincular el territorio colonial del metropolitano. «El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo», se dice en la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970), «tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición... existirá hasta

que el pueblo de la colonia o del territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta».

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

El territorio por descolonizar se caracteriza progresivamente como una entidad con un *status* internacional propio que incluye *ya* corolarios que se predicán de los Estados soberanos. Las consecuencias son importantes. Así, se afirma la *integridad* del territorio de la colonia, que ha de ser mantenida por la potencia administradora; se proclama el derecho del pueblo colonial a los recursos naturales del territorio; se reconoce a los movimientos de liberación como representantes de los pueblos coloniales, concediéndoseles un estatuto de *observador* en la Asamblea General (res. 2621-XXV...); se estima contraria al principio de no intervención cualquier medida de fuerza o represiva de la autoridad metropolitana para impedir el ejercicio del derecho de libre determinación y, consecuentemente, legítima la lucha armada del pueblo colonial y el apoyo que reciba de terceros (v. par. 495). Cualquier ayuda a la potencia colonial, sea la que sea, está proscrita. Los conflictos armados originados por la descolonización se consideran de carácter *internacional* a los efectos de la aplicación del Derecho humanitario bélico (v. par. 560).

62. El respeto de la integridad del territorio colonial

El respeto de la integridad del territorio colonial ha sido *conditio sine qua non* en el proceso de la descolonización a partir de 1960. Las resoluciones de la Asamblea General lo fueron remachando territorio a territorio con notable rigidez, movida la mayoría por el afán de ganar en seguridad y estabilidad y de evitar maniobras segregacionistas de las potencias administradoras.

En ocasiones, el mantenimiento intransigente de la integridad territorial de colonias diseñadas por las potencias europeas cortó el paso a soluciones política y humanamente más sensatas. Piénsese, por ejemplo, en Guinea Ecuatorial, cuyos componentes principales, la provincia continental de Río Muni y la isla de Fernando Poo y sus dependencias, están muy alejados entre sí y habitados por pueblos muy diferentes. Los bubis o fernandinos, pidieron —sin conseguirlo— una emancipación por separado. En éste como en otros casos se prefirió partir de las *injusticias* y *errores* del mapa colonial, esperando que el *Estado* haría *nación*, antes que encender la mecha de los numerosos conflictos que habían de originar los buenos propósitos de enmendarlo. Sólo cuando todas las comunida-

des preponderantes en áreas significativas de un territorio (la *población en su conjunto*) han expresado su voluntad de no compartir el futuro se ha aceptado la separación. Ese fue el caso, por ejemplo, del fideicomiso belga de Ruanda-Burundi (1962).

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

En unos casos se ha tratado de la separación administrativa de islas escasamente habitadas, o deshabitadas, de los territorios a los que estaban adscritas. Así, unos meses antes de que Madagascar accediera a la independencia (1960) Francia separó del territorio cuatro pequeñas islas (las Malgaches) sitas en el canal de Mozambique; de forma parecida, el Reino Unido configuró en 1965 el *territorio británico del Océano Índico* con islas segregadas de Mauricio y de las Seychelles, en el que destacaba la isla de Diego García, cuya población autóctona fue *transferida* (esto es, deportada) a Mauricio, para facilitar la instalación por Estados Unidos, arrendatario de la isla, de una base aeronaval de gran importancia estratégica.

Según las potencias administradoras, en todos estos casos —que han originado reclamaciones territoriales de los nuevos Estados, sostenidas por la Asamblea General— los territorios segregados eran *nullius* en la fecha de su ocupación y sólo por razones prácticas se hicieron depender de la colonia luego emancipada. Lo cierto es, sin embargo, que dichos territorios fueron ocupados en el curso del mismo proceso de expansión que permitió controlar la colonia de la que aquéllos han sido una dependencia tradicional.

En otros casos se ha tratado de una apreciación singular, *isla por isla*, y no por el conjunto archipelágico, del resultado de las consultas populares celebradas para el ejercicio de la libre determinación. El ejemplo más característico lo ofrecieron las Comores (1974-1976), donde los habitantes de la isla de Mayotte, a diferencia de las otras del archipiélago, se pronunciaron por seguir bajo la bandera de Francia, lo que la potencia administradora aceptó contra los reclamos del nuevo Estado, que hizo suyos la Asamblea General (res. 3291-XXIX...).

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

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

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

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

Ha de negarse, en cambio, que formen parte de la población colonial a los efectos de la libre determinación los *nuevos pobladores* o colonos, asentados cuando el mantenimiento del hecho colonial se considera incompatible con dicho principio, ya positivado. La alteración demográfica del territorio no autónomo por la potencia que lo administra o lo ocupa de hecho está prohibida. Salta a la vista que, sobre todo en territorios débilmente poblados, el manejo de los flujos migratorios durante un cierto número de años puede bastar para modificar la opción triunfante en una consulta popular (haciendo, por ej., prosperar la integración o la asociación con un país vecino sobre la independencia). Casos como el del Sahara (v. par. 65) donde las autoridades marroquíes han fomentado la afluencia sistemática de inmigrantes, crean situaciones de hecho que quebrantan la libre elección de su destino por la población colonial, aun cuando los *nuevos pobladores* no figuren en el censo propio del referéndum.

64. Reclamaciones territoriales y libre determinación de los pueblos: Reclamaciones descolonizadoras

El derecho de autodeterminación no se extiende, según la práctica de Naciones Unidas, a las poblaciones sobrevenidas en territorios no autónomos que al producirse el *hecho colonial* carecían de población autóctona, caso de las islas Malvinas (prácticamente deshabitadas) o del Peñón de Gibraltar (cuya población abandonó mayoritariamente la plaza, con sus autoridades municipales al frente). Según los países reclamantes (Argentina y España, respectivamente)

cabe tener en cuenta los *intereses* de esta población, pero reconocerles la titularidad del derecho de autodeterminación iría contra los principios y objetivos del proceso de descolonización, pues la voluntad de poblaciones *importadas* no haría sino confirmar y consolidar la situación colonial. La Asamblea General endosó a partir de 1965 esta tesis —no la del Reino Unido según la cual allí donde hay un territorio no autónomo hay una población con derecho a determinar libremente su destino (salvo, probablemente, si es originaria de Diego García)— urgiendo negociaciones bilaterales en pos de una solución conforme con la *Carta Magna*.

Cabe, sin embargo, sugerir que en el futuro habrá de tenerse en cuenta la *voluntad*, y no sólo los *intereses*, de la población local, en una negociación *a tres*, si se quiere consumar la descolonización de estos territorios. Ya no puede darse por supuesto que esta población es un peón manejado por la potencia administradora en el tablero. Tampoco puede, desde luego, la población local pretender que la descolonización es un asunto bilateral con la potencia administradora, con todas las opciones abiertas. Argentina o España son algo más que *vecinos*. Con independencia de derechos convencionales que pueden asistirles (en el caso de España los del art. X del tratado de Utrecht, 1713), Argentina y España gozan de títulos deducidos de los principios de la descolonización reflejados en las resoluciones de la Asamblea General.

El acuerdo hispano-británico al que se refiere el comunicado conjunto de 27 de octubre de 2004 se sitúa en este rumbo cuando establece un foro de diálogo tripartito sobre bases paritarias en el que los acuerdos requieren el consentimiento de todos. Teniendo en cuenta su diferente *status* constitucional, se prevé que “si las tres partes desean adoptar una decisión respecto de un asunto sobre el que el acuerdo formal debiese ser...entre España y el Reino Unido, se entiende que el Reino Unido no prestará su...acuerdo sin el consentimiento del gobierno de Gibraltar”. El 19 de septiembre de 2006 esta nueva aproximación ofreció sus primeros frutos en acuerdos entre los que ahora cabe destacar el relativo al uso conjunto del aeropuerto de Gibraltar.

Si en el territorio no autónomo se asienta una población autóctona la reclamación sobre bases descolonizadoras sólo puede prosperar si el *hecho colonial*: 1) tiene su origen en un tratado de cesión concertado por la potencia administradora con el Estado reclamante; ó 2) se trata de enclaves —como tales, muy reducidos— con una población autóctona en la que se presume una fuerte voluntad reintegradora. El primer supuesto fue, por ejemplo, el de la retrocesión de Ifni a Marruecos por España en 1969 (que había adquirido el territorio por el tratado de Tetuán, 1860), las de Hong-Kong (por el Reino Unido), y Macao (por Portugal) a China en 1997 y 1999 respectivamente; el segundo fue, por ejemplo, el de los enclaves portugueses de Goa, Damao y Diu, ocupados por la India en 1961.

65. Reclamaciones no descolonizadoras

Fuera de los supuestos mencionados, los lazos de la población autóctona con el Estado reclamante, sean los que sean, no limitan su derecho de libre determinación (CIJ, *Sahara occidental*, 1975); el hecho de que un Estado, habitualmente vecino, albergue pretensiones sobre el territorio se traduce a lo más, en términos de Derecho de Descolonización, en la neutralización de la presunción de voluntad independentista y la consiguiente exigencia de un pronunciamiento expreso mediante referéndum. Así han nacido Estados como Mauritania (1961), Djibouti (1977) o Belice (1981). Bajo este prisma han de considerarse los casos de Timor oriental y del Sáhara occidental.

En 1974 Indonesia ocupó militarmente Timor oriental y Marruecos el Sahara occidental. Ambos invocaron el vacío de poder creado o a punto de crearse por las potencias administradoras (Portugal y España). En Timor oriental Naciones Unidas sostuvo el derecho de su población a la libre determinación (C. de S., res. 384; AG, res. 3485-XXX), aunque con decreciente convicción, manteniéndose desde 1992 unas aparentes negociaciones entre Indonesia y Portugal, en un contexto de graves violaciones de derechos humanos. Timor Oriental volvió a la agenda del Consejo de Seguridad en 1999. Al finalizar la década, la debilidad creciente del régimen indonesio en un medio internacional en el que ya no era el aliado imprescindible que en otro tiempo fue para Estados Unidos, pudo celebrarse una consulta libre bajo supervisión de Naciones Unidas, expresando la población una voluntad mayoritaria por la independencia, que se proclamó en 2002, trámite una administración transitoria de la ONU y sucesivas misiones de apoyo para el afianzamiento, que no está siendo fácil, del nuevo Estado.

En el Sahara, Marruecos quiere transformar el derecho de *libre determinación* del pueblo saharauí en el derecho de *predeterminación* de su destino, sobre todo una vez que vio fracasar a Indonesia en las urnas de Timor Oriental, a pesar de la larga ocupación militar y la persecución de que fueron víctimas sus opositores. Marruecos no admite más consulta popular que la confirmatoria de su soberanía y para facilitarla ha tratado de ampliar con sedicentes originarios del Sahara *exiliados* en el reino magrebí y sus descendientes el censo elaborado en su día por la administración española. Sucesivos planes elaborados por Naciones Unidas —que desde 1992 mantiene una misión civil-militar en el territorio (MINURSO)— han sido aceptados primero y rechazados después por el Reino alauita. Con el patrocinio de Estados Unidos y Francia y la benevolente actitud del Secretario General, en 2001 se urdió un nuevo Plan que debía facilitar la anexión del territorio mediante el establecimiento transitorio de un régimen de autonomía al que seguiría un referéndum con participación de todos los residentes en el Sahara, incluidos los miles de marroquíes inmigrados en los más de veinticinco años transcurridos desde que Marruecos lo ocupó. Una vez que contra pronóstico el Frente Polisario aceptó el Plan, diseñado para que lo rechazara, Marruecos se echó para atrás. Desde entonces el Consejo de Seguridad se ha limitado a ir prorrogando el *status quo*, mientras peligra el alto el fuego.

66. Epílogo de la descolonización

La consideración de que una situación colonial constituía por sí misma una amenaza a la paz internacional condujo a la adopción de *sanciones* por el Consejo de Seguridad, presionado por la Asamblea General, contra los países colonialistas contumaces (Rodesia, por la *debellatio* de la minoría blanca, África del Sur, por su política de *apartheid*, y Portugal, por su política de *provincialización*) (v. par. 512, 513). Estas medidas coadyuvaban a realizar los objetivos de la política descolonizadora junto con otras que, en el ámbito de sus competencias discrecionales, adoptaron la mayoría de los miembros de Naciones Unidas. Así, el *reconocimiento* permitió *precipitar* la estatalidad de entes cuya efectividad era dudosa o limitada (Guinea-Bissau, por la misma Asamblea General, res. 3061-XXVIII, 1973) (v. par. 28) y, viceversa, negarlo a entes efectivos, pero ilegítimos (Rodesia, cuya proclamación de independencia fue condenada por el Consejo de Seguridad, res. 217-1965). Los países colonialistas fueron hostigados y aislados en los diferentes ámbitos de la cooperación internacional. En un plano bilateral se rompieron relaciones diplomáticas y comerciales; en un plano multilateral su elegibilidad para los órganos selectivos de las Organizaciones se esfumó y su participación en los plenarios fue a veces suspendida. Se instrumentó el boicot de todo lo que (empresa, asociación, acontecimiento o persona) hubiese estado en relación (comercial, cultural, deportiva...) con el país colonialista. Se movilizó a la opinión pública, nacional e internacional, en su contra. Los países occidentales y las Organizaciones por ellos manejadas (OTAN, FMI, Banco Mundial) que se desentendían de las sanciones o impedían en el Consejo de Seguridad su ampliación fueron señalados con el dedo infame por las mayorías del Tercer Mundo que controlaban la Asamblea General.

Aunque tardaron en llegar, los frutos de la política de aislamiento y sanciones finalmente se cosecharon. En 1975 Portugal renunció a sus colonias africanas. En 1979 expiró la *debellatio* blanca de Rodesia del Sur, naciendo un año después Zimbabwe. Namibia, bajo una administración sudafricana que Naciones Unidas había declarado ilegal, accedió a la independencia en 1990. En África del Sur se renunció a la política del *apartheid* y se celebraron elecciones generales con base en el sufragio universal en 1994. Actualmente, el proceso de descolonización es residual. El mismo Consejo de Administración Fiduciaria se quedó sin misión y fue suprimido en 2005.

Descolonizado Timor, sólo el Sahara Occidental (del que se ocupa el Consejo de Seguridad) presenta una descolonización problemática. Gibraltar y Malvinas están en manos de las partes y los territorios cuya situación examina el otrora temible *Comité de los 24* componen una corta lista de islas del Caribe y del Pacífico, de reducida extensión y población escasa, bajo administración británica y estadounidense.

Por otro lado, aunque la lista del *Comité de los 24* permanece siempre abierta, es digno de atención el hecho de que territorios similares a los mencionados

hayan permanecido siempre al margen, agazapados detrás de construcciones jurídico-administrativas asimilacionistas al territorio metropolitano con las que están generalmente conformes las poblaciones locales (por ejemplo, los territorios y departamentos ultramarinos de Francia). Ahora, a diferencia de cuarenta años atrás, la *provincialización* o *departamentalización* de territorios ultramarinos, sobre la que trató de escudarse en vano Portugal, no es radicalmente enfrentada, sea por el agotamiento del propio proceso, sea por el mayor poder de los titulares del dominio, sea por aceptar que esa es también, de una u otra forma, la voluntad de los habitantes del lugar.

En esta etapa final de la descolonización el principio de libre determinación parece haber perdido visibilidad, advirtiéndose una menor disposición institucional a sacar de él las oportunas consecuencias jurídicas. La actitud del Consejo de Seguridad en relación con la descolonización del Sahara podría proponerse como un ejemplo de ello.

XVII. LOS PUEBLOS OCUPADOS

67. *La cuestión de Palestina*

Palestina fue uno de los cuatro *mandatos* establecidos en territorios del antiguo Imperio Otomano al término de la *Gran Guerra* (dos bajo administración francesa: Siria y Líbano, y dos bajo administración británica: Iraq y Palestina). Todos ellos debían acceder a la plena independencia, como Estados soberanos, después de la *segunda guerra mundial*; pero uno de ellos —Palestina— debía convertirse en Jordania al este del Jordán y por decisión de la Asamblea General (res. 181-II, de 1947) dividirse en dos al oeste: Israel y la propia Palestina. Esta decisión, contra la voluntad del pueblo palestino, y de los árabes en general, condujo a la primera de las guerras árabe-israelíes, que concluyó con el reforzamiento territorial de Israel (que entró en la ONU en 1949) y el reparto de los restos del nonato Estado palestino entre Egipto (Gaza, bajo administración militar) y Jordania (Cisjordania y Jerusalén oriental, anexionados en 1950). Estos restos revirtieron a Israel como consecuencia de la llamada *guerra de los seis días* (1967), ocupándolos desde entonces.

Contra las resoluciones del Consejo de Seguridad (res. 242-1967; 338-1973) reclamando la evacuación de los territorios ocupados, una ley israelí (1981) proclamó la soberanía de Israel sobre Jerusalén oriental, lo que Naciones Unidas declaró internacionalmente ilegal (C. de S., res. 497-1981) (v. par. 369, 4 (v. par. 369, 494). Al mismo tiempo, los gobiernos de Israel propiciaron los asentamientos judíos en Cisjordania y Gaza, condenados por Naciones Unidas. El efecto del retorno de los judíos apoyado en títulos *bíblicos* que el Derecho Internacional no conoce (v. par. 368) era amplificado por la negativa a admitir el mismo derecho de los refugiados palestinos en otros países (al que ya se había referido la

res. 194-III, de 1948, de la Asamblea General, al término de la primera *guerra árabe-israelí*, y al que se refirió el C. de S., res. 237, de 1967, al concluir la de los *seis días*) (v. par. 567).

La Asamblea General reconoció enfáticamente los derechos *inalienables* del pueblo palestino a la libre determinación (res. 3236-XXIX, de 1974; precedida de otras, como la 2535-XXIV...) y a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), constituida en 1964, como su representante legítimo (res. 3375-XXX, de 1975). A partir de ese momento *la mayoría mecánica* de la Asamblea puso la dialéctica descolonizadora al servicio de la causa palestina hasta el extremo de propugnar (res. 31/20...) el establecimiento de un Estado soberano sobre el solar palestino, ignorando la existencia de Israel, miembro de la Organización, declarándolo Estado *no pacífico* (res. ES-9/1, 1982) y sentando las bases de su *aislamiento*. El ejercicio prácticamente sistemático del derecho de veto por Estados Unidos, para impedir la aprobación de resoluciones del Consejo de Seguridad determinando las consecuencias del incumplimiento por Israel de sus obligaciones internacionales, explica tanto la inoperancia de éste órgano como la radicalización de la Asamblea, que ha aprobado a lo largo de más de treinta años centenares de resoluciones sobre la situación de Palestina y convocado sesiones extraordinarias y conferencias internacionales.

En octubre de 1991, consumada la *guerra del Golfo* (v. par. 515) en la que Israel había estado al alcance de los cohetes iraquíes, se abrió en Madrid una Conferencia para la Paz en Oriente Próximo que giró fundamentalmente sobre la cuestión palestina. Los frutos se vieron cuando en septiembre de 1993 Israel y la OLP firmaron en Oslo una Declaración de Principios para la instauración de una Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en partes de Cisjordania y en Gaza por un período transitorio hasta la consecución en un plazo de cinco años de un “arreglo permanente”, *justo, global y duradero*, “fundado en las res. 242 y 338 del Consejo de Seguridad”. La Declaración se consideró por muchos como el embrión del futuro Estado palestino (que, por otra parte, había sido proclamado por el Consejo Nacional palestino en el otoño de 1988, una vez que Jordania renunció a todo derecho sobre Cisjordania). *Paz por territorios* fue el eslogan simplificador del objetivo perseguido.

Las sucesivas rondas de negociaciones por un estatuto *final* no han prosperado y los acuerdos derivados de la Declaración de Principios (Oslo, 1993) sólo han servido para la continuación del conflicto sobre nuevas bases. El desencuentro sobre todas las cuestiones pendientes se ha evidenciado una y otra vez: la condición de Jerusalén oriental, el derecho de retorno o de reparación de los refugiados palestinos, el futuro de los asentamientos judíos, las fronteras, el control de los recursos, en especial los acuíferos, las limitaciones a la soberanía territorial del Estado palestino impuestas para garantizar la seguridad israelí...

Israel, dispuesto a desmantelar los asentamientos de colonos judíos en Gaza (lo que hizo en la primavera de 2006), donde su situación era insostenible, no detuvo su política de asentamientos en Cisjordania, sino que la amplió, especial-

mente en los alrededores de una Jerusalén declarada capital del Estado *única e indivisible*, que no estaba dispuesto a compartir; planteó nuevas reducciones territoriales del futuro Estado palestino en Cisjordania (*paz por menos territorios*), haciendo arabescos semánticos con la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad; volatilizó las expectativas del retorno de los refugiados palestinos más allá de los gestos simbólicos; reclamó el control de vías y recursos estratégicos en Cisjordania, del espacio marítimo y aéreo...Prácticamente concibió el futuro de los palestinos en Cisjordania y Gaza, territorios discontinuos, en términos similares a los que en África del Sur inspiraron la creación de los *bantustanes*, entidades pseudoestatales en todo dependientes de su creador.

Eso condujo a un nuevo levantamiento civil (*intifada*) en 2000 (antes lo había habido en 1987), a la aparición y desarrollo de partidos y movimientos más radicales (*Hamás, Jihad islámica...*) que, con el tiempo, acompañaron con métodos terroristas, el ejercicio del derecho de resistencia frente a la ocupación y a una represión de las fuerzas armadas de Israel con más de cinco mil víctimas mortales palestinas en lo que va de siglo y métodos que no resisten la prueba de las llamadas *reglas de La Haya*, de la Convención IV de Ginebra y los principios fundamentales del DI humanitario, de los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (v. par. 556, 557).

En 2004 la Corte Internacional de Justicia tuvo la ocasión de pronunciarse por primera vez sobre la situación de Palestina, requerida por la Asamblea General a aclarar las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*. La Corte estimó que la localización y trazado del *muro*, justificado por Israel como una medida temporal para luchar eficazmente contra el terrorismo, era un obstáculo grave al ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino, al consagrar con un *fait accompli* la anexión ilegal de una parte de los territorios ocupados (donde se encuentra el ochenta por ciento de los asentamientos judíos “en contravención del Derecho Internacional”) y forzar nuevas modificaciones demográficas por el abandono inducido de los palestinos.

En 2003 Estados Unidos, Rusia, la Unión Europea y el Secretario General de las Naciones Unidas (el *Cuarteto*), respondiendo a una incitación del Consejo de Seguridad (res. 1397, de 2002) convino una *hoja de ruta* (que el Consejo hizo suya, res. 1515, de 2003) a fin de reanimar la negociación de una solución política que hiciese realidad en 2005 sobre la base de las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1397 (2002) la visión de dos Estados viviendo uno junto a otro en paz y seguridad. Un año después, en 2004, el Consejo exhortaba a ambas partes a que cumpliesen de inmediato sus obligaciones con arreglo a la *hoja de ruta* y lo hacía en el marco de una resolución (la 1544) en la que debía pedir a Israel que respetase sus obligaciones conforme al Derecho Internacional Humanitario, en particular la de no proceder a la demolición de viviendas palestinas...

No se ha avanzado nada. En la primavera de 2006 *Al Fatah*, históricamente dominante en la OLP y en la Autoridad Nacional Palestina, perdió las elecciones parlamentarias. La victoria de *Hamas*, calificada como organización *terrorista*, condujo a su vez a la retirada de los planes de asistencia internacional por conductos oficiales y a la enésima retención de fondos palestinos por las autoridades de Israel que, además, no se han privado de detener a *ministros* y parlamentarios *gubernamentales* palestinos...y desarrollar nuevas operaciones militares en Gaza y Cisjordania, desde donde se lanzan cohetes contra asentamientos judíos en los territorios ocupados y poblaciones israelíes limítrofes...

No hay, seguramente, en la historia de la Organización un infractor más persistente de las resoluciones del Consejo de Seguridad que Israel ¿Por qué, después de más de cuarenta años de recalcitrante desafío a la ley internacional como potencia ocupante de Gaza y Cisjordania, no se le han impuesto sanciones, no se ha situado en los territorios ocupados una misión de mantenimiento de la paz, unos observadores siquiera? La pregunta es pertinente, sobre todo si se tiene en cuenta que ya, por lo menos, en 1980 el Consejo, tras constatar una vez más, “la persistente negativa de Israel” a dar cumplimiento a sus resoluciones, *reafirmaba* su *determinación* de “examinar medios prácticos” de conformidad con la Carta, para lograr su cabal aplicación (res. 476). La situación de Palestina ya no es un problema, es una tragedia. Israel sólo puede mantener su política mediante el uso continuado de la fuerza, la violación regular de sus obligaciones como potencia ocupante y, eventualmente, la renuncia al Estado democrático. Los movimientos radicales palestinos, al empeñarse en no reconocer a Israel ni las fronteras de 1967, se abocan a su vez a un callejón cuya única salida conduce a la escalada de un conflicto regional, que les desborda (v. par. 525).

XVIII. LOS PUEBLOS ÉTNICOS O NACIONALES

68. *Noción*

Podemos definir el pueblo étnico o nacional como el grupo humano que posee una identidad racial y cultural, unida a una historia común, a un mito compartido y a un fuerte sentido de pertenencia profesado por los individuos que lo componen. La mayoría de los Estados son pluriétnicos o plurinacionales.

Llamamos *minorías* a los pueblos en posición no dominante dentro del Estado. Al ocuparse de las *minorías* el Derecho Internacional ha tratado de que el *hecho diferencial*: 1) no origine discriminaciones negativas, esto es, la negación o limitación de los derechos reconocidos a los ciudadanos en general, y 2) justifique un régimen respetuoso de la lengua, cultura, tradiciones y creencias del pueblo concernido.

Ahora bien, cuando un *pueblo* es mayoritario en una región o, no siéndolo, la considera su cuna histórica, tiende a identificarse como *nación* y a aspirar al

autogobierno dentro del Estado o, incluso, a la separación del mismo, sea para constituir un nuevo Estado soberano, sea para integrarse con un Estado ya existente en el que su etnia es dominante, su *país de ascendencia* o *madre patria*. El escenario es abigarrado. Piénsese en los kurdos, adjudicados a cinco Estados diferentes o, en sentido inverso, en una Hungría convertida al término de la primera guerra mundial en *país de ascendencia* de húngaros repartidos en los Estados vecinos de Rumanía (Transilvania), Serbia (Voivodina), Eslovaquia y Ucrania. La descomposición de la Unión Soviética y de Yugoslavia en los últimos años ha expuesto en toda su crudeza un problema que se extiende a otros continentes. ¿Acaso la libre determinación de los pueblos avala, bajo determinadas condiciones, un derecho de separación del Estado soberano?

69. Las minorías en el orden internacional

El Derecho Internacional no se desentiende de las *minorías*. Un rimerero de tratados de vocación universal ha afirmado inequívocamente: 1) los derechos y libertades de los individuos, iguales ante la ley, que no pueden ser discriminados por su condición étnica (art. 2 de los Pactos de NU sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales, 1966; art. 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965) 2) el derecho de quienes pertenecen a una minoría étnica, religiosa o lingüística a, en común con los demás miembros del grupo, tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma (art. 27 del Pacto sobre derechos civiles y políticos), y 3) la calificación como *genocidio* —el más grave de los crímenes internacionales— de una amplia gama de actos perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso (Convención para la prevención y sanción del genocidio, 1948).

En esta dirección se ha tratado de avanzar, instándose a los Estados a pasar del *respeto* —del que habla el artículo 27 del Pacto de derechos civiles y políticos— a la *protección* de los derechos de las *minorías*, incluso mediante acciones afirmativas, transitorias para evitar privilegios (Declaración de derechos de las personas pertenecientes a Minorías, arts. 1,4, res. AGNU 47/135, de 1992).

La Declaración, como antes los Pactos, afirma derechos, no de las minorías, sino de las personas que las forman, siendo la aceptación de su *ejercicio en común*, lo más lejos que se ha podido ir sin quebrantar el consenso (art. 3). Por otro lado, tratándose de un derecho personal, un grupo no puede forzar a sus miembros a perseverar en la diferencia. Los derechos fundamentales del individuo han de prevalecer sobre cualquier otra consideración.

La subjetividad del grupo sin detrimento de la libertad de los individuos que lo forman, la sutil frontera entre derechos y privilegios, los controles internacionales sobre el estatuto de las minorías dentro del Estado, el papel eventual de los *países de ascendencia*, son problemas debatidos.

Los derechos de (los miembros de) las *minorías* han de ser protegidos por cada Estado dentro de sus respectivos territorios, se dice en la Declaración (art. 1.1). Los llamados *países de ascendencia* no cuentan por el hecho de serlo con un título de intervención. Ese título podrá originarse sólo por vía de tratado o de ciudadanía, siempre que en este caso el Estado *local* no les haya atribuido su nacionalidad (v. par. 359). Históricamente las relaciones entre unos y otros Estados son volátiles, preñadas de incidentes, entre el irredentismo y el recelo.

70. *¿Un derecho de autogobierno? ¿Un derecho de separación del Estado?* *El principio*

Invocando la alusión que la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970) hace al ejercicio de la libre determinación de los pueblos mediante «la adquisición de cualquier otra condición política» distinta a la independencia, la asociación o la integración con otro Estado, se ha sostenido que esa opción podría concretarse en un derecho de *autogobierno o de autonomía* de los pueblos nacionales dentro del Estado, respetuoso de su unidad y de la integridad de su territorio enfáticamente proclamadas por la misma Declaración. Se trata de una opinión constructiva y componedora de intereses generalmente muy contrapuestos cuya asunción por el Estado en su orden constitucional es recomendable. España, por ejemplo, cuenta a partir de la Constitución de 1978 con una estructura *compleja* al haber adoptado un modelo pluralista por subdivisión territorial (Comunidades Autónomas). Pero no parece que esa solución sea impuesta por un Derecho Internacional que sigue confiado al tradicionalmente reconocido principio de *autoorganización* del Estado.

Lo mismo ha de decirse, con mayor motivo, del pretendido *derecho de separación*. Los patrocinadores de este *derecho* suelen invocar *pro domo sua* el artículo 1 de los Pactos de NU (1966), que declara el derecho de libre determinación de “todos los pueblos”. Pero la lectura *completa* de este precepto —debidamente contextualizada— no avala sus conclusiones, porque los pueblos concernidos se identifican con la población de los Estados y, en su caso, de los fideicomisos y territorios no autónomos.

El debate intergubernamental contemporáneo y posterior a los Pactos desmiente la virtual inclusión de los pueblos étnicos entre los titulares del derecho de libre determinación, pretensión incompatible con los principios de conservación, unidad e integridad territorial del Estado soberano, que son componentes fundamentales y estabilizadores de la sociedad internacional.

Ni siquiera en el proceso de descolonización, como hemos visto (v. par. 62, 63), se reconoció el derecho de separación de los *pueblos* coloniales. Formalizada la independencia, todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad y la integridad territorial del Estado se considera incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas; todos los Estados han de abstenerse de la amenaza y del empleo de la fuerza contra la indepen-

dencia e integridad de cualquiera de ellos y sería, por otro lado, un acto de intervención ilícito prestar asistencia a movimientos separatistas.

La *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970), después de referirse ampliamente a la libre determinación de los pueblos, enfatiza que ninguna de sus disposiciones se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar la integridad territorial de Estados soberanos dotados de un gobierno que represente a la totalidad de la población del territorio, sin distinción. La Declaración añade, consecuentemente, que “todo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país”. En la misma línea se pronuncia la *Declaración con motivo del Cincuentenario de las Naciones Unidas* (res. 50/6 de la AG). Las citas podrían multiplicarse.

71. *Sus excepciones*

Sólo en dos supuestos extremos cabe proponer la posible existencia en el orden internacional de un derecho de separación. Se trata de excepciones que han de ser interpretadas estrictamente, justificadas por la observancia de otras normas igualmente fundamentales.

Un supuesto es el de los pueblos *anexionados* una vez que la *conquista* ya ha sido condenada como modo de adquisición del dominio territorial (v. par. 369, 494) y la dominación *extranjera* de un pueblo y ocupación de su territorio se homologó con la dominación colonial en las resoluciones de la Asamblea General. Los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania) podrían postularse al efecto. Sus declaraciones de independencia (1990) se sustentaron en la continuidad —y restablecimiento— del Estado existente en la fecha de la ocupación militar soviética (1940). Eritrea (1993), antes anexionada por Etiopía, podría caber también en el supuesto. Tíbet es un caso más complejo, pues se discute si antes de la ocupación militar —la *liberación pacífica* (1950-1951)— de China era o no una provincia autónoma del Imperio.

El otro supuesto interesa a los pueblos *oprimidos* por genocidio, violación masiva de sus derechos, destrucción de su identidad o discriminación política y social grave y sistemática. Recordemos que la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional* (res. 2625-XXV, 1970) niega el amparo de la libre determinación a las acciones contrarias a la integridad territorial de los Estados siempre que su gobierno represente a la totalidad de la población, sin distinción.

Cabe mencionar el caso de Bangladesh, antiguo Paquistán oriental. Separado del Paquistán occidental por mil ochocientos kilómetros, el pueblo bengalí, agrupado en la Liga Awami, se sentía discriminado y explotado. En 1971 la Liga ganó las elecciones generales, pero no consiguió que se le traspasara el poder ni que se diera curso a su programa autonomista. Estallaron los desórdenes,

los líderes de la Liga fueron encarcelados, la represión fue brutal, millones de bengalíes buscaron refugio en la India, se proclamó unilateralmente la independencia. Aun así nadie solicitó que la cuestión fuera examinada en Naciones Unidas hasta que la India —alegando legítima defensa— se injurió directamente en el conflicto, invadiendo el territorio, forzando la rendición de las fuerzas paquistaníes y consumando así la secesión. De no mediar el veto soviético, la acción de la India habría sido condenada por el Consejo de Seguridad. El ingreso de Bangladesh en las Naciones Unidas se demoró tres años (1974) y se produjo, no sólo por la retirada de las tropas indias y la efectividad de un gobierno con evidente respaldo popular, sino también por la tácita aceptación paquistaní del hecho consumado.

Este caso enseña que no cabe extender automáticamente las reglas permisivas de la lucha anticolonialista a un supuesto de *opresión*: la obligación de los *Estados* de abstenerse de acciones dirigidas al quebrantamiento total o parcial de la unidad e integridad territorial de otro Estado no admite excepción tal como lo recoge la misma Declaración. Más aún, la práctica de Naciones Unidas hasta la terminación de la *guerra fría* puso de relieve la resistencia de sus órganos a sacar consecuencias, por limitadas que fueran, que implicasen el sostén de un derecho de separación (Katanga en el Congo, 1960; Biafra en Nigeria, 1969).

Incluso después, al examinar estas situaciones desde la perspectiva de las medidas necesarias para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz de la paz se ha tratado de conservar el Estado eliminando las causas que justificarían la separación. En el Iraq resultante tras la agresión de Estados Unidos y sus aliados en 2003 (v. par. 526), los kurdos han debido conformarse con una amplia autonomía, respetándose la integridad territorial de Iraq, tal como deseaban, no sólo las otras comunidades (suníes, chiíes), sino los países vecinos con minorías kurdas.

Se trata, no obstante, de un supuesto —el del pueblo oprimido— que, trufado de intereses políticos de terceros, puede alentar la solución separatista, desdénando otras soluciones, como la de la autonomía o el autogobierno dentro del Estado, factibles cuando éste deviene democrático y cesa la *opresión*. En el caso de Kosovo, bajo administración de Naciones Unidas, a pesar de que la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad parte expresamente del respeto de la integridad territorial de Serbia cuando apunta a la búsqueda de una *autonomía sustancial* de esta provincia habitada por una población mayoritariamente albanesa, y rechaza cualquier alteración unilateral del *status quo*, la declaración de independencia de las autoridades locales (2008) fue alentada por Estados Unidos y las principales potencias de la Unión Europea, que han reconocido su independencia.

Solicitada por la Asamblea General (res. 63/3, de 2008) la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, la Corte —que consideró compatible la declaración con la normas generales del Derecho Internacional y

con las especiales de la resolución 1244 (1999) (v. par, 28)— no juzgó necesario pronunciarse sobre un eventual derecho de *secesión-remedio*, controvertido en el procedimiento, por estimar que la cuestión excedía a la que le había sido planteada (*Kosovo*, 2010).

Una situación diferente se produce cuando las partes en un conflicto civil son capaces de llegar a un acuerdo endosando la *separación* o fiándola a un referéndum de la población del territorio concernido. Así ha ocurrido en Sudán, sobre la alfombra de dos millones de muertos y la experimentación fracasada de un régimen de autonomía, cuando en 2002 el gobierno sudanés y el movimiento de liberación del pueblo de Sudán suscribieron un acuerdo que incluía la celebración en 2011 de un referéndum sobre la separación del Sur. Dejando a un lado el *adelgazamiento* de la estratégica región de *Abyei* que podría ir al Sur, privándola de un par de importantes yacimientos petrolíferos (CPA, s. arbitral sobre *Abyei*, 2009), cabe seguir los acontecimientos con despierta curiosidad, teniendo en cuenta que el jefe del Estado sudanés, Omar Al Bashir, imputado ya ante la Corte Penal Internacional como autor de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad (v. par. 587, 591), podría hacer póker si pone en la mesa el naipe de la agresión en el caso de los sud-sudaneses se pronuncien por la independencia.

72. La respuesta de los Derechos estatales

Dicho esto, el Derecho Internacional se atiene, en virtud del principio de *autoorganización* del Estado, a lo que dispongan los ordenamientos estatales. Nada impide que en su Constitución un Estado consagre la prevalencia de la libre determinación de los pueblos que lo componen sobre la unidad e integridad de su territorio, proclamando su fundamento en el consentimiento revocable de quienes lo configuran. Así, por ejemplo, la Constitución de Etiopía de 1994 incluyó una disposición reconociendo un derecho a la libre determinación de las naciones y nacionalidades del país que puede traducirse en la separación si lo decide la población en referéndum. Pero se trata de algo absolutamente infrecuente. (V. para España, C. de 1978, arts. 1.2, 2 y 8.1).

El uso de la fuerza armada para combatir movimientos separatistas violentos es totalmente conforme a las normas internacionales. Piénsese, por ejemplo, en la lucha de los tamiles en Sri Lanka, de los kurdos en Turquía o de los chechenos en Rusia. Lo censurable es el exceso en la represión que puede conducir a la violación de derechos humanos, que no se justifica ni siquiera en estados de emergencia, o del Derecho Internacional humanitario (v. par. 557). La ejecución de *crímenes contra la humanidad*, *crímenes de guerra* y *violaciones del Derecho Internacional humanitario*, cuyas normas han de respetarse también en los conflictos civiles, son lamentablemente corrientes en los conflictos separatistas.

Problema más delicado plantea el uso de la fuerza armada para reprimir conductas separatistas que son inconstitucionales, pero no violentas, particu-

larmente si las encarnan instituciones democráticas. Un Estado democrático está mal dotado para combatir esta delincuencia política dentro del marco constitucional cuando sus autores cuentan con suficiente respaldo social.

73. Del pueblo étnico al pueblo territorial

Los nacional-separatistas más inteligentes, ante el escándalo de la violencia desatada invocando la etnia como fundamento del Estado, se han deslizado de la noción del pueblo étnico a la de pueblo *territorial*, para abarcar a la población del territorio sobre el que se extiende la pretensión independentista. Un deslizamiento así se ve favorecido en los Estados de estructura *compleja*.

La llamada *Comisión Badinter*, asesora de la Unión Europea, brindó algún aliento a esta doctrina cuando consideró que «en el caso de un Estado de tipo federal, que abarca comunidades con cierta autonomía y, más aún, participan en el ejercicio del poder político en el marco de las instituciones comunes de la Federación, la existencia del Estado implica que los órganos federales representan a los componentes de la Federación y ejercen un poder efectivo» (dictamen nº 1). Dadas las consecuencias que pueden deducirse de semejante afirmación, escasamente motivada, la Comisión debió ser más precisa al establecer las causas de la sobreenvenida falta de representatividad —y efectividad— de las instituciones federales. Sería lamentable entender que la deslealtad constitucional de los órganos federados y su actuación irregular nutren la causal desencadenante del derecho de separación y, al mismo tiempo, condenar la acción de las Fuerzas Armadas —prevista por la Constitución— para conservar efectivamente el Estado.

Teniendo en cuenta la adhesión de la *Comisión Badinter* a la intangibilidad de las fronteras administrativas de las entidades federadas, convertidas en fronteras internacionales, y la prohibición del recurso a la fuerza para alterarlas, era posible apoyar la causa de Croacia y negar a los serbios mayoritarios secularmente en algunas de sus comarcas (la Krajina, la Eslavonia oriental) su aspiración a mantenerse dentro de Yugoslavia o incorporarse a Serbia; asimismo, podía honrarse en Bosnia y Herzegovina el pluralismo étnico desechado para conservar la antigua Yugoslavia.

Es explicable buscar un cierto orden dentro del caos rechazando los irredentismos de segundo grado, esto es el *derecho a separarse de los que se separan*. Pero esta clase de discursos pseudolegales exculpatorios de políticas contrarias al principio de soberanía no puede ocultar el aliento étnico de los procesos separatistas, ni puede la calidad administrativa de una entidad en la ordenación territorial de un Estado arbitrar la selección de los que van a ser endosados por los miembros más conspicuos de la sociedad internacional. Pretender identificar el titular de un derecho de separación en la población de los entes territoriales superiores del Estado, impulsada por una etnia dominante, no va a desanimar a los nacional-separatistas que ocupan nichos territoriales de menor categoría.

Tratar, por ejemplo, de asentar en términos jurídicos la subjetividad internacional de los kirguizios en el hecho de que el Kirguistán era una de las quince Repúblicas federadas de la Unión Soviética y negar esa misma subjetividad a los chechenos porque éstos sólo son una república autónoma dentro de Rusia, expone a los abogados a la rechifla popular.

74. El hecho del secesionismo no es el derecho a la separación del Estado democrático

El nacional-separatismo propone una lectura de la libre determinación muy destructiva y conduce al extrañamiento, por pérdida de ciudadanía o emigración inducida, de altos porcentajes de la población que no responden a la etnia dominante ni admiten su asimilación forzosa. Sólo en la antigua Unión Soviética setenta millones de personas (veintiseis de ellos rusos) se han encontrado en el *lado equivocado* de la frontera.

¿Qué ventajas podría sacar la sociedad internacional poniendo las normas que rigen las relaciones entre sus sujetos al servicio de los objetivos independentistas de los pueblos-naciones cuando un Estado garantiza los derechos de todos los ciudadanos y respeta, incluso protege, a sus minorías? ¿Qué sería, por ejemplo, de la India, con trece idiomas principales y una lengua oficial, el hindi, que habla menos de un tercio de la población, si los conflictos religiosos y los movimientos separatistas se generalizasen? No parece que las *poderosas fuerzas* que mueven la historia requieran la ayuda del Derecho para promover, precisamente, el *tribalismo posmoderno* (T.M. Franck). El nacional-separatismo, siempre buscando su realización *contra alguien*, tiene poco que ver con la lucha por los derechos y libertades fundamentales de los individuos y con la organización democrática de los Estados. Si la etnia y la nación son hoy la misma cosa no debería alentarse la descomposición de los Estados plurinacionales ofreciéndole armas legales a menos que éstos incumplan de manera grave, sistemática e irreversible sus obligaciones.

Los conflictos secesionistas son hechos sociales; los Estados, productos históricos. El Derecho Internacional está preparado para hacerse cargo de los nuevos entes soberanos resultantes del triunfo de la opción independentista, sea como consecuencia del ejercicio de la facultad eventualmente atribuida a los pueblos o a las entidades territoriales por la Constitución de un Estado, sea como efectividades nacidas de la revolución, de la guerra civil y hasta de la intervención extranjera si, terminada ésta, perseveran y cristalizan. El supuesto no tiene que ver con el principio de la libre determinación de los pueblos, sino con el reconocimiento del Estado, con los efectos que de ello se derivan, y con la regulación de los siempre complicados asuntos hereditarios de la sucesión (v. par. 23-35). Si el 1 de enero de 1991 los miembros de las Naciones Unidas eran 157, hoy su número es de 192, como fruto, sobre todo, de nuevas efectividades, y los expedientes

sucesorios se han ido resolviendo —o están pendientes— importando más los planteamientos políticos que las reglas jurídicas.

XIX. LOS PUEBLOS INDÍGENAS

75. *Noción*

Se considera *indígenas* a los descendientes de los pobladores de un país que, después de la llegada de otros pobladores de culturas y/o etnias diferentes convertidos en grupo dominante por conquista, ocupación, colonización u otros medios, han conservado sus características sociales, culturales, económicas y políticas. La recepción del *hecho indígena* en el sistema político, económico, social y cultural de un Estado ha planteado históricamente problemas graves y complejos, comenzando por el mismo reconocimiento del *hecho*. Para algunos existen *indígenas* sólo en el extranjero. Los países africanos, en particular, creen que el asunto no tiene que ver con ellos.

Los indígenas son beneficiarios, a título individual, de los derechos que corresponden a cualquier persona física y también pueden valerse y, en su caso, ejercer en común los derechos que se predicen de los miembros de las minorías étnicas o nacionales. Un indicio de que su situación es comparativamente peor que la de otros grupos lo ofrece la frecuencia con que son objeto de procedimientos, informes y decisiones de mecanismos de protección, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (v. par. 553-555). Pero su especificidad reclama ir más allá, especialmente cuando se trata de grupos relativamente reducidos, que guardan una relación ancestral con la tierra y son especialmente vulnerables a lo que solemos llamar *progreso*.

Un régimen particular que mezcla la reparación histórica con la protección del *hábitat* natural del que forman parte es más visible cuando recae sobre los llamados pueblos *no contactados* o en *aislamiento voluntario*, caso de varias decenas que se mueven en la cuenca amazónica inmersos en su edad de piedra.

En la protección de los pueblos indígenas han desempeñado un papel importante ONG del *Primer Mundo*, unas veces por amor al prójimo y otras por amor a la vida salvaje. Pero el protagonismo de estos pueblos en la agenda internacional responde también en ocasiones a los intereses estratégicos de gobiernos extranjeros o consorcios industriales para forzar determinadas políticas estatales. No es casual que el problema *misquito* se agudizara en Nicaragua cuando la Administración Reagan decidió intervenir contra los sandinistas (1980). Algunas de las aproximaciones primimundistas al indigenismo en la Amazonia pueden contemplarse asimismo como amagos de injerencia en las políticas de desarrollo de los Estados de la región.

76. La Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La protección de los pueblos indígenas ha originado un cuadro normativo particular. Inicialmente, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se adoptaron una serie de convenios para sustraer a los indígenas a la explotación y abusos de que eran objeto en el campo laboral. La cabecera de alguno de ellos, como el relativo a la abolición de sanciones penales por incumplimiento de contrato de trabajo de los trabajadores indígenas (1939, rev. 1955) es muy expresiva. También lo es la comparación entre el Convenio n° 107 (1957) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas en países independientes, cuyo objetivo es su asimilación, y el Convenio el n° 169 (1989), llamado a reemplazarlo, que busca mejorar las condiciones de vida de los indígenas a partir de la conservación de su identidad cultural.

El interés de Naciones Unidas por la problemática indígena se despierta relativamente tarde, pero luego se convierte en uno de los puntos de atracción. En 2008 culminó con la aprobación por la Asamblea General de una Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, un proyecto iniciado en 1985. Los más de veinte años transcurridos reflejan el gran número de dificultades que ha habido que sortear. Para los representantes de los grupos indígenas la Declaración es un documento de mínimos normativo y no sólo un estímulo para la asunción de obligaciones internacionales (como las reflejadas en el Convenio n° 169 de la OIT) y el desarrollo de las legislaciones estatales.

En un plano regional cabe recordar la existencia dentro de la Organización de Estados Americanos (OEA) de un texto consolidado para la discusión, menos ambicioso que la declaración de las Naciones Unidas, desde 2003, sin que haya sido posible ir más allá hasta ahora.

El elemento clave de la Declaración de las Naciones Unidas es el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 3) y la delimitación de su alcance y contenido. Hasta ahora ningún representante de grupos indígenas ha reivindicado formalmente un derecho de separación del Estado. Todo lo contrario, han entendido que la libre determinación se concreta en el *autogobierno* (con una doble expresión, territorial y personal) *dentro del Estado cuya integridad territorial ha de ser respetada*. Este derecho a la autonomía o autogobierno en los asuntos locales (art. 3 *bis*) reforzaría —se dice— la unidad del Estado al asumir su multietnicidad y permitir la plena participación de los indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan. La Declaración enumera en particular, como ámbitos de ejercicio de esa participación y autogobierno, la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones. En América Latina, en particular, puede haber —y hay— movimientos descentralizadores y autono-

mistas, no necesariamente vinculados a la población indígena (como se advierte en Bolivia), pero no hay, al menos por ahora, movimientos separatistas, a salvo algunos grupos indigenistas muy radicalizados que se mueven en la región andina.

Al igual que ocurre con las minorías (v. par. 69), hay oposición de algunos Estados a reconocer derechos colectivos, insistiéndose en los derechos de los individuos, ejercidos en común. No obstante, en el caso de los indígenas el carácter necesariamente colectivo de algunos de los derechos que se reclaman (como el de la tierra) obliga a ser más receptivo a una pretensión de esta naturaleza. La Declaración se refiere a “los pueblos indígenas” como titulares de los derechos que enuncia y, en algún caso, explicita que se trata de un “derecho colectivo” (art. 6.2).

La tenencia colectiva de la tierra es la expresión más genuina del respeto y preservación de la identidad indígena. Pero sacar las consecuencias de orden jurídico, referidas a la explotación de los recursos (biodiversidad, energía, turismo), la conservación del medio natural y el patrimonio cultural y los ingresos fiscales, es más complicado (arts. 25-30 de la Declaración). Hay que tener en cuenta los conflictos que estos derechos pueden originar con las leyes estatales (por ej., las relativas a la propiedad de los recursos minerales y de los bienes culturales y su administración en beneficio del interés general) o con intereses de otros grupos sociales y corporaciones cuya expresión, digamos, *vigorosa* conduce a la reducción real y progresiva del territorio disponible por los indígenas, su traslado forzoso o su expulsión.

Esto último se prohíbe en la Declaración (art. 10), pero no con la misma contundencia en el proyecto de declaración de la OEA, que permite el desplazamiento forzoso por causa de “emergencia nacional u otra circunstancia excepcional de interés público”, debiendo adjudicarse a los desplazados tierras equivalentes en otro lugar y las indemnizaciones a que haya lugar, colectivas e individuales (art. 25). El Convenio n° 169 de la OIT es aún más blando (art. 16). La construcción de una presa hidroeléctrica o de una carretera, la explotación y transporte del gas natural o de la madera, la deforestación para la instalación de ingenios agropecuarios o, incluso, la utilización de las tierras indígenas para los usos más contaminantes o potencialmente dañinos como, por ejemplo, los depósitos de residuos nucleares, forman parte de la crónica habitual.

La Declaración se pronuncia por una participación plena de los indígenas en todos los niveles de adopción de decisiones y todas las cuestiones que puedan afectarles y llega incluso, en relación con los planes sobre tierras y recursos, a la exigencia de su consentimiento “libre y responsable” antes de su aprobación por las autoridades estatales (art. 30). El texto consolidado de la OEA dispone sólo la obligación de consulta, a fin de llegar a un acuerdo, cuando los planes sean “susceptibles de afectar directamente” sus derechos o condiciones de vida (art. 29).

Uno de los conflictos más peliagudos se plantea cuando las instituciones consuetudinarias que se invocan para regular la vida social y administrar justicia penal se compadecen mal con las garantías individuales consagradas por la Constitución y las leyes. O cuando se pretende articular un régimen educativo o una gestión del patrimonio cultural estancos del Estado. El Comité de Derechos Humanos (aplicando el Pacto de derechos civiles y políticos) (v. par. 538) ha considerado que la supervivencia cultural de un grupo es superior a los derechos individuales de sus miembros, pero el mismo Comité matiza que las medidas discriminatorias han de ser razonables y proporcionadas a tal fin (*Lovelace c. Canada*, 1977; *Kitok c. Suecia*, 1980).

En cuanto al uso de las lenguas nativas, el Convenio nº 169 de la OIT pecó por defecto al condicionar la enseñanza a una viabilidad libérrimamente apreciada por las autoridades estatales (art. 28.1). La Declaración afirma, en cambio, este derecho sin restricciones. La oficialidad de las lenguas indígenas en su territorio propio ha sido objeto de reconocimiento constitucional en algunos países (Ecuador, Nicaragua, Perú, Venezuela...).

77. Los pueblos indígenas en los Derechos estatales

En términos generales puede decirse que en el orden interno se pasó de la asimilación forzosa de los individuos capaces de sobrevivir a la fatal extinción de sus pueblos, a veces inducida por las autoridades locales que deseaban una sociedad “sin indígenas” (en Australia, por ejemplo, se prolongó hasta 1970 la práctica de separar a los niños de sus padres para facilitarles una educación “europea”, v. *Cubillo v. Commonwealth of Australia*, 2000), a un proteccionismo paternalista y, de ahí, en un giro radical, al reconocimiento de identidad, una afirmación de derechos y una cooperación más intensa, contando siempre con la acción de ONG dispuestas a financiar y aplicar programas que asumen las prioridades de los indígenas y cuentan con su consentimiento.

Cuando la población de origen indígena absorbe un porcentaje alto de la población total los problemas del indigenismo penetran en el núcleo mismo de la configuración del Estado y de su organización política, social y económica. Así ocurre en América latina en países como Bolivia, Perú Ecuador o Guatemala, donde la población indígena es mayoritaria o alcanza porcentajes que rebasan el 40%. Las Constituciones más recientes —Nicaragua, Brasil, Colombia, México, Chile, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Guatemala...— y las leyes que las desarrollan dan ahora respuestas para acomodar la realidad social de estos pueblos.

Medidas referidas a la representación política (adoptando reglas de democracia consensual y no puramente mayoritaria), la autonomía territorial y personal, el sistema consuetudinario y judicial, el reconocimiento de derechos históricos y del patrimonio cultural, la tenencia de tierras, la gestión y el disfrute de sus recursos, la conservación del medio natural, los impuestos locales, la

educación y la salud, las relaciones transfronterizas, suponen un reconocimiento de la existencia y perdurabilidad de los pueblos indígenas, respeto, protección cultural y participación política, así como del pluralismo de la sociedad estatal. Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos parecen tomar en serio las consecuencias normativas de las Constituciones estatales al aplicar e interpretar los tratados cuya guardia les ha sido atribuida (por ejemplo, *Awasi Tingni c. Nicaragua*, 2001) (v. par. 553).

No obstante, en países en desarrollo encadenados a planes de ajuste económico que sacrifican el gasto social, la discriminación positiva de los pueblos indígenas puede provocar reacciones hostiles de la población no indígena que también padece penurias, y no han de faltar quienes traten de sacar provecho de la situación si sus intereses entran en conflicto con los derechos indígenas. Terratenientes, *garimpeiros*, multinacionales, guerrillas, narcotráfico, la misma administración y las fuerzas armadas, prendidas de la corrupción, del desarrollismo y la ocupación del territorio, o de una metástasis de seguridad, *amenazan* a los pueblos indígenas. Así, avances constitucionales y legales pueden quedar en entredicho. En Guatemala, por ejemplo, las reformas constitucionales que requería la implementación del Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas (1995), central en el proceso de pacificación, fueron bloqueadas por el resultado adverso del preceptivo referéndum (1999).

La protección específica de los pueblos indígenas es, finalmente, compatible con la articulación de su participación en la vida pública del Estado a partir de su identidad, aprovechando al máximo los derechos que corresponden a sus miembros como ciudadanos para acceder, compartir o condicionar el poder político. También en este orden hay un largo camino por recorrer; pero si sus índices de representación política o su papel económico y social han sido marginales en el pasado, la situación está cambiando aceleradamente. En Ecuador, por ejemplo, los movimientos indígenas han sido decisivos para (des)ocupar el sillón presidencial en lo que va del siglo XXI. Otro tanto cabe decir de Bolivia, donde Evo Morales (2006), ha alcanzado democráticamente el poder.

78. *¿Una relación internacional entre el Estado y sus pueblos indígenas?*

¿Cabe acaso una relación *internacional* entre los Estados y sus pueblos indígenas como sujetos no estatales del orden internacional? ¿Cabe pensar en la dimensión *internacional* de las acciones de los pueblos indígenas, por ejemplo, como receptores de asistencia financiera y técnica en proyectos propios de rehabilitación de medio ambiente, ayuda humanitaria u otros asuntos que les conciernan? ¿Cabe un control *internacional* de las obligaciones de los Estados en relación con los pueblos indígenas?

La primera interrogante reverdece la engorrosa cuestión de los *tratados* celebrados en el pasado por las autoridades coloniales o estatales emergentes con las tribus y jefes locales, deshonrados una y otra vez, sea cual sea el orden en

que se pretenda incardinarlos. Ahora, en nuestro tiempo, se habla de *compacts* o de *arreglos constructivos* en el marco del ordenamiento jurídico del Estado.

Estos *arreglos constructivos* se advierten sobre todo en países que responden a la tradición *pactista* anglosajona (como Estados Unidos, Australia y Canadá), llegando a asentarse sobre ellos regímenes de autonomía territorial de pueblos y comunidades indígenas (por ej., *Nunavut* en Canadá, 1999). Pero también se encuentran en otros países (Chile, Guatemala, Nicaragua, Paraguay...). Para prosperar, estos *arreglos* deben partir de una negociación libre y paritaria entre agentes representativos y no ser la tapadera de reglas impuestas por las autoridades estatales contando con clientes indígenas distanciados de sus bases.

La Declaración de Naciones Unidas afirma (art. 36) que los pueblos indígenas “tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales...”. Es fácil entender, teniendo en cuenta los registros históricos, que los pueblos indígenas, aunque no busquen el reconocimiento de una personalidad internacional, exijan garantías internacionales. También es fácil entender que quieran protagonismo en los proyectos con financiación externa que les afectan. Y que reclamen el reconocimiento de *ius standi* ante organismos internacionales competentes para el seguimiento de las obligaciones internacionales consentidas por los Estados.

Uno de los aspectos más calientes del proceso consiste en la dificultad de establecer un mecanismo internacional de arreglo de las diferencias de los pueblos indígenas con las autoridades del Estado al que pertenecen. En la medida en que las autoridades estatales pueden considerar mortificante ser parte con las comunidades indígenas en un procedimiento internacional que dirime diferencias sobre un acuerdo al que no se reconoce ese mismo carácter y, al mismo tiempo, estas comunidades pueden contemplar con justificado recelo el recurso a los jueces estatales, parece aceptable proponer la constitución de comisiones de conciliación paritarias bajo la presidencia, en su caso, de un tercero (una de estas comisiones fue creada por ej. en el Acuerdo entre el gobierno de Nicaragua y Yatama). La Declaración (art. 36) apunta, en términos blandos y algo ambiguos, en esta dirección, pero el texto consolidado de la OEA no se atreve siquiera a enunciar el principio (art. 23).

XX. LA POBLACIÓN DEL ESTADO

79. *El Principio Democrático*

Una de las consecuencias inmediatas del principio de soberanía del Estado es, como sabemos, el de su *autoorganización*, es decir, el de su derecho a elegir y llevar adelante libremente un sistema político, económico, social y cultural y,

correlativamente, el deber de los demás miembros de la sociedad internacional de respetarlo, no inmiscuyéndose en sus asuntos internos (*no intervención*).

En el Derecho Internacional positivista, insensible en términos generales a la protección de los derechos humanos, considerados de la competencia exclusiva del Estado (v. par. 534), el énfasis en la libertad no se puso en el libre albedrío de la población, sino en la prohibición de la intervención extranjera respecto de las fuerzas incondicionalmente liberadas dentro del Estado. El carácter democrático o no de las instituciones era irrelevante. Bastaba con que éstas respondieran a un ejercicio efectivo de poder sobre bases autóctonas.

Ahora, la aplicación del derecho de libre determinación a la población del Estado se presenta sugestivamente como la dimensión comunitaria de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, traduce la soberanía popular y hace realidad el Estado democrático. Lejos de dar jaque a la existencia e integridad del Estado, la libre determinación de la población fortalece su legitimidad. Con ella el *albedrío del soberano* para decidir su destino sin intervención extranjera se vincula a las libertades ciudadanas y no queda a expensas de la liberación de una fuerza entre grupos contendientes que no sea la electoral.

Cuando la libre determinación popular se trasunta en la soberanía puede decirse que el Estado soberano y democrático son uno y el mismo, siendo la no intervención en sus asuntos un principio incommovible. Pero, ¿y si no es así? La solidaridad contra la tiranía es un clásico del Derecho de Gentes. La Francia revolucionaria y napoleónica encendió a Europa con ella. Ahora, distintas instancias políticas y doctrinales del *Primer Mundo*, sobre todo de los Estados Unidos, proponen la afirmación de un derecho de los pueblos a ser gobernados democráticamente que reclamaría de los demás una acción solidaria, haciendo caso omiso de un principio de no intervención deslegitimado como escudo de gobiernos no democráticos. En los planteamientos más radicales esa solidaridad podría conducir a la imposición de medidas coercitivas e, incluso, al empleo de la fuerza militar.

Una firme convicción en la significación unívoca de la democracia, unida a su *banalización* (que conduce a considerar democráticos regímenes *amigos* sólo por el hecho de que celebran elecciones periódicamente), alimentada por la autocomplacencia con el propio sistema y sostenida por el espíritu apostólico, el optimismo derivado de la *victoria* del neoliberalismo en la *guerra fría* y el postulado de que entre países democráticos no hay conflictos bélicos, pueden conducir, según la conocida fórmula de Groucho Marx, a espectaculares avances normativos que supongan lamentables retrocesos institucionales.

Cuando se habla de promover el principio *democrático* conviene distinguir entre diferentes supuestos, pues los medios lícitos para servirlo y las instancias implicadas en ello varían correlativamente. No es lo mismo proceder a la reconstrucción de un Estado *fallido*, como Camboya, Haití o Somalia, donde se han producido violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, que imponer un cambio de régimen en un país al que, simplemente, se tilda de no

democrático según el baremo de sus críticos. No es lo mismo actuar mediante un esfuerzo multilateral gestionado por la ONU, con la cooperación en su caso de otras Organizaciones, que actuar unilateralmente, solo o en cuadrilla, invocando una buena causa (v. par. 577-581).

80. La solidaridad democrática

Estimular la cultura, los procesos y las instituciones democráticas con medidas positivas y ejercer la *influencia* sobre los Estados que, viniendo de la autocracia o del autoritarismo, han decidido establecer un régimen democrático representativo, es inobjetable, tanto si se hace a través de una relación bilateral como si se canaliza por organizaciones internacionales, sea la ONU, sean organismos regionales, como la OSCE en Europa o la OEA en América latina. En el año 2000 la Asamblea General aprobó una resolución (55/96) sobre la promoción y consolidación de la democracia. Resoluciones similares se encuentran en el repertorio de cualesquiera organizaciones regionales de intereses generales y políticos. La asistencia técnica en la preparación de Constituciones y leyes políticas y la presencia de estas Organizaciones en los procesos electorales se han convertido, en la práctica, en un hecho común desde que terminó la *guerra fría*.

Asimismo, con independencia del juicio de oportunidad que merezcan, no se pueden poner tachas de legalidad a acciones sedicentemente inspiradas en un propósito democratizador que realizan los Estados, individual o colectivamente, dentro del ámbito de discrecionalidad que las normas internacionales les reconocen. En este sentido los Estados son libres en principio para mantener o no relaciones diplomáticas y comerciales con los demás y están en su derecho para vaciar en su particular molde democrático la doctrina del reconocimiento de los gobiernos extranjeros, la apertura y mantenimiento de misiones diplomáticas y agencias consulares o la celebración y vigencia de acuerdos comerciales y de cooperación.

En América, las doctrinas legitimistas del *reconocimiento de gobiernos* cuentan con una tradición secular. Conocidas bajo el nombre de sus patrocinadores (*Tobar*, canciller ecuatoriano, 1907; *Wilson*, presidente de los Estados Unidos, 1913; *Betancourt*, presidente de la República de Venezuela, 1960) han querido siempre ser un instrumento contra los golpes de estado y los cuartelazos, crónicos en el hemisferio. Frente a las doctrinas legitimistas se levantaron otras, partidarias estrictas de reconocer a los gobiernos *de facto* atendiendo al principio de efectividad, o —incluso— de prescindir de todo reconocimiento expreso, siendo el mantenimiento de relaciones diplomáticas bastante para implicarlo (*Estrada*, secretario de relaciones exteriores de México, 1930), criterio éste tradicionalmente seguido por España, pero ahora abandonado, al menos en las relaciones con los países latinoamericanos. El no reconocimiento de un gobierno *de facto* plantea, por lo demás, un problema de representación del Estado, particular-

mente grave cuando su control sobre el territorio es efectivo y estable. En unos casos, un legitimismo estricto puede conducir a mantener el reconocimiento del gobierno derrocado, eventualmente como gobierno en el exilio; en otros, los legitimistas, denegado el reconocimiento, actúan ignorando sus efectos jurídicos, es decir, circunscribiéndolo al más estrecho ámbito político. Las incongruencias de las reacciones de los diferentes Estados frente al gobierno *de facto* de Honduras tras el derribo del Presidente constitucional Zelaya (2009) es una prueba palmaria de las dificultades del legitimismo cuando la efectividad que lo contradice perdura.

Estados Unidos y la Unión Europea se han significado en los últimos años por la adopción de doctrinas legitimistas frente a determinadas situaciones deducidas de la terminación de la *guerra fría*; en particular, los procesos de desintegración de las federaciones soviética y yugoslava. Por otro lado, promover y consolidar los valores democráticos (y los principios del libre mercado) ha sido el primer objetivo declarado de los programas de asistencia económica de los Estados Unidos y también de la Unión Europea al insertar la llamada *cláusula (de condicionalidad) democrática* en los acuerdos de asociación y de cooperación celebrados con terceros países y ser un elemento central de su *política de vecindad*. Todo ello sin entrar a valorar hasta que punto la práctica ha sido coherente con las declaraciones de principio.

Igualmente, las Organizaciones Internacionales pueden hacer condición de admisión y permanencia en su seno la adopción de un régimen democrático, tal como sus miembros lo entienden, pudiendo suspender o, incluso, expulsar a quienes no lo respeten (v. par. 93, 98). Así se advierte por ejemplo, en el Consejo de Europa (Estatuto, arts. 3 y 4), en la Unión Europea (TUE, art. 7), en la OEA (Carta revisada, art. 9). Antes, en 1962, Cuba fue excluida de esta Organización por su régimen, tachado de marxista-leninista.

81. La intervención por la democracia

Cuando la inquietud por la *democracia* se asocia a una violencia interna generalizada y a violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos fundamentales es esta situación la que marca el territorio de la *injerencia humanitaria* y desencadena el ejercicio de las competencias del Consejo de Seguridad *sub* Capítulo VII de la Carta, si considera presente una amenaza a la paz internacional (v. par. 577-579).

De no ser ese el caso, la intervención *pro democracia* responde a *políticas* que no han conseguido hasta ahora romper las barreras del principio de no intervención, por fluidas que puedan parecer en relación con las medidas de coerción no armada (v. par. 492), lo que se prohíbe, no sólo a los Estados, individualmente y en cuadrilla, sino también a los organismos regionales (arts. 52.1 y 53.1 de la Carta de las Naciones Unidas) (v. par. 520, 521).

En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia se manifestó en términos rotundos: el Derecho Internacional no ha evolucionado al punto de reconocer a los Estados un derecho general de intervención, directa o no, armada o no, para apoyar a la oposición interna de otro Estado cuya causa pareciera especialmente digna por los valores políticos y morales con los que se identificaría. La Corte concluyó, en consecuencia, que el apoyo suministrado por los Estados Unidos a las actividades de los *contras* en Nicaragua, bajo forma de asistencia financiera, entrenamiento, suministro de armas, información y ayuda logística, constituía una violación indudable del principio de no intervención.

Para cuando se desperezaba el *Nuevo Orden* (v. par. 10), Estados Unidos contaba, además de su intervención en Nicaragua, con intervenciones armadas directas en Grenada (1983) y en Panamá (1989) en las que se invocó, entre otras razones, la de coadyuvar a la restauración del gobierno democrático. Según el *documento estratégico de seguridad nacional* firmado por el Presidente de los Estados Unidos, George Bush, (1991) sólo Cuba seguía siendo recalcitrante, pero era sólo cuestión de tiempo que también allí ocurriera un cambio fundamental, anunciando que *reclutaría* “a nuestros amigos en el hemisferio para que presionen a Cuba a aceptar lo inevitable pacíficamente”.

La *recluta* de los países americanos para políticas intervencionista no ha tenido hasta ahora, sin embargo, un encaje en el sistema interamericano. El Protocolo de Cartagena (1985), al instrumentar la reforma de la Carta de la OEA, se refirió a la responsabilidad colectiva en «promover y consolidar la democracia representativa con el debido respeto del principio de no intervención» (art. 2, b, de la Carta revisada), principio que es reafirmado a continuación (art. 3, e; tb., arts. 13, 17, 19-23 y 35).

Asimismo, la resolución 1080 de la Asamblea de la OEA (Santiago de Chile, 1991) aúna su intención de proteger la democracia con la de evitar una incursión sobre el principio de no intervención. Adoptada por unanimidad, disponía que cualquier interrupción del proceso político democrático en un país miembro reclamaba la convocatoria urgente del Consejo Permanente y, eventualmente, la de una reunión *ad hoc* de consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores o una sesión extraordinaria de la Asamblea. La resolución ha sido aplicada con resultados más o menos discretos en varias ocasiones (Haití, 1991; Perú, 1992; Guatemala, 1993; Paraguay, 1996...)

En la *Carta Democrática Interamericana*, adoptada por los Estados Miembros de la OEA (Lima, 2001) las disposiciones sobre “fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática” (arts. 17-22) no van más allá de lo dispuesto por la propia Carta de la OEA en vigor. Incluso las *misiones de observación electoral* se llevan a cabo sólo a solicitud del Estado miembro interesado y, en el caso de que aquéllas informen al Consejo Permanente que no existen condiciones para la celebración de elecciones libres y justas, el envío de una *misión especial* para contribuir a crear o mejorar dichas condiciones requiere el acuerdo del mismo Estado (arts. 23-25).

Después de un comportamiento cuando menos ambiguo en relación con el golpe cívico-militar en Venezuela (abril de 2002), la Administración de Georges W. Bush trató de modificar la *Carta Democrática* a fin de dotarla de un instrumento (un comité permanente de supervisión) que permita *aislar e intervenir* en países cuyos gobiernos *se desvíen gradualmente de la democracia...* Pero sus esfuerzos han sido hasta ahora baldíos. Diríase que los miembros de la OEA siguen resistiéndose mayoritariamente a respaldar una determinada ortodoxia democrática si media el riesgo de que Estados Unidos se erija en su custodio infalible.

82. Con la democracia en los talones

Las cuestiones que plantea la democracia, antes incluso de ser adjetivada, son tales que conviene dejar su solución en manos de la población del Estado, sin intercesiones ajenas. Al iniciar en 1988 la relación de resoluciones en pro de elecciones periódicas y genuinas la Asamblea General de las Naciones Unidas tuvo cuidado siempre de aprobar simultáneamente otras en refuerzo de los principios de soberanía y no intervención (así por ejemplo, res. 60/1, adoptada por la *Cumbre Mundial 2005*).

La experiencia revela la manipulación de los principios de soberanía (no intervención) y libre determinación (democracia) por las grandes potencias a fin de asentar y expandir sus zonas o *esferas de influencia* (v. par. 52). La desintegración del *bloque socialista* en la última década del siglo XX no purifica los planteamientos democratizadores de los países capitalistas de sus condicionantes geopolíticos, estratégicos y económicos. El maniqueísmo en este juego dialéctico no tiene fin y la elección en libertad de régimen político, económico y social parece tener sus limitaciones cuando no cuadra con el molde del neoliberalismo. La libre determinación es de menú único.

La *comprensión* de los países occidentales con las *inevitables* violaciones de derechos humanos fundamentales y principios *democráticos* cuando sus autores son fuerzas amigas que —como, por ejemplo, ocurrió en Argelia— se interponen como un dique al gobierno de las mayorías desheredadas, entregadas al credo de pastores fundamentalistas que son ya su única esperanza de dignidad y bienestar, choca con los apremiantes requerimientos que se hacen a otros —Cuba, por ejemplo— donde se coartan las libertades públicas, pero se satisfacen —o satisfacían— las necesidades básicas de una población a la que no se aterroriza con *desaparecidos* ni *ultimados* en las cunetas, lo que no pueden decir muchas de las democracias formales —y superficiales— que tachonan el planeta. El alegato de que hay que impedir el acceso democrático al poder de quienes —seguro— lo han de utilizar para acabar con la democracia *representativa* es la expresión patética de la contradicción entre los supuestos valores occidentales y las conveniencias geopolíticas, estratégicas y económicas.

Democracia *representativa* ¿de quién?, podría preguntarse allí donde la retórica de las libertades públicas se conjuga con el recurso a un cuasi permanente estado de emergencia, que permite anularlas o restringirlas, y se violentan, con durísimas políticas de *ajuste* económico, los derechos más íntimamente unidos a la satisfacción de necesidades básicas de la población. Diríase que se han buscado las apariencias de la democracia formal para continuar sustancialmente con políticas contrarias a los intereses populares, incompatibles con los de las clases instaladas en las instituciones y los compromisos con los acreedores extranjeros. De esta manera, quienes combaten una organización política incapaz de atender las necesidades primarias de la población pueden ser acusados de atentar contra el Estado *democrático* y éste puede poner la fuerza *represiva* al servicio de la democracia *representativa*, sofocando las propuestas de la democracia *participativa* y *directa*. Partiendo de que un conflicto entre el respeto de los derechos humanos fundamentales y un orden constitucional democrático es *contra natura*, carecen de legitimidad quienes respondiendo aparentemente a ese orden violentan tales derechos; pero hay intereses creados en endosar internacionalmente ciertas apariencias.

Si las proposiciones normativas no van acompañadas de un serio y riguroso desarrollo institucional que impida los abusos, mejor dejar el juicio de legitimación para la moral, la imagen y el intercambio diplomático y, en el ámbito legal, no moverse del orden más clásico. Al fin y al cabo el registro histórico no permite ser particularmente optimista acerca de lo que cabe esperar de los países capitalistas demo-liberales cuando se empeñan en difundir sus *valores*. Detrás de ellos avanzan hasta las múltiples periferias del *Sur* los renovados peones de la dominación, dispuestos a socavar las bases más profundas de la libre determinación de los pueblos con la ingeniería de formas aparentemente democráticas ocupadas por clientelas locales. El caso de Iraq, tras la intervención armada (2003) de Estados Unidos y sus aliados (v. par. 526) es un buen ejemplo de ello.

Hay que precaverse, pues, de alegatos entusiastas en pro de un *nuevo* Derecho Internacional *impuesto a recalcitrantes y obstinados* por una sociedad mostrenca manejada por Estados o grupos de Estados más poderosos que representativos. Han de temerse los corolarios últimos de las teorías de la legitimidad del Estado que se formulan aisladas de la constitución de una organización universal democráticamente articulada. El principio de no intervención pone en manos de los pueblos la responsabilidad de su propio destino y entre sujetos estatales soberanos iguala, democratiza.

Las Organizaciones Internacionales

XXI. CONSIDERACIONES GENERALES

83. Origen e importancia

Las Organizaciones Internacionales son sujetos de Derecho Internacional creados por los Estados mediante tratado (u otro instrumento regido por el Derecho Internacional), dotados de órganos permanentes, con voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros, en el marco de competencias atribuidas para la consecución de los objetivos convenidos.

Las primeras Organizaciones Internacionales tienen su origen en el siglo XIX debido a la necesidad de los Estados de cooperar en la gestión de ciertos espacios naturales y en ámbitos científico-técnicos abiertos a la actividad humana por la segunda revolución industrial. Se trató inicialmente de Organizaciones con una estructura orgánica modesta, caso de las Comisiones fluviales, destinadas a regular el ejercicio de la libre navegación por los ríos internacionales proclamada en el Congreso de Viena (v. par. 380, 381), y de las llamadas Uniones Administrativas concebidas para cooperar en sectores como las comunicaciones y el transporte, entre otros.

Al término de la Primera Guerra Mundial el fenómeno de la organización internacional recibió un fuerte impulso con la creación de la Sociedad de Naciones, la primera Organización de vocación universal y competencias generales que pretendía “fomentar la cooperación entre las naciones y... garantizar la paz”. El fracaso de la Sociedad, que no pudo ser universal ni impedir el estallido de la Segunda Guerra Mundial en 1939, avivó, no obstante, la necesidad de alumbrar una nueva Organización que, aprovechando la experiencia vivida, salvaguardara la *coexistencia* y sirviera a la *cooperación* pacífica entre todos los Estados. El resultado fue la creación de la ONU, cuya Carta constitutiva fue firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. La ONU constituye hoy la columna vertebral del sistema de seguridad colectiva (v. tema 22) y el centro solar del multilateralismo cooperativo —a través de Programas y Fondos y de una amplia *familia de* Organismos especializados— en muy diferentes órdenes.

Se produjo al tiempo una espectacular floración de Organizaciones regionales, debiendo destacarse ahora las dotadas de competencias generales, que también han gestado su propia *familia* de organismos especializados a imagen de la ONU, en particular la Organización de Estados Americanos (OEA).

Sea su ámbito universal o regional y sus fines generales o específicos, lo cierto es que las Organizaciones Internacionales cubren hoy prácticamente todo

el espectro de las relaciones humanas. Haciendo números, gracias a su rápido crecimiento en los últimos sesenta años estas Organizaciones son hoy alrededor de cuatrocientas, algo más del doble de Estados existentes.

Las Organizaciones constituyen uno de los signos de identidad más característico de la sociedad internacional contemporánea. Nacidas de la voluntad soberana de los Estados, que son sus principales —y generalmente exclusivos— miembros, responden a la necesidad de hacer frente de modo *permanente* a los problemas que plantea la *coexistencia* y, más aún, la *cooperación* exigida por la creciente interdependencia,

Las Organizaciones no han transformado la estructura interestatal de la sociedad internacional; antes al contrario, la presuponen y hasta cierto punto la salvaguardan, en la medida que han sido concebidas por los Estados para ordenar y regular sus actividades colectivas y no como centros de poder superiores a ellos o como un «*super-Estado*» (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de la NU*, 1949; *Interpretación del acuerdo entre la OMS y Egipto*, 1980).

No cabe duda, sin embargo, que las Organizaciones han venido a *institucionalizar parcialmente* la sociedad internacional. Su mera existencia propicia una dinámica de actuaciones colectivas y suscita hábitos de negociación y acuerdo que a la larga provocan una evolución expansiva de las competencias e intereses comunes y una marginación de los Estados que no están dispuestos a implicarse en el sistema. Por esta vía las Organizaciones han sido el instrumento que más decididamente ha servido a la evolución y cambio del Derecho Internacional contemporáneo, tanto por lo que hace a su elaboración y aplicación como a la realización y desarrollo de sus funciones y valores.

Las Organizaciones han enriquecido, en fin, el perfil del Derecho Internacional contemporáneo al introducir en él ciertas dosis de: 1) *democratización*, consintiendo la participación de todos los Estados en los procesos de elaboración y aplicación de las normas internacionales; 2) *socialización*, potenciando la actuación en la escena internacional de otros actores sociales y acentuando al tiempo el *polimorfismo* de la subjetividad internacional, y 3) *humanización*, siendo el claustro materno de afirmación de los derechos y libertades fundamentales y de los mecanismos para su garantía y control y confiriendo dimensión internacional a todo el espectro de relaciones humanas que se instrumentan mediante la cooperación (del transporte a la sanidad, de la cultura al trabajo, de la alimentación al mercado financiero...).

Ahora bien, la proliferación de Organizaciones y, con ella, la creciente diversificación de sus estructuras y medios de acción es fuente de numerosos problemas, que abarcan desde los costes (presupuestarios y diplomáticos) que los Estados miembros han de afrontar al participar en múltiples y diversas Organizaciones hasta las medidas que a nivel internacional se han de articular para la coordinación operativa entre Organizaciones afines y concurrentes, medidas que chocan con la tendencia natural de cada Organización a poner su autonomía, no digamos ya su supervivencia, por encima de cualquier otra consideración. Esta

tendencia arrastra incluso a los Estados miembros cuando las distintas Organizaciones son pantallas de estrategias políticas enfrentadas o su representación descansa en departamentos sectoriales con intereses en conflicto.

XXII. UNA SUBJETIVIDAD PARTICULAR

Según las hemos definido, las Organizaciones Internacionales son sujetos bien diferentes de los Estados: 1) por su *acto constitutivo*, generalmente un tratado celebrado entre Estados, y 2) por el carácter *secundario* y *funcional* de su subjetividad.

Examinemos estos elementos.

84. *El acto constitutivo: un tratado (u otro instrumento regido por el Derecho Internacional)*

Las Organizaciones son creadas mediante tratados entre Estados. Para huir del formalismo y evitar trampas terminológicas la Comisión de Derecho Internacional apunta la creación de Organizaciones también mediante “otro instrumento regido por el Derecho Internacional”. En todo caso, no bastaría un instrumento de Derecho interno (*proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de las OI*, 2003, art. 2) ni un acuerdo no jurídico.

Así, por ejemplo, el Consejo Nórdico tuvo como fundamento en su origen (1952) una concatenación de *normas internas* de los Parlamentos de Dinamarca, Islandia, Noruega y Suecia (Finlandia se adhirió en 1956), a la que siguió la adopción del Tratado de cooperación en que se funda el Consejo (Helsinki, 1962).

También se ha traído a colación la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE) que se inició (1975) gracias a acuerdos políticos, no jurídicos, y vino actuando progresivamente desde la *Cumbre de París* (1990) como una Organización en virtud de actos y decisiones sucesivas que condujeron a los Estados participantes a declarar su carácter de organismo regional (Helsinki, 1992) hasta acabar rebautizándola como Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE, Budapest, 1994). En realidad estamos ante un acuerdo en forma simplificada (v. par. 156) que revela la voluntad de los participantes de evitar un tratado formal, no sólo por la dilación y contratiempos que debería arrostrar su conclusión, sino también por el designio político de algunos participantes conspicuos en mantener la OSCE con un *bajo perfil*.

Las formas de cooperación entre Estados sin base convencional —u otro instrumento regido por el Derecho Internacional— sustentan *efectividades* (observatorios, *paternariados...*), o agrupaciones *de facto* de sinergia y dimensión

diversas (G-7/8, G-4, G-20, *Grupo de Río...*), pero no Organizaciones Internacionales.

Conviene sin embargo precisar que para la creación de una Organización Internacional es imprescindible identificar en el tratado (o en el instrumento regido por el Derecho Internacional que haga sus veces) la voluntad de las partes al respecto. Ejemplo paradigmático es el del Tratado de la Unión Europea (TUE) que, a pesar de su cabecera, no concibió la Unión en 1992 como una Organización dotada por sí misma de personalidad jurídica internacional, lo que ha ocurrido sólo, explícitamente, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009).

85. *El tratado fundacional, constitucional y unitario*

Los tratados constitutivos o fundacionales de las Organizaciones Internacionales, en tanto que instrumentos convencionales, están sometidos a las reglas del Derecho de los Tratados (v. par. 151), codificadas en las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, que les resultan aplicables “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la Organización” (art. 5). Ahora bien, el tratado por el que se crea una Organización Internacional no es un tratado cualquiera. Su objeto vivificador de un sujeto de Derecho Internacional dotado de permanencia y voluntad propia alumbró reglas especiales dirigidas, en particular, a salvaguardar la naturaleza constitucional y la integridad del instrumento fundacional.

1) El tratado que crea una Organización Internacional tiene carácter *constitucional*, lo que a veces se advierte en la misma cabecera del instrumento. Así la veterana Organización Internacional del Trabajo (OIT) llamó a su tratado fundacional Constitución, y lo mismo hacen los tratados constitutivos de otros organismos especializados de la *familia* de Naciones Unidas (FAO, UNESCO, OMS...); el título *Carta* (de la ONU, de la OEA...) evoca la misma idea.

Sea cual sea el *nomen iuris* del tratado, en él se encuentran las reglas básicas, esenciales, que han de regir su funcionamiento (proclama principios y propósitos, instituye órganos, atribuye competencias, dispone procedimientos de deliberación y toma de decisiones, enuncia criterios y directrices de actuación); en definitiva, encarna el *Derecho originario* o *primario* de la Organización.

El carácter constitucional del tratado constitutivo de una Organización, su condición de *Derecho originario* o *primario*, se manifiesta en la primacía de sus estipulaciones sobre las decisiones, resoluciones y otros actos de la misma Organización realizados en el ejercicio de sus competencias, es decir, su *Derecho secundario* o *derivado* (v. par. 128, 129).

La eficaz protección del bloque de constitucionalidad representado por el tratado fundacional de una Organización (desde el punto de vista material y formal) dependerá en gran medida de que se hayan dispuesto o no medios jurisdiccionales para su control. Ese control existe, por ejemplo, en el ámbito de

la Unión Europea, al menos por lo que se refiere al pilar *comunitario*, pero no en el de las Naciones Unidas, con las salvedades que se harán oportunamente (v. par. 529).

2) El tratado por el que se crea una Organización Internacional conforma una *unidad* que ha de ser aceptada en su *integridad*. Ello afecta en particular:

a) al régimen especial al que se someten las reservas formuladas al instrumento fundacional que, a menos que en él se disponga otra cosa, “exigirá la aceptación del órgano competente de esa Organización” (art. 20.3 de las CV de 1969 y 1986 sobre Derecho de Tratados) (v. par. 196, 209); y,

b) a la entrada en vigor de la enmienda o revisión de estos tratados que, separándose de la regla general (CV, art. 40.4) (v. par. 245), produce efectos *erga omnes* una vez satisfechas las condiciones establecidas en sus cláusulas. Esta consideración puede ser intrascendente cuando, como ocurre en la Unión Europea (TUE, art. 48), se condiciona la entrada en vigor de la enmienda a la ratificación unánime de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales; pero no lo es cuando la entrada en vigor se produce por mayoría (dos tercios es habitual). Algunas Organizaciones modulan la mayoría prescrita exigiendo que la misma cuente con determinados Estados miembros, como hace la Carta de Naciones Unidas (arts. 108 y 109.2) al requerir que en los dos tercios exigidos se cuenten los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La minoría reacia a la enmienda se ve así en la disyuntiva de aceptarla o retirarse del tratado. Cabe, no obstante, encontrar algún caso, como el de la OEA, que prefiere la disfuncionalidad antes que colocar a sus miembros ante semejante dilema (Carta de la OEA, arts. 140, 142).

86. Una subjetividad secundaria y...objetiva

Las Organizaciones Internacionales son sujetos de Derecho Internacional dotados de personalidad jurídica propia, distinta de la de sus miembros (CDI, *proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de las OI*, 2003). Como tales, tienen capacidad para ser titulares de derechos, de los que pueden prevalerse, y obligaciones internacionales, de cuyo (in)cumplimiento habrán de responder (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949; *Interpretación del Acuerdo entre la OMS y Egipto* (1980).

Ahora bien, afirmar la *personalidad jurídica internacional* de las Organizaciones Internacionales no equivale a decir que su subjetividad sea del mismo grado que la de los Estados ni que todas las Organizaciones dispongan de la misma capacidad jurídica.

A diferencia de los Estados, sujetos *primarios* y *plenos* en virtud de su soberanía, las Organizaciones son sujetos *secundarios*, de naturaleza *funcional*. *Secundarios* o *derivados*, en primer lugar, porque deben su existencia a la voluntad de los Estados manifestada en el instrumento fundacional de la Organi-

zación, cuyo efecto es *relativo*, en la medida en que no pueden conferir derechos y, menos aún, imponer obligaciones a terceros sin mediar su consentimiento. Esta constatación limita, en principio, la *oponibilidad* de la personalidad jurídica de las Organizaciones a sus miembros y a los que la hayan reconocido, siguiendo criterios similares a los estudiados para el reconocimiento de Estados (v. par. 23-25).

Sólo si el número y representatividad de sus miembros —y de los terceros que en su caso las reconozcan— reflejan la *sociedad internacional en su conjunto* podrá afirmarse que se ha creado «una entidad dotada de personalidad internacional objetiva, y no simplemente de una personalidad reconocida por ellos exclusivamente», según sostuvo la Corte Internacional de Justicia refiriéndose a la ONU (*Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949). Esta afirmación, de la que en general se benefician las Organizaciones universales, pretende en la actualidad aplicarse a todo tipo de Organizaciones (CDI, *proyecto de arts. sobre la responsabilidad internacional de las OI*, 2003). No sería necesario, pues, indagar si la personalidad jurídica de una organización ha sido reconocida por el Estado lesionado antes de examinar si se puede tener a la organización por responsable internacionalmente (v. par. 319-322).

87. Una subjetividad funcional

“Mientras que un Estado posee, en su totalidad, los derechos y obligaciones internacionales reconocidos por el Derecho Internacional, los derechos y obligaciones de una entidad como la Organización dependen de sus fines y funciones, enunciados o implícitos en su instrumento constitutivo y desarrollados en la práctica” (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949).

Decimos por eso que la personalidad internacional de las Organizaciones es de carácter *funcional*, porque frente a la *plenitud* de competencias de los Estados soberanos, las Organizaciones se rigen por “el principio de especialidad, es decir, están dotadas por los Estados que las crean de *competencias de atribución* cuyos límites dependen de los intereses comunes cuya promoción esos Estados les han encomendado”, según las *reglas* de cada Organización (CIJ, *Armas nucleares*, 1996).

Las competencias de una Organización pueden ser *expresas* o *implícitas*. Las competencias de las Organizaciones Internacionales son normalmente objeto de una formulación expresa en el instrumento constitutivo. Sin embargo, las necesidades de la vida internacional pueden conducir a que, para la consecución de sus fines, las Organizaciones cuenten con competencias no expresamente previstas en los instrumentos básicos, que resultan de una práctica consentida que deviene consuetudinaria y pasa a formar parte de las *reglas de la Organización* (art. 2.1.j de la CV sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y OI o entre OI, 1986).

La doctrina de las competencias implícitas, desarrollada por la jurisprudencia internacional sobre el modelo de los Estados de estructura federal, pretende contribuir al dinamismo y autonomía de la Organización, facilitando la realización de los objetivos convenidos en el tratado constitutivo en función de nuevos desafíos no expresamente previstos en él, sin tener que recurrir para ello al procedimiento de su revisión (v. par. 244), lento y engorroso por lo general. Se trata sin embargo de un camino no exento de dificultades y riesgos, en la medida en que es preciso encontrar el equilibrio entre la flexibilidad que permite adaptarse a nuevas circunstancias y el respeto de la legalidad definido en el instrumento fundacional.

Las Organizaciones Internacionales disponen de una *capacidad jurídica desigual*, tanto por lo que hace al número y diversidad de derechos y obligaciones definidos en las reglas que les son propias como por lo que se refiere a la intensidad de su ejercicio, dependiente de las funciones y propósitos asignados, lo que requiere una consideración caso por caso. En términos generales puede decirse que los poderes de una Organización decrecen a medida que se hace más universal en su composición y más general en sus objetivos.

88. Capacidad jurídica de las Organizaciones Internacionales en los ordenamientos estatales

La personalidad jurídica internacional de las Organizaciones no implica por sí misma su correlativa capacidad de obrar en los ordenamientos internos de los Estados en cuyo territorio han de desplegar sus actividades.

Los tratados constitutivos de las Organizaciones suelen por eso incluir cláusulas sobre lo que con cierta impropiedad a veces se denomina la *personalidad jurídica interna* de la Organización, reconociéndoles la capacidad de obrar en los Estados miembros (véase, por ej., la Carta de las Naciones Unidas, art. 104).

El ejercicio de la capacidad jurídica de las Organizaciones en los ordenamientos estatales se manifiesta en su capacidad general de contratar —sea con personas físicas o jurídicas, otras Organizaciones, el mismo gobierno del Estado huésped o sus administraciones locales— las prestaciones de bienes y servicios que permitan el normal desenvolvimiento de la actividad de la Organización (adquirir, enajenar, arrendar muebles e inmuebles, celebrar contratos laborales, comparecer en juicio...). Todo ello según las previsiones de su tratado constitutivo y/o los Acuerdos de sede y sobre sus privilegios e inmunidades, completados en su caso con las normas internas del Estado huésped.

XXIII. CLASES

Tributarias de su naturaleza *secundaria y funcional*, las Organizaciones Internacionales son sujetos originales sobre los que es difícil —si no imposible—

elaborar una teoría general. No obstante, recurrir a algunos criterios clasificatorios es útil para la mejor comprensión y sistematización del plural estatuto jurídico de las Organizaciones y de sus miembros. Así, con ánimo descriptivo, podemos distinguir las Organizaciones atendiendo a su composición (*abiertas y cerradas*), objetivos (*generales y sectoriales*), y competencias (de *cooperación y de integración*).

89. Organizaciones abiertas y cerradas

Las Organizaciones genuinamente *abiertas* aspiran a contar entre sus miembros a *todos* los Estados de un universo determinado; de ahí las facilidades de sus tratados constitutivos para la admisión de nuevos miembros, lo que no es óbice para que los que ya lo son ejerzan un control sobre la admisión, y que sus objetivos —generales o específicos— afecten o interesen virtualmente a la sociedad internacional en su conjunto. El más claro ejemplo de Organización planetaria es la ONU, con 192 Estados miembros. La inevitable heterogeneidad de los miembros de una Organización de esta clase dificulta, no obstante, el progreso institucional y de sus capacidades decisorias.

También son *abiertas* las Organizaciones *regionales* si entendemos que en ellas prevalece la vocación de incluir a todos los Estados localizados en una región determinada (sea continental, intercontinental o subcontinental, v. par. 15). La OEA, la Unión Africana (UA) o la Liga Árabe pueden ser mencionadas como ejemplos.

Las Organizaciones *cerradas* (o *restringidas*) expresan solidaridades específicas propias de la división de la sociedad internacional. Son Organizaciones *particulares*, que tienden a confundirse con las regionales cuando esas solidaridades confluyen en un espacio geográfico determinado. Esas solidaridades pueden ser variadísimas; así, por ejemplo, *estratégicas* y de *seguridad* (OTAN), *políticas* y de *defensa de los derechos humanos* (Consejo de Europa), *económica y financiera* (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE), *religiosa* (Organización de la Conferencia Islámica)... A diferencia de las abiertas, las Organizaciones Internacionales restringidas se caracterizan por las condiciones excluyentes, más o menos estrictas, impuestas a la admisión de quienes pretenden ser sus (nuevos) miembros. De los casi cuatro centenares de Organizaciones interestatales existentes, tres cuartas partes son de carácter restringido o cerrado.

90. Organizaciones generales y sectoriales

Las Organizaciones de *fines generales* abarcan potencialmente todos los ámbitos en que se producen relaciones interestatales, sea sobre una base universal (ONU) o regional (OEA, UA, Liga Árabe), si bien es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales su propósito más característico, alrededor del cual

giran los demás (v. par. 520). Es raro que una Organización cerrada o restringida sea de fines generales; de serlo, cabe pronosticar que se trata de una Organización con vocación federalizante.

Las Organizaciones *sectoriales* o de *fines específicos* ven en cambio estatutariamente constreñidas sus funciones a un determinado sector material, que a su vez puede identificarse en Organizaciones abiertas o cerradas, regionales o universales. Piénsese, en un plano universal, en los *organismos especializados* de la *familia* de Naciones Unidas y, en el regional, en los organismos similares auspiciados por Organizaciones de fines generales, como la OEA, la UA o la Liga Árabe.

Las Organizaciones particulares, cerradas o restringidas, suelen ser de fines específicos. Estas son idóneas para pasar de la cooperación a la integración dentro de la política de evolución gradual y permanente que asume la llamada concepción *funcionalista*.

91. Organizaciones de cooperación y de integración

La consideración del alcance y contenido de sus competencias lleva, por último, a distinguir entre Organizaciones de *cooperación* y de *integración*.

Las primeras desempeñan un papel de *concertación* en el ámbito de las competencias atribuidas, mediante: 1) la adopción de decisiones (que genéricamente denominamos resoluciones), meramente recomendatorias por lo general; y 2) auspiciando y preparando proyectos de tratados finalmente sometidos a los miembros de la Organización (o incluso a terceros), llamados a ser contratantes.

Las Organizaciones de integración (o supranacionales) representan un modelo avanzado caracterizado por la transferencia de competencias estatales (soberanas) a los órganos de la Organización, a los que se dota de poder normativo con capacidad de producir efectos jurídicos vinculantes de manera automática y uniforme en los ordenamientos internos de los Estados miembros, primando sobre las disposiciones nacionales. El carácter gradual de todo proceso de integración somete a estas Organizaciones a una evolución continua. La integración avanza no sólo en función de las competencias que se van transfiriendo a la Organización (y de su carácter, exclusivo o no), sino también —o incluso más— en la medida en que el poder normativo de la Organización no está sólo en manos de órganos de composición gubernamental, se ejerce por mayoría (cualificada) y se controla jurisdiccionalmente. La Unión Europea es el arquetipo de esta clase de Organizaciones.

No hay que desdeñar por eso el papel que, frente al modelo de integración, desempeña el muchísimo más frecuente de la cooperación interestatal. Ajustado como un guante a los caracteres de la sociedad internacional, permite ir creando solidaridades de base sobre las que sustentar y desarrollar las relaciones entre

los miembros que, a la postre, constituirán un condicionante del ejercicio de su soberanía.

Conviene, asimismo, precisar, que el modelo de cooperación no se altera por que el nivel de intensidad impuesto al valor jurídico de las resoluciones se eleve de la recomendación a una *obligación de comportamiento* de los Estados miembros respecto de lo recomendado por la Organización. Sí se produce en cambio un cierto desplazamiento de la cooperación a la *subordinación*, pero sin confundirse con la integración, en el caso de resoluciones que imponen a los miembros destinatarios una *obligación de resultado*, que éstos habrán de satisfacer en sus ordenamientos internos mediante un hacer legislativo o reglamentario. Es el caso de las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (v. art. 25) (v. par. 128, 129).

XXIV. LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN

92. *Quienes pueden ser miembros*

Los tratados constitutivos de las Organizaciones Internacionales suelen reservar el *status* de miembro a los Estados soberanos. Pero la regla admite excepciones.

En unos casos se trata de apreciar la condición estatal y soberana de una entidad con evidente *manga ancha* por consideraciones de índole política. Así se explica, por ejemplo, que en 1945 se admitiera a Bielorrusia y Ucrania, entonces Repúblicas Federadas de la Unión Soviética, como miembros originarios de la ONU, o que Filipinas y la India se sumaran a la Organización en 1947, sin haber alcanzado aún su independencia; que Palestina (representada inicialmente por la OLP) y la República Democrática Árabe Saharaui (representada por el Frente Polisario) hayan sido admitidos como miembros en Organizaciones afines a sus reivindicaciones, la Liga Árabe y la UA, cuando su territorio está en su mayor parte bajo ocupación y administración extranjera (v. par. 67, 65).

En otros casos se trata de extender a sujetos no estatales, en atención a su naturaleza y funciones, la membresía *intuitu personae*, aplicando reglas incorporadas al efecto a los tratados constitutivos de la Organización. Así, por ejemplo, la Unión Europea es miembro *por ser vos quien sois* de un cierto número de Organizaciones de cooperación, como la Organización Mundial de Comercio (OMC), concurriendo con los Estados miembros, o como la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste (OPAN), sustituyéndolos, atendiendo a sus competencias.

Más interesante, por su mayor alcance, es la apertura expresa que se advierte en algunos tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales de cooperación a las Organizaciones de integración en general o a otros entes no estatales. Así, los tratados constitutivos de la UPU (art. 2) y la OMM (art. 3)

admiten como miembros a *territorios no autónomos* que cuenten con servicio postal o meteorológico independiente, siempre que el Estado o Estados responsables apliquen en su nombre el tratado fundacional; el de la FAO (tras la enmienda de 1991), admite Organizaciones de integración en general, siempre que sean miembros de la FAO todos los de la Organización aspirante y tenga ésta transferidas competencias con poderes decisorios en el ámbito de las atribuidas a la FAO; el de la OMC admite la adhesión de *territorios aduaneros distintos (del Estado) que disfruten de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores...*(art. 12), lo que ha permitido contar con Hong-Kong y Taiwán, aun antes de que se adhiriera la RP China...

93. Adquisición del status de miembro

El *status* de miembro se adquiere mediante la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado constitutivo de la Organización. Se es miembro de la Organización porque se es parte contratante del tratado constitutivo.

Ahora bien, mientras la mera expresión del consentimiento basta a los sujetos que concibieron y fundaron la Organización (*miembros originarios o fundadores*), para los candidatos posteriores (*miembros admitidos o subsecuentes*) la adhesión al tratado constitutivo será el último eslabón de un proceso, más o menos tortuoso y complejo, en el que los órganos competentes de la Organización —es decir, los miembros en ellos representados— verificarán el cumplimiento de ciertas condiciones de admisión de conformidad con las reglas de procedimiento previstas en el instrumento fundacional, lo que les brindará ocasión de lubricar su juicio con consideraciones de oportunidad política e interés según las circunstancias.

Las condiciones y el procedimiento de admisión varían de una Organización a otra en atención a sus propósitos y funciones. Característica de las Organizaciones *abiertas* es la sumisión de los candidatos a condiciones genéricas y no excluyentes, contrastadas por decisión o acuerdo mayoritario —simple o reforzado— del órgano u órganos competentes de la Organización. La vocación universal o regional de la Organización —sean sus fines generales o específicos— será elemento determinante.

No obstante, si consideramos la ONU como arquetipo de Organización Internacional *abierta* de vocación universal advertiremos que las condiciones de la Carta para la adquisición del *status* de miembro no son formalmente tan livianas. La Carta, en efecto (art. 4.1), impone: 1) ser Estado; 2) amante de la paz; 3) que acepte las obligaciones de la Carta; y 4) que esté capacitado para cumplirlas, condiciones que se someten al “juicio de la Organización” y juicio que se atribuye (art. 4.2) a la Asamblea General, que decide por el voto de dos tercios de los miembros presentes y votantes (art. 18.2, CIJ, *Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en NU, 1950*), previa recomendación del Consejo de Seguridad, susceptible de veto por sus miembros permanentes.

En lo peor de la *guerra fría*, los miembros permanentes del Consejo de Seguridad bloquearon la admisión de candidatos alineados con el adversario so pretexto de condiciones no previstas en el artículo 4.1 de la Carta. Consultada al respecto, la Corte Internacional de Justicia sólo pudo constatar que si bien no había más condiciones que las de la Carta, su apreciación era competencia discrecional de los miembros (*Condiciones de admisión de un Estado como miembro de NU*, 1948). Únicamente el acuerdo político permitió superar la situación con la admisión simultánea de todos los candidatos retenidos (España entre ellos). Aunque hoy prevalece la política de *puertas abiertas* siempre habrá casos problemáticos, especialmente cuando los *candidatos* tienen su origen en la separación de un Estado miembro no consentida por éste. Piénsese, en la actualidad, en las candidaturas de Taiwán o de Kosovo.

Organizaciones regionales de fines generales, como la OEA o la UA, también pueden incluirse en esta categoría si entendemos que en ellas prevalece su apertura a todos los Estados de la región. El Estado americano independiente que quiera ser miembro habrá de someterse a condiciones y reglas de procedimiento similares a la previstas en la Carta de Naciones Unidas, a saber, la elemental y lógica aceptación y cumplimiento de las obligaciones que entraña la condición de miembro, en particular las referentes a la seguridad colectiva, lo que aprecia la Asamblea General y el Consejo Permanente de la OEA (arts. 6 y 7).

Más difícil aún es someter a moldes los criterios que rigen la admisión de miembros en las Organizaciones cerradas o de participación restringida a ciertos Estados. Baste decir que procedimientos más lentos y complejos —cuya apertura formal a menudo depende de que el aspirante sea invitado por acuerdo unánime de los miembros (por ejemplo, la OTAN o el Consejo de Europa)— servirán de filtro a la verificación de condiciones marcadas por las funciones atribuidas a la Organización, de manera que el candidato deberá certificar, por ejemplo, sus prioridades en materia de seguridad y defensa (art. 10 OTAN), sus aptitudes económico-financieras (a los miembros de la OPEP se les exige que su principal fuente de recursos provenga de las exportaciones de petróleo), su filiación religiosa (art. 8 del Tratado constitutivo de la Organización de la Conferencia Islámica), su virtud en la observancia de los derechos humanos bajo un régimen democrático (arts. 3 y 4 del Estatuto del Consejo de Europa).

Otra es la situación de la Unión Europea, pese a que se proclame abierta a “cualquier Estado europeo” democrático, que respete la libertad, la igualdad, el estado de derecho y los derechos humanos, incluidos los de las personas pertenecientes a minorías, comunes a los Estados miembros (arts. 2 y 49 TUE). En este caso la aprobación unánime de una solicitud de admisión es sólo el prólogo a una durísima negociación de condiciones que habrá de conducir a un acuerdo entre los miembros y el solicitante sometido a la ratificación de todos ellos.

94. *Derechos y obligaciones de los miembros*

Ser miembro de una Organización Internacional significa ser titular de un conjunto de derechos y obligaciones que habilitan para participar en las actividades de la Organización según sus reglas, en primer lugar las del tratado constitutivo. La representación de los Estados miembros se hace efectiva mediante el ejercicio del derecho de legación ante la Organización, esto es, a través del envío de delegaciones a órganos y Conferencias y, sobre todo, del establecimiento de Misiones o Representaciones permanentes (v. par. 435).

El *status* de miembro se basa en el principio de igualdad jurídica (v. por ejemplo, art. 2.1 de la Carta de Naciones Unidas). Los miembros cuentan con los derechos de representación en los órganos plenarios, elegibilidad en los restringidos de composición intergubernamental, participación en la adopción de decisiones con voz y voto, que expresan a través de sus delegados. Ello no siempre implica una total y absoluta equiparación y reciprocidad de derechos y de obligaciones, pues sabemos que la igualdad soberana supone, llegado el caso, la libertad de consentir un tratamiento desigual o no paritario en la representación orgánica y en la calidad de voto, a fin de hacer viable o, en el mejor de los casos, más efectiva la cooperación en el ámbito de la Organización de que se trate.

Las obligaciones de los miembros derivan del compromiso general de cooperar al logro de los objetivos propuestos. En particular, deberán: a) prestar toda clase de ayuda y facilidades a las acciones emprendidas por la Organización de conformidad con su instrumento fundacional (v., por ej., art. 2.5 de la Carta de Naciones Unidas); b) adoptar las medidas tendentes a asegurar el cumplimiento de las decisiones de la Organización según los efectos jurídicos dispuestos en las reglas que le son propias, desde los más limitados de apreciar de buena fe lo recomendado a ejecutar directamente en su orden interno lo decidido institucionalmente; y, c) contribuir a la financiación de la Organización.

95. *La financiación de las Organizaciones Internacionales*

La actividad de las Organizaciones genera costes: 1) *administrativos* (mantenimiento de locales, equipamiento, salarios, gastos de viaje, publicación y traducción de documentos...); y, 2) *operacionales*, derivados del ejercicio de las funciones atribuidas a la Organización.

Para atender estos costes son excepción las Organizaciones que disponen de recursos propios (como el Banco Mundial y el FMI o la UE). La gran mayoría se financia a través de las contribuciones obligatorias de los miembros, sea mediante cuotas iguales (sistema que apenas se aplica en la actualidad, por ej., en la OPEP) o ponderadas en virtud de una escala que puede atender diversos baremos: renta *per cápita* (por ej., en Naciones Unidas), población del Estado (por ej., en el Consejo de Europa), tonelaje marítimo (en la OMI)...; y para cuya distribución se puede, asimismo, haber acordado contribuciones máximas

y mínimas. En Naciones Unidas, por ejemplo, la cuota máxima es la de Estados Unidos (22%), mientras que la cuota de más de cuarenta Estados se sitúa en el 0'001%. Los mayores contribuyentes pueden caer en la tentación de probar que *quien paga, manda*, socavando la autonomía de la Organización.

Generalmente es el órgano plenario el competente para la aprobación del presupuesto, de acuerdo con el procedimiento establecido por el tratado constitutivo y las reglas de la Organización (v., por ej., la Carta de Naciones Unidas, arts. 17.1 y 2 y 18.1 y 2). Determinadas acciones emprendidas por la Organización, no consignadas en el presupuesto ordinario, pueden ser sufragadas mediante contribuciones voluntarias de los miembros, como ocurre en Naciones Unidas en relación con ciertos Programas asistenciales y humanitarios (para el Desarrollo, para los Refugiados en Palestina y el Oriente Próximo, UNICEF...) y algunas operaciones de mantenimiento de la paz (v. par. 514, 518).

El incumplimiento de las obligaciones financieras suele acarrear, como sanción específica, la suspensión del ejercicio del derecho de voto en determinados órganos de la Organización. Por ejemplo, el artículo 19 de la Carta de Naciones Unidas prevé que el Estado que esté en mora en el pago de sus cuotas no tendrá voto en la Asamblea General “cuando la suma adeudada sea igual o superior al total de las cuotas adeudadas por los dos años anteriores completos”. El artículo 19 permite, no obstante, que la Asamblea levante la limitación del derecho de voto “si llegare a la conclusión de que la mora se debe a circunstancias ajenas a la voluntad de dicho Miembro”, lo que en general aplica a Estados sumidos en graves crisis humanitarias y/o alimentarias.

96. Pérdida del status de miembro

La condición de miembro puede perderse por su *retirada* de la Organización o por su *expulsión* como sanción por infracciones particularmente graves de sus obligaciones. Una alternativa a la expulsión, menos traumática y más práctica, es la *suspensión* o la *limitación* temporal del ejercicio de ciertos derechos. Obviamente el *status* de miembro también se pierde por la *desaparición* de éste o de la misma Organización, pero estos supuestos suelen ir unidos a procesos de *sucesión*

97. El derecho de retirada

Se ha discutido en el pasado si la retirada de una Organización es un derecho que se infiere de la misma condición de miembro o si, por el contrario, ese derecho sólo existe cuando ha sido expresamente previsto en el tratado constitutivo de la Organización; o dicho en otros términos, si es posible denunciar estos tratados sin cláusula expresa que prevea la denuncia. Hoy es pacífica la opinión de que los miembros de las Organizaciones Internacionales son titulares de un derecho de retirada, haya sido o no previsto en el tratado constitutivo,

como expresión cabal del principio de soberanía y una traducción realista de la inoportunidad de retener a un Estado en una Organización contra su voluntad. Su ejercicio implica la denuncia del tratado (v. par. 230).

En todo caso, la práctica revela que un número creciente de Organizaciones prevé en sus tratados constitutivos la retirada voluntaria de sus miembros, condicionada habitualmente a su notificación a los órganos competentes, con efectos aplazados, a fin de dar una oportunidad a la reconsideración de la medida y permitir a la Organización adoptar las disposiciones necesarias para su reestructuración orgánica y presupuestaria.

Aunque la Carta de Naciones Unidas omitió toda referencia al derecho de retirada, una declaración en la Conferencia de San Francisco (1945) justificaba su ejercicio en, al menos, dos situaciones extremas: la modificación de los derechos y obligaciones de los miembros en virtud de la enmienda de la Carta adoptada sin su consentimiento y las dificultades para lograr los propósitos de la Organización (el mantenimiento de la paz y la justicia internacionales) por la falta de colaboración de los reacios a permanecer en ella. En todo caso, Indonesia se retiró de la ONU en enero de 1965. Antes, en 1949, la Unión Soviética y otros países socialistas se habían retirado de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la UNESCO por considerarlas instrumentos capitalistas, lo que condujo a la reforma de la Constitución de la UNESCO (1954) para regular la retirada, un derecho que Estados Unidos ejerció en 1984, seguido (1985) por Reino Unido y Singapur, disconformes con la política de la Organización para promover la libertad de información.

Estas retiradas han sido un camino de ida y vuelta en el que los implicados han tratado de guardar la compostura. Así, la retirada de Indonesia, una vez retornada a la ONU en septiembre de 1966 se interpretó por la Asamblea General como una “suspensión temporal”, mientras la OMS y la UNESCO consideraron a la Unión Soviética y otros países socialistas “miembros inactivos” hasta su reintegración en 1956, lo que permitió extraer las oportunas implicaciones presupuestarias. También Reino Unido (1997), Estados Unidos (2003) y Singapur (2007) han vuelto a la UNESCO.

98. Expulsión (y suspensión)

La violación de las obligaciones que incumben a los miembros de una Organización puede ocasionar la pérdida de la membresía o la suspensión de sus derechos. Se trata de sanciones que podrá imponer la Organización en función, por lo general, de la gravedad y/o del tipo de infracción cometida.

La Carta de Naciones Unidas, por ejemplo, cuenta con dos preceptos previniendo, uno (art. 6), la expulsión del miembro que viole repetidamente los principios de la Carta, y otro (art. 5), la suspensión del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a la calidad de miembro caso de haber sido objeto de acción preventiva o coercitiva por el Consejo de Seguridad. En ambos supuestos la

decisión será tomada siguiendo el procedimiento previsto para la admisión; sin embargo, compete sólo al Consejo restituir al Estado suspendido en el ejercicio de sus derechos y privilegios (art. 5, *in fine*).

La práctica muestra, sin embargo, que las Organizaciones no suelen recurrir a la expulsión de sus miembros, aun contando con razones estatutarias para ello. El detrimento presupuestario que supone la cesación de la calidad de miembro —máxime si se trata de un contribuyente principal— y, sobre todo, la pérdida de acción institucional ulterior con respecto al expulsado son, entre otras, contraindicaciones de peso.

La suspensión del *status* de miembro en todos o en determinados órganos de la Organización puede ser, llegado el caso, una medida más atractiva, y un buen número de tratados no contempla otra, incluso para supuestos de violación grave de los principios de la Organización. La defensa del orden democrático se ha convertido en tiempos más recientes en una causa de suspensión del ejercicio de los derechos de participación y voto del Estado que lo infringe. Así se advierte en un número creciente de tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales, que no obstante advierten que el miembro objeto de suspensión ha de seguir observando el cumplimiento de sus obligaciones, incluidas las financieras.

Obviamente manda la *política*. Así se explica, por ejemplo, que la reiterada y unánime condena de África del Sur durante cerca de dos décadas por su política de *apartheid* y colonización de Namibia, en clara contravención de los principios de la Carta, sólo implicase la suspensión de su participación en algunos órganos subsidiarios de la ONU y determinados organismos especializados del sistema (FMI, BIRD, UPU, UIT). En América, en cambio, la imprevisión de la Carta de la OEA no evitó la expulsión de Cuba (decidida en 1962 con las abstenciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador y México), si bien se interpretó que no era el Estado en su condición de miembro el expulsado, sino el gobierno castrista por su alineamiento con el bloque comunista y siempre alegando su injerencia en los asuntos de otros países latinoamericanos.

99. *Desaparición (y sucesión)*

La sucesión en calidad de miembro de una Organización no deja de constituir un supuesto de sucesión en materia de tratados (v. par. 240-243), pero los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales están sometido a reglas propias (v. art. 4, *a*, del CV sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978), lo que de nuevo nos aboca a la casuística. La clave parece estar en determinar la continuidad de la personalidad internacional del Estado miembro implicado en la sucesión.

La práctica de Naciones Unidas es de particular interés al haber inspirado la de otras Organizaciones. La Carta no dispone de reglas expresas y fue la Asamblea General la que, a raíz del desmembramiento (1947) del Imperio Británico de la India (miembro originario de la ONU) en dos Estados soberanos, India

y Paquistán, fijó los criterios que podían servir en el futuro para resolver esta cuestión. A tal efecto la Asamblea consideró que:

1) Por regla general, el Estado que es miembro de Naciones Unidas no deja de serlo por el simple hecho de que su constitución o sus fronteras sufran modificaciones, y sus derechos y obligaciones no terminan sino con su extinción como persona jurídica reconocida como tal en el Derecho Internacional;

2) Cuando se crea un nuevo Estado, cualesquiera que sean su territorio y población, haya formado parte o no anteriormente de un Estado miembro de las Naciones Unidas (en este caso Paquistán), el nuevo Estado no puede reclamar el estatuto de miembro de la Organización, a no ser que sea admitido oficialmente como tal con arreglo a las disposiciones de la Carta;

3) Por lo demás, cada caso debe ser juzgado con arreglo a sus propias circunstancias. (Un as en la manga que ha servido a la Organización para resolver a discreción las situaciones más problemáticas y conflictivas).

No tienen por qué serlo, sin embargo, los casos de unificación o fusión de Estados miembros (v. par. 22), como tampoco los de cesión territorial que supongan una mera alteración de fronteras, conservando las partes su respectiva personalidad, pues en ellos se da el elemento de continuidad de la personalidad internacional del Estado o de los Estados miembro(s) implicados.

La práctica de Naciones Unidas confirma que, en los casos de unificación, el Estado resultante no ha solicitado su admisión cuando los antecedentes ya eran miembros. Así ocurrió con la República Árabe Unida (RAU), constituida por breve tiempo (1958-1961) entre Egipto y Siria; con Tanzania (Tanganica y Zanzíbar, 1961); y, más recientemente, con Alemania (R.F de Alemania y R.D. Alemana, 1990) y Yemen (del Norte y del Sur, 1990).

Tampoco son problemáticos los casos de secesión y de disolución (v. par. 22) cuando estas calificaciones son pacíficas, pues está claro que los nuevos Estados han de acudir a las reglas de la Organización para adquirir el *status* de miembro, y no ha de hacerlo el Estado que continúa con la identidad del que ya lo es. Así, por ejemplo, Bangladesh, separado de Paquistán, fue admitido en Naciones Unidas en 1974, y Eritrea, separada de Etiopía, en 1993. En ese mismo año la aplicación de esta regla a la República Checa y a Eslovaquia tampoco planteó problema, al no pretender ninguna de ellas ser continuadora de Checoslovaquia (miembro originario de Naciones Unidas). Más recientemente (2006) Montenegro, separado de Serbia, fue admitido como nuevo miembro.

Tratándose de la disolución de la Unión Soviética, hubiera sido más coherente jurídicamente que las nuevas Repúblicas, salvo las que ya eran miembros originarios (Ucrania y Bielorrusia), se postularan como candidatos a la admisión. Pero los problemas que hubiera generado esta situación, sobre todo respecto de la composición del Consejo de Seguridad y el temor a la reforma de la Carta que hubiera requerido, hicieron que, con el acuerdo de los interesados y la aquiescencia de los miembros de la Organización, Rusia sucediera a la Unión

Soviética, sin que se modificara el artículo 23 de la Carta, siendo las otras doce Repúblicas admitidas como nuevos miembros (1991 y 1992).

La cuestión se complica si la calificación (disolución, secesión) es controvertida y las partes interesadas no se ponen de acuerdo acerca de la continuación de la personalidad del Estado causante por una de ellas. Así, la pretensión de la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) de ser continuadora de la RFS de Yugoslavia (miembro originario de Naciones Unidas), chocó con la fuerte oposición de otras entidades segregadas (Croacia, Eslovenia y Bosnia y Herzegovina), que habían postulado su admisión y devenido nuevos miembros (1992). La Asamblea General (res. 47/1, de 1992, y 47/229, de 1993) entendió, siguiendo la recomendación del Consejo de Seguridad (res. 777, de 1992, y 821, de 1993), que la RF de Yugoslavia debía, como las demás repúblicas ex yugoslavas, solicitar su ingreso como nuevo miembro (lo que se produjo en noviembre de 2000).

100. Otras modalidades de participación en las Organizaciones Internacionales

Las Organizaciones se muestran cada vez más receptivas a la regulación de modalidades de participación con derechos (y obligaciones) limitados. La denominación y *status* varían de una Organización a otra, pero es general la regla que limita los derechos a intervenir con voz y sin voto en todos o en ciertos órganos de la Organización de que se trate. Miembros asociados y observadores son las manifestaciones más socorridas de esta tropa.

El *status* de *asociado* suele estar reservado a Estados —también a veces a territorios no autónomos en la antesala de la estatalidad (por ej., art. II.3 de la FAO y la UNESCO)— y tener carácter transitorio hasta que el sujeto en cuestión cumpla las condiciones requeridas para ser miembro.

La condición de *observador* se fija normalmente sobre bases *ad hoc*; de ahí que incluso en el seno de una misma Organización dispongan de este *status* entidades de diversa naturaleza y que sus derechos y obligaciones puedan también diferir. La práctica de Naciones Unidas es reveladora. Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que en virtud del artículo 70 de la Carta, el Consejo Económico y Social de la ONU y los organismos especializados pueden reconocerse mediante arreglos la condición de observador para intervenir sin voto en las deliberaciones de los órganos del otro. Pero, además, la condición de observador se ha conferido a *Estados no miembros* o sujetos asimilados (como la Santa Sede o Palestina), *movimientos de liberación nacional* reconocidos por la UA (como el SWAPO, hasta el ingreso de Namibia como miembro, 1990), *otras Organizaciones Internacionales* (como la OEA, la UA, el Consejo de Europa, la UE o la Organización de la Conferencia Islámica) y algunas *ONG* (como el Comité Internacional de la Cruz Roja, 1990, o la Orden Soberana y Militar de Malta, 1994). Las reticencias de ciertos Estados (encabezados por Estados Uni-

dos) a una ampliación excesiva de la condición de observador hizo que Asamblea decidiera (res. 46/496, de 1994) que, en adelante, sólo podrían gozar de esta condición sujetos de Derecho Internacional, Estados y Organizaciones Internacionales. La práctica, sin embargo, ha sido bastante flexible.

XXV. ESTRUCTURA ORGÁNICA

A diferencia de las Conferencias internacionales, las Organizaciones Internacionales cuentan con un sistema de órganos permanentes mediante los que expresan una voluntad independiente de la de los Estados miembros. Los órganos son por tanto los medios de acción para el ejercicio de las funciones y la consecución de los fines de la Organización, no existiendo por eso un modelo orgánico uniforme, sino extremadamente diverso y frecuentemente variable en el tiempo en atención a la naturaleza de las actividades y las circunstancias a las que cada Organización ha de hacer frente.

No obstante, haciendo abstracción de las peculiaridades de cada Organización, clasificaremos los órganos atendiendo a su modo de creación (*principales* y *subsidiarios*) y a su composición (*intergubernamental* o *no* y *mixta*) y consideraremos los métodos de formación de su voluntad orgánica (la adopción de decisiones).

101. Órganos principales y órganos subsidiarios

Los órganos principales son los previstos como tales, expresa o implícitamente, en el tratado constitutivo de la Organización. Por ejemplo, el artículo 7.1 de la Carta de Naciones Unidas cita como tales: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional Justicia y una Secretaría.

Ahora bien, no todos los órganos mencionados en el tratado constitutivo son necesariamente *principales*. Puede tratarse de órganos consultivos o de apoyo a los principales o, incluso, con funciones específicas en áreas concretas de la Organización, a los que se quiere dotar de mayor consistencia y visibilidad sin por ello incorporarlos al *núcleo duro* de la estructura orgánica. Así en la Unión Europea, junto a los órganos principales, denominados Instituciones (en la actualidad, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas), se regulan otros que no son tales, como el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, órganos auxiliares con funciones consultivas (art. 13 TUE).

La estructura orgánica originaria de una Organización puede ser alterada mediante la enmienda del tratado constitutivo. Así, merced al Protocolo de Buenos Aires (1967) la Carta de la OEA confirió al Comité Jurídico Interamericano

y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la condición de órganos principales (art. 53, *d* y *e*). Pero las dificultades políticas y técnicas de semejante revisión obligan en ocasiones a renunciar a objetivos ambiciosos. Así, por ejemplo, la visibilidad que se quería dar a la protección de los derechos humanos por Naciones Unidas transformando la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, en Consejo de Derechos Humanos, órgano principal, hubo de reconducirse a su consideración como órgano subsidiario de la Asamblea General ante la azarosa aventura de la reforma de la Carta (v. par. 540). En sentido inverso pueden permanecer como principales órganos amortizados por agotamiento de sus funciones, como es el caso del Consejo de Administración Fiduciaria, que en 1994 se quedó sin misión con la descolonización del último territorio bajo tutela (Palaos) y fue finalmente liquidado a finales de 2005.

Los órganos principales están facultados para crear órganos subsidiarios, destinados a prestarles asistencia en el desempeño de sus actividades y subordinados a su dirección y control. Se trata de una facultad habitualmente prevista en el tratado constitutivo, sea con carácter general (por ej., arts. 7.2 de la Carta de Naciones Unidas y 53 de la Carta de la OEA) y/o específico (por ej., art. 29 de la Carta de Naciones Unidas en relación con el Consejo de Seguridad, 69 para el Consejo Económico y Social); pero de no ser así ha de entenderse que se trata de una competencia implícita de los órganos principales exigida para el desempeño de sus funciones (CIJ, *Efectos de las sentencias del TANU*, 1954). El organigrama de las Organizaciones Internacionales se complica en la medida en que los órganos subsidiarios están, por la misma razón, implícitamente capacitados para crear sus propios órganos subsidiarios, y así sucesivamente...

El origen y denominación de los órganos subsidiarios (se les llama también *auxiliares*, *secundarios*, *subordinados*...) no debe llevar al error de menospreciar su importancia real e, incluso, su frecuente autonomía. Sirva como ejemplo la ONU donde pululan cientos de órganos subsidiarios. Entre los creados por la Asamblea General se cuenta la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, res. 1995-XIX), que de hecho tiene la estructura e independencia de un organismo especializado. Entre los establecidos por el Consejo de Seguridad figuran los Tribunales penales para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en la ex Yugoslavia y en Ruanda (res. 808 y 827 de 1993 y 955, de 1994) (v. par. 583).

102. Órganos intergubernamentales

Los órganos, principales o subsidiarios, pueden en función de su composición ser, a su vez, intergubernamentales, no gubernamentales y mixtos.

Los órganos intergubernamentales están compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, cuyas instrucciones han de seguir; de

ahí su consideración de órganos *políticos*. He aquí una de las manifestaciones más palpables del carácter sustancialmente interestatal de las Organizaciones Internacionales, al punto que son de composición gubernamental la mayoría de sus órganos principales o, al menos, aquéllos a los que el tratado fundacional ha atribuido mayores y/o decisivas competencias.

Entre los órganos intergubernamentales puede haberlos de composición plenaria y (s)electiva. Con el fin de satisfacer el principio de igualdad soberana entre los miembros todas las Organizaciones poseen al menos un órgano principal de composición plenaria (*Asamblea General* se denomina en la ONU); pero pueden ser más, sobre todo en las Organizaciones regionales y cerradas, si el número de sus miembros y/o sus funciones lo permitan.

Los órganos plenarios desempeñan funciones de distinta naturaleza y alcance según la Organización de que se trate, si bien suele ser el órgano deliberante por excelencia al que se atribuyen competencias generales a tono con su plena representatividad. Cuestión distinta es la de los efectos jurídicos de sus decisiones, a menudo meramente recomendatorias en el ámbito de sus competencias materiales. Es el caso en Naciones Unidas de la Asamblea General, a la que la Carta (art. 10) atribuye la capacidad de “discutir cualesquier asunto o cuestión dentro de los límites de esta Carta o que se refieran a los poderes y funciones de cualesquiera de los órganos creados por esta Carta”, pero sólo podrá hacer recomendaciones en los términos previstos en el artículo 12.

Al órgano plenario le corresponderá por lo general aprobar el presupuesto de la Organización (que normalmente prepara el Secretario o Director General), así como la designación de los miembros que componen los órganos electivos (v. por ej., arts. 17 y 18 de la Carta de Naciones Unidas).

La generalidad de competencias desempeñadas por los órganos plenarios y el hecho de que, al menos en las Organizaciones universales, el número de sus miembros aconseje espaciar sus sesiones ordinarias (por ej., la Asamblea General de Naciones Unidas se reúne en sesión plenaria una vez al año, a partir del segundo martes de septiembre), propicia la creación de comisiones o grupos de trabajo permanentes que, al modo de las comisiones de las asambleas nacionales, desbrozan el camino de las decisiones a tomar por el pleno; así, por ejemplo, en la Asamblea General funcionan seis comisiones (la Sexta se ocupa de las cuestiones jurídicas y desempeña una labor no despreciable en la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional) (v. par. 140, 141).

Asimismo, todas las Organizaciones universales y la mayoría de las regionales cuentan entre sus órganos principales con uno o más órganos restringidos, *órganos (s)electivos*, a menudo dotados de competencias ejecutivas y de gestión. Cómo proceder a la designación de quienes han de formar parte de ellos es una importante cuestión, con frecuencia polémica.

Los criterios que regulan la (s)elección (por el órgano plenario) de los miembros de los órganos restringidos son, de nuevo, heterogéneos en virtud de las

funciones a desempeñar. Así, por ejemplo, en las Organizaciones de cooperación financiera (como el FMI y el Banco Mundial) se atiende al número de acciones o participaciones suscritas, en las de cooperación comercial (como la OMC) a la importancia del miembro en el comercio mundial, en las de cooperación marítima (OMI) al tonelaje de la flota matriculado...; criterios que podrán aplicarse en estado puro o combinados con la regla de la *distribución geográfica equitativa*, que es la que en general rige en Naciones Unidas mediante el reparto de los Estados miembros en cinco grupos regionales: África, Asia, Latinoamérica-Caribe, Europa occidental (y otros) y Europa oriental.

Mención especial merece la composición del Consejo de Seguridad, órgano (s)electivo al que la Carta (art. 24) atribuye la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (v. par. 510). El Consejo se compone de quince miembros, de los que cinco (China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia) tienen asiento permanente (art. 23.1). Los diez restantes son elegidos por la Asamblea General por dos años, estando prohibida la reelección para el período subsiguiente (art. 23.2). La Carta ha establecido dos criterios para su elección (art. 23.1), a saber, la contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, lógica directriz a tenor de la responsabilidad primordial atribuida al Consejo, y el reparto geográfico, que es el que a la postre ha primado.

El aumento del número de miembros de las Organizaciones, particularmente en las universales (los miembros de Naciones Unidas, 51 en origen, son ahora 192) tiende a proyectarse en el de sus órganos selectivos. Cuando no es así surge un problema de representatividad. Pero no se trata sólo de una cuestión de número, también de cambio en la distribución del poder atendiendo a nuevas circunstancias. Una vez más, las dificultades propias de la reforma de los tratados constitutivos hace anacrónicos órganos inmovibles sobre el papel con el que un día se harán pajaritas. Es el caso del Consejo de Seguridad. Hasta ahora ninguna propuesta de reforma cuenta con el respaldo necesario para prosperar (v. par. 530, 531).

103. Órganos no gubernamentales y de composición mixta

Los órganos no gubernamentales, que pueden ser colegiados y unipersonales, se integran con personas que ejercen sus funciones a título individual, formalmente independientes de los Estados miembros de la Organización o de cualesquiera otros. Los órganos no gubernamentales pueden estar compuestos de *agentes internacionales* o representar *fuerzas políticas y sociales* de los Estados miembros.

Agente internacional es “cualquier persona a través de la cual la Organización actúa” (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949). Esta amplia caracterización incluye desde los *funcionarios* internacionales al servicio continuo y exclusivo de la Organización —cuya selección por lo general

se realiza mediante concurso— a los cargos electivos de determinados órganos (como los jueces de la CIJ), y a los expertos contratados por la Organización para cumplir una misión determinada (como los relatores designados por el Consejo de Derechos Humanos).

Los órganos no gubernamentales electivos, que son los que particularmente nos interesan a los efectos de dibujar el organigrama de las Organizaciones, son de muy distinta naturaleza y función. Limitándonos a los más significativos podemos citar:

1) Los órganos unipersonales (Secretario General, Director General), llamados a desempeñar funciones administrativas como funcionarios principales de la Organización y jefes de la Secretaría. A estas funciones pueden venir añadidas las político-diplomáticas y de representación de la Organización. Así, el Secretario General de Naciones Unidas es elegido por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad (art. 97 de la Carta), susceptible de veto de sus miembros permanentes (el más reciente fue el de Estados Unidos en catorce rondas sucesivas para impedir la reelección del egipcio B. Boutros-Ghali, 1997). La Carta (art. 99) confiere al Secretario General el crucial cometido de llamar la atención del Consejo respecto de cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro la paz y seguridad internacionales, debiendo por otro lado desempeñar en este u otros ámbitos las funciones que le encomienden los órganos políticos de la Organización (art. 98) (v. par. 510).

2) Los órganos colegiados con funciones de decisión, gestión y ejecución, particularmente importantes en Organizaciones de integración. Mención especial merece la Comisión de la UE, que encarna el interés general y cuyos miembros (comisarios) son estatutariamente independientes. Entre sus competencias destaca su (casi) monopolio de la iniciativa legislativa. El nombramiento del Presidente y de los miembros de la Comisión —que responden colegiadamente ante el Parlamento Europeo— resulta de un procedimiento relativamente complejo (arts. 17 y 18 TUE).

3) Los tribunales internacionales, que pueden ejercer un abanico de competencias: *contenciosas*, por las que resuelven controversias entre Estados miembros a través de decisiones vinculantes; *consultivas*, mediante las que emiten dictámenes sobre las cuestiones jurídicas que le sometan los órganos autorizados de la Organización; *constitucionales*, relativas al control del respeto del Derecho originario en la adopción de decisiones por la Organización; y *administrativas* para dirimir los litigios entre la Organización y sus funcionarios.

Emblemática es la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial principal de Naciones Unidas (arts. 7 y 92 de la Carta), con competencias contenciosas y consultivas (v. tema 20). La Asamblea General creó, asimismo, un Tribunal Administrativo (TANU) para resolver los litigios entre la Organización y sus funcionarios, siendo sus sentencias vinculantes (CIJ, *Efectos de las sentencias del TANU*, 1954). Pero son las Organizaciones de integración las que se distin-

guen por contar con tribunales de justicia con amplias competencias (caso del Tribunal de Justicia de la UE, art. 19 TUE).

4) Los órganos parlamentarios compuestos con representantes de los pueblos de los Estados miembros que, o bien son reclutados por y entre los miembros de las Asambleas y Cámaras legislativas nacionales (caso de la Asamblea del Consejo de Europa), o bien son elegidos por sufragio universal y directo, procedimiento que desde 1979 se aplica para la designación de los miembros del Parlamento Europeo (art. 14 TUE). Las competencias atribuidas a los órganos parlamentarios de las Organizaciones Internacionales pueden oscilar entre un modesto papel consultivo y un poder de codecisión en la formación de normas, lo que los acerca, aunque sin identificarlos, con las funciones legislativas desempeñadas por sus congéneres en los ordenamientos internos, como paso a paso se viene reconocido al Parlamento Europeo, a través de las sucesivas reformas de los Tratados constitutivos, mediante la ampliación de los ámbitos materiales de codecisión con el Consejo.

Consideraciones de índole funcional explican la *composición mixta* de los órganos de la OIT (tanto el plenario, Conferencia General, como el restringido, Consejo de Administración), integrados por *delegaciones tripartitas*, que respectivamente representan al Gobierno, a los patronos y a los trabajadores de los Estados miembros (arts. 3, por lo que hace a la Conferencia General, y 7, al Consejo de Administración) y cuya independencia se trata de asegurar mediante la atribución a cada delegado sindical del derecho de voto individual (art. 4). Hay quienes proponen expandir una estructura similar de representación a otras Organizaciones, particularmente de la *familia* de Naciones Unidas, con el fin de favorecer su *democratización* mediante la participación de *actores* no estatales.

104. Métodos de adopción de decisiones

En el ámbito de sus competencias todas las Organizaciones Internacionales tienen la facultad de expresar mediante actos de sus órganos una voluntad propia, distinta desde el punto de vista jurídico de la de sus miembros. Tales actos resultan de procedimientos y métodos de votación diversos: unanimidad, mayorías —simple, absoluta o cualificada— consenso... Su examen adquiere particular interés en relación con los órganos intergubernamentales.

La regla de la unanimidad es en la actualidad minoritaria, prevista sólo en los tratados constitutivos de algunas Organizaciones regionales y/o de fines específicos (por ej., OCDE, OTAN). Su ventaja: asegurar la igualdad formal de todos los Estados miembros y garantizar que ninguno de ellos quedará vinculado por una decisión adoptada sin su consentimiento, lo que al tiempo propicia su observancia voluntaria. Pero aquí reside igualmente su principal lastre, el veto *de facto* que tiene cada Estado miembro y el bloqueo del proceso decisorio que su ejercicio puede implicar. Esto explica que la mayoría de Organizaciones que mantienen la unanimidad en sus tratados constitutivos modere su efecto

paralizador —advertido en el mismo tratado o deducido de su práctica establecida— impidiendo que la abstención impida la decisión. Lo normal en este caso es que los efectos vinculantes del acto —si los tiene— se circunscriban a quienes votaron a favor (principio de *unanimidad fraccionada*: v. art. 31.1 TUE para una de sus manifestaciones en el ámbito de la PESC de la UE).

De conformidad con las previsiones de los tratados, la regla de las mayorías es el método más frecuente de adopción de decisiones, pudiendo graduarse en función de la importancia de la cuestión. Así, la Asamblea General distingue entre cuestiones importantes, sometidas a una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes (cuestiones entre las que se enumeran las relativas al mantenimiento de la paz, la admisión de nuevos Estados miembros, la elección de los representados en los órganos selectivos... art. 18.2 de la Carta) y otras cuestiones (incluida la determinación de cuáles son importantes) que se deciden por mayoría de miembros presentes y votantes.

El sistema de mayorías facilita la adopción de decisiones proporcionando dinamismo y autonomía a la Organización frente a los Estados miembros. Su mayor inconveniente estriba en que la minoría reluctante pueda impedir en la práctica la aplicación eficaz de la decisión si entre los reticentes se encuentran quienes por su poder y recursos deberían asegurar su cumplimiento.

Es por eso que, para evitar la frustración con un rimerero de victorias pírricas, se confiere a veces distinto valor al voto de los miembros, bien acudiendo al voto ponderado (procedimiento adoptado en la UE para la formación de la voluntad del Consejo por mayoría cualificada, art. 16.4 TUE; 238.2 TFUE), bien confiriendo a determinados miembros el derecho de veto, del que disfrutaban, por ejemplo, los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, cuyo voto afirmativo se requiere para la adopción de decisiones en asuntos que no sean de procedimiento (art. 27.3 de la Carta), si bien, según una práctica establecida que ha hecho costumbre, su abstención no equivale a veto (CIJ, *Namibia*, 1971).

El consenso es el procedimiento de adopción de decisiones sin voto, que supone la búsqueda de un compromiso o acuerdo general mediante una concertación de los miembros que evite la objeción dirimente. Son excepción los tratados que lo prevén como método de adopción de decisiones (por ejemplo, el Acuerdo OMC, 1994, art. 9). Sin embargo, su práctica se extendió a partir de la década de los sesenta, particularmente en las Organizaciones universales, a fin de lograr decisiones aceptadas por todos los grupos de Estados, renunciando los países en desarrollo a prevalerse de su mayoría en los órganos plenarios (donde un Estado es un voto), a cambio de lograr el apoyo de los más poderosos. De esta manera se extrema la condición residual de las mayorías previstas en los instrumentos constitutivos para la adopción de decisiones que, no obstante, podrán activarse caso de no lograrse el ansiado consenso (asimismo art. 9 del Acuerdo OMC).

Si evitar las minorías discrepantes es la ventaja del consenso, su mayor inconveniente puede estar en la ambigüedad e imprecisión de los compromisos

asumidos. Buena prueba de ello son los problemas de interpretación que presentan a menudo las decisiones o resoluciones adoptadas sin votación.

La membresía de la Unión Europea en Organizaciones en que también participan sus Estados miembros plantea problemas particulares en el ejercicio del derecho de voto comunitario. Lo normal es que el voto se ejerza de manera alternativa —según estén en juego competencias comunitarias o estatales— y que, caso de corresponderle su ejercicio, la Unión cuente con un número de votos equivalente al de Estados miembros que participan en la Organización o, en su caso, en el órgano considerado (por ej., art. 9.1 del Acuerdo OMC, II de la Constitución de la FAO). Pero también se dan otras fórmulas; así, el Acuerdo de Canberra relativo a la Antártida (1980, art. XII) otorga un solo voto a la UE cuando interviene en lugar de los Estados miembros en la Comisión para la conservación de los recursos marinos antárticos y el Protocolo al Acuerdo de Madrid sobre Registro Internacional de Marcas (1989, arts. 10.3.a y 10.b) le otorga un derecho de voto *adicional* en atención a la naturaleza del Derecho comunitario de marcas, que no se superpone al de los Estados miembros, sino que coexiste con él.

XXVI. DINÁMICA DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

105. Cambio y extinción

Es raro que el tratado constitutivo de una Organización se concluya por tiempo limitado. La excepción que confirma la regla la proporcionó el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que terminó en julio de 2002 de conformidad con su cláusula de duración de cincuenta años (art. 97). Lo normal es que, guardando silencio sobre este punto, se presuman concluidos por tiempo ilimitado. Pero las Organizaciones, como los Estados, experimentan transformaciones más o menos profundas, desde la alteración de su membresía y estructura orgánica (generalmente por ampliación y desarrollo), a un cambio de orientación política, funciones y hasta denominación, como índice revelador de los nuevos objetivos convenidos. Tales cambios podrán exigir —o no— la enmienda de su instrumento constitutivo (lo que dependerá del tipo de Organización y/o del *lifting* operado); la Organización continuará existiendo como tal, en todo caso, en la medida en que mantenga su personalidad jurídica internacional.

Si, por ejemplo, nos fijamos en una de las incidencias más comunes en la vida de las Organizaciones Internacionales, el ingreso de nuevos miembros, mientras en las Organizaciones de cooperación no acarrea en principio enmienda alguna del instrumento fundacional, tratándose de Organizaciones de integración su complejo sistema orgánico y competencial exigirá numerosas modificaciones, como muestran las costuras de los tratados fundacionales de las Comunidades

Europeas consecuentes con las sucesivas adhesiones a la Unión, instrumentadas mediante acuerdos prolijos acuciosamente negociados.

Ahora bien, aunque el supuesto sea infrecuente, las Organizaciones Internacionales también pueden extinguirse, dejar de existir, en casos de cambio fundamental —radical, incluso— de las circunstancias que originaron su creación. Así, el desmoronamiento del *bloque socialista* ocasionó la extinción y terminación de los tratados constitutivos de sus organizaciones de cooperación político-militar, el Pacto de Varsovia, y económico-comercial, el Consejo de Ayuda Económica Mutua o Comecon.

106. La sucesión

Asistimos a una relación sucesoria de Organizaciones, por analogía con la de los Estados, cuando una Organización —sucesora— sustituye a otra Organización —predecesora— en el ejercicio de sus funciones. Si bien la sucesión suele tener otros objetos (patrimonio y agentes, en particular), lo esencial estriba en las competencias heredadas, lo que, de ser el caso, puede implicar su acervo normativo y jurisprudencial.

También en este punto es imposible establecer reglas generales. La práctica es muy variada. Cabe no obstante vislumbrar dos modelos o técnicas de sucesión, permeables entre sí.

Uno, que se advierte en los casos en que se crea una Organización con el propósito de suceder a otra, llamada a extinguirse al tiempo que la otra nace, gira en torno a las previsiones del tratado constitutivo de la nueva Organización, especialmente si hay coincidencia entre sus miembros. El ejemplo más reciente lo ofrece la Unión Europea, que ha sustituido y sucedido en 2009 a la Comunidad Europea (art. 1 del TUE).

El otro modelo implica la actuación de las Organizaciones concernidas, sea mediante sus decisiones (del órgano plenario, por lo general) y/o acuerdos entre ellas. Es el modelo que suele adoptarse en los supuestos en que una Organización transfiere competencias a otra manteniendo su personalidad (como ocurrió en 2001 cuando la Unión Europea Occidental (UEO) transfirió a la UE algunas de sus agencias) y, en general, siempre que la desaparición de una Organización se disocia temporalmente del nacimiento de la llamada a sucederla, lo que suele suceder cuando hay disparidad de miembros. El mejor ejemplo de ello fue la sucesión de la Sociedad de Naciones por la ONU, instrumentada mediante una serie de actos jurídicos concatenados de ambas Organizaciones.

PARTE SEGUNDA
**LA FORMACIÓN DE NORMAS Y
OBLIGACIONES**

La formación de obligaciones

XXVII. CONSIDERACIONES GENERALES

107. Normas y obligaciones

En la medida en que el consentimiento de los sujetos es, en principio, esencial en la formación del Derecho Internacional, *norma y obligación* tienden a confundirse. Los sujetos están obligados por las normas justamente porque, de una u otra forma, las han consentido. El *relativismo* resultante trata de ser mitigado mediante el *no formalismo* en la expresión del consentimiento, que facilita la aceptación y, por ende, la ampliación y generalización de las obligaciones. Los sujetos no están encadenados, en principio, a formas predeterminadas de manifestación de su voluntad y, en consecuencia, incluso sus omisiones pueden tener, según las circunstancias, relevancia jurídica (v. par. 4).

En la teoría de los métodos de formación de las normas y obligaciones internacionales la distinta expresión e intensidad del consentimiento, que puede resultar, incluso, embebido en un estado de conciencia colectivo, desemboca en la articulación de diferentes fuentes formales; pero su unidad esencial es puesta de relieve por el hecho de que, frecuentemente, una misma manifestación de voluntad o un comportamiento pueden ser simultáneamente incardinados en más de un tipo normativo u obligacional, según la predilección ideológica del calificador.

Las normas imperativas (*ius cogens*), aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados *en su conjunto*, según la expresión del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), obligan a todos los sujetos, con independencia de su actitud frente a la norma cogente (v. par. 145-149).

XXVIII. LOS ACTOS UNILATERALES

108. ¿Una fuente de obligaciones?

¿Puede un acto unilateral por sí solo, *independientemente*, provocar el nacimiento de una obligación —o la pérdida de un derecho— para el sujeto internacional al que le es imputable? La cuestión ha sido muy discutida, especialmente por dos motivos: 1) porque se ha debatido habitualmente en una atmósfera litigiosa, y 2) porque bajo la cobertura de los *actos unilaterales* caben no sólo de-

claraciones expresas de voluntad (actos unilaterales *stricto sensu*) sino también una voluntad expresada mediante comportamientos, incluso omisiones.

Cuando un Estado no tiene un tratado al que asir sus pretensiones, o normas generales en que ampararlas, buscará en los actos de sus contradictores la cuerda con la que ahorcarlos. Pero hay quienes consideran que la doctrina de los actos unilaterales es una entelequia, proponiendo que sus efectos jurídicos son expresión de acuerdos tácitos o atípicos (v. par. 115) o que ellos mismos se insertan en la práctica que compone el elemento *material* de la costumbre o como medio de prueba de su elemento *formal* (v. par. 132).

Bajo esta reserva examinaremos tanto las declaraciones, como los comportamientos y omisiones de los sujetos como fuente de obligaciones internacionales.

109. Las declaraciones unilaterales: noción

Si nos atenemos a la jurisprudencia puede sustentarse que, bajo ciertas condiciones, declaraciones verbales o escritas de los representantes de un Estado en relación con determinadas situaciones de hecho o de derecho producen, sin necesidad del concurso de la voluntad de otros sujetos, un efecto de creación de obligaciones y/o pérdida de derechos para quien las realiza.

Aunque el Estatuto de la Corte de La Haya no menciona (art. 38) los actos unilaterales entre las fuentes del Derecho Internacional que ha de aplicar para decidir las controversias que le son sometidas, ya en 1933 (*Groenlandia Oriental*) la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sostuvo que la respuesta a la gestión del representante diplomático de un Estado (Dinamarca) por el Ministro de Relaciones Exteriores de otro (Noruega) en nombre de su Gobierno, en un asunto de su competencia, obliga al país del cual es Ministro. A partir de ahí han podido contarse numerosos pronunciamientos de la Corte en relación con una gran variedad de asuntos.

De especial interés al respecto es la doctrina sentada en los asuntos de los *Ensayos nucleares* de Francia en el Pacífico (1974). La Corte estimó, tras analizar una serie de declaraciones de la Presidencia de la República Francesa y de sus Ministerios de Relaciones Exteriores y de Defensa, que Francia se había obligado a dar por terminadas sus pruebas nucleares en la atmósfera al finalizar la campaña de 1974. “Las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y afectan a situaciones de derecho o de hecho pueden tener como efecto crear obligaciones jurídicas”, afirma la Corte, que añade: “Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de obligarse de acuerdo con sus términos, esta intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico...”.

110. Tipología

Podemos identificar los *tipos* más característicos de las declaraciones unilaterales atendiendo a su objeto:

1) *Reconocimiento* es el acto por el que un sujeto verifica la existencia de un hecho, situación o pretensión creada o sustentada por otro, acepta los efectos que de ella se derivan y se priva de impugnarlos en adelante. Una de las manifestaciones, a la que ya nos hemos referido (v. par. 23-32) es la del reconocimiento de Estados (y de gobiernos).

2) *Renuncia* es el acto por el que un sujeto abandona un derecho o pretensión, cerrándose a sí mismo la facultad de reclamarlo en el futuro. Así, la renuncia de Jordania a Cisjordania (1988), que había ocupado hasta que en 1967 fue desalojada por Israel como resultado de la llamada *guerra de los seis días*.

3) *Promesa* es el acto por el que un sujeto se impone un cierto comportamiento de *hacer* o de *no hacer* respecto de otro.

Se trata de tipos solapados cuyos efectos no son exclusivos de actos unilaterales. *Solapados*, porque los diferentes objetos tipificados pueden ser contemplados como prismas de un mismo acto: *prometer* conduce frecuentemente a *reconocer*; *reconocer* supone también a menudo *renunciar* y viceversa. *No exclusivos*, porque los efectos deducidos de tales tipos pueden ser también la consecuencia implícita de otros actos. Así, por ejemplo, la conclusión de un acuerdo estableciendo relaciones diplomáticas implica necesariamente el reconocimiento recíproco de las partes y la renuncia a la pretensión que una de ellas pudiera tener sobre la totalidad del territorio de la otra (caso, por ej., de Siria al establecer relaciones diplomáticas con Líbano en 2008).

111. Régimen aplicable

Para que una declaración unilateral satisfaga uno de estos objetos han de reunirse estas *condiciones*:

1) *Imputación al sujeto*: tratándose de Estados la declaración ha de emanar de —o ser confirmada por— persona que por su cargo (Jefe de Estado, Jefe de Gobierno, Ministro de Asuntos Exteriores) lo representa en las relaciones internacionales, o que atendiendo a la práctica o a otras circunstancias está habilitada al efecto. En este caso la flexibilidad se alía con la incertidumbre. Además, cabe que la declaración de persona no autorizada o habilitada para actuar en nombre del Estado sea confirmada por quien sí lo está, y no sólo de forma expresa, sino también mediante actos que se consideren *concluyentes*. Las funciones y facultades de la persona en cuestión serán decisivas para apreciar este criterio en el caso concreto. Hay una tendencia a conceder relevancia a las declaraciones de titulares de una cartera ministerial o de un rango equivalente siempre que se produzcan en el ámbito de su competencia (CIJ, *Minquiers y Ecréhous*, 1953; *Actividades armadas en el Congo*, RD del Congo c. Ruanda, 2006).

2) *Voluntad* no viciada y libremente expresada de *obligarse conforme al Derecho Internacional*. Este es el elemento decisivo, no la forma, que puede ser verbal o escrita (CIJ, *Templo*, 1961; *Ensayos Nucleares*, 1974; *Actividades armadas en el Congo*, 2006, caso éste en el que la Corte se entrega al más riguroso formalismo). Si esa voluntad no existe o no puede probarse el acto será *político* (CIJ, *Nicaragua*, 1986; *Controversia Fronteriza* entre Burkina Fasso y Mali, 1986).

En el asunto de la *Controversia Fronteriza* entre Burkina Fasso y Mali (1986) la Corte, tras advertir que para apreciar la intención del sujeto han de tenerse en cuenta todas las circunstancias del acto, consideró que carecía de fundamento interpretar que una declaración hecha por el Jefe de Estado de Malí en una rueda de prensa, manifestando su voluntad de atenerse a las conclusiones de una Comisión de Mediación de la Organización de la Unidad Africana (OUA) sobre la línea fronteriza con Burkina Fasso, tenía consecuencias jurídicas; y ello porque en este caso —a diferencia de lo que ocurría en los asuntos de los *Ensayos Nucleares*, donde las conductas denunciadas (las pruebas atómicas atmosféricas en la alta mar) no afectaban sólo a los Estados demandantes— “no hay nada que impida a las Partes manifestar su intención de aceptar con carácter obligatorio las conclusiones de la comisión...por vía *normal*: un *acuerdo formal* sobre la base de la reciprocidad” (énfasis añadido).

Con otras palabras, una declaración unilateral con efectos jurídicos puede tener sentido cuando la nómina de sus destinatarios es abierta y plural (*Ensayos Nucleares*); puede no tenerlo cuando las partes se mueven en el marco de una relación bilateral, especialmente si afecta a un elemento tan esencial de la personalidad estatal como el territorio. De ser así, a menos que se concrete el destinatario del acto unilateral (*Groenlandia Oriental*), debe extremarse la prudencia antes de deducir de él obligaciones jurídicas. Incluso en este caso los efectos jurídicos de la declaración pueden explicarse incardinándola en procedimientos bilaterales de creación de obligaciones.

¿Por qué un sujeto va a estar dispuesto a obligarse unilateralmente? Esta pregunta conduce, en primer lugar, a exigir una manifestación de voluntad *clara e inequívoca* para sustentar la asunción de una obligación jurídica (CIJ, *Ensayos nucleares*, 1974;). Así, en el asunto *Nauru* (1992) la Corte rechazó la afirmación australiana de que Nauru había renunciado a la reparación y rehabilitación de esas tierras por, *inter alia*, las declaraciones del jefe principal de Nauru en otoño de 1967, al terminar la administración fiduciaria del territorio, considerando que las autoridades nauruanas “no habían nunca renunciado a sus pretensiones de manera clara y no equívoca”. Por el contrario, frente a las declaraciones mencionadas podía constatar una actitud reivindicativa reiterada.

Esa manifestación de voluntad ha de ser objeto, además, de la adecuada contextualización dentro de un proceso que le dé sentido, atendiendo a sus objetivos, a las circunstancias en que se formuló la declaración y a las compensaciones que se han obtenido o se espera lograr en el mismo o en otros sectores. Así, por ejemplo, en el asunto del *Estatuto jurídico de la Groenlandia Oriental*, la

CPJI observó la relación existente entre la declaración del ministro de relaciones exteriores noruego, Ihlen, sobre la pretensión de Dinamarca a extender su soberanía a la totalidad de Groenlandia y la actitud de Dinamarca de no oponerse a las pretensiones de Noruega sobre las islas Spitzberg.

3) *Discrecionalidad de su emisión*: pues la declaración no debe ser la consecuencia de la aplicación de una norma o de una obligación preexistente (por ejemplo, la ejecución de un acuerdo previo).

4) *Precisión de su objeto*: pues la declaración ha de operar respecto de hechos, situaciones, pretensiones o derechos bien determinados (CIJ, *Actividades armadas en el Congo*, 2006).

5) *Publicidad o notoriedad* de la declaración, objeto de difusión general o, por lo menos, puesta en conocimiento de sus destinatarios y eventuales beneficiarios (CIJ, *Ensayos Nucleares*, 1974).

6) *Estanqueidad* respecto de otras voluntades, porque —de no serlo— el acto supondría una oferta que, aceptada por su destinatario, configuraría uno de los elementos de un acuerdo. “Ninguna contrapartida”, dice la Corte en los asuntos de los *Ensayos Nucleares* (1974), “es necesaria para que la declaración produzca efecto, ni mucho menos la aceptación posterior ni una réplica o reacción de otros Estados, pues ello sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico mediante el que se ha pronunciado el Estado”. No obstante, el rechazo de la declaración puede ser relevante en la medida en que podría colocar a su autor en una posición que les impediría valerse de la obligación asumida por el sujeto al que la declaración se imputa.

Los efectos jurídicos de una declaración pueden someterse, por otro lado, a la satisfacción de requisitos de tiempo o modo (CIJ, *Controversia fronteriza entre Burkina Faso y Malí*, 1986), siendo revocables, no sólo cuando así se ha advertido en la declaración, sino también cuando son incumplidos tales requisitos o se ha producido un cambio fundamental en las circunstancias bajo las que se formuló la declaración, a menos que otros sujetos puedan invocar eficazmente una situación de *estoppel* (v. par. 113).

112. Comportamientos (y omisiones): aquiescencia y protesta

Lo que se dice de las declaraciones se predica también de los comportamientos (y omisiones) de los sujetos internacionales. Se trata de una proyección del principio de *no formalismo* en la expresión de la voluntad, en cuya virtud el reconocimiento de un hecho, situación o pretensión ajena y la renuncia de un derecho o pretensión propia pueden deducirse de un comportamiento cuando éste puede ser interpretado como *aquiescencia*, definida por la Corte Internacional de Justicia como “equivalente de un reconocimiento tácito manifestado mediante un comportamiento unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento” (*Golfo de Maine*, 1984).

Aunque, como ya hemos indicado, la debida inteligencia de los actos unilaterales requiere su consideración en el marco de un *proceso*, ahora, tratándose de los efectos jurídicos de los comportamientos (y omisiones) estatales, se trasciende de la contextualización que hace inteligible y explica la asunción de una obligación a la concepción del comportamiento jurídicamente relevante como *reacción* a actos y comportamientos de otro(s). De ahí que sea condición necesaria a tal efecto que el hecho, situación y pretensión de cuyo reconocimiento se trata o que sirve de soporte para la renuncia de derechos y pretensiones del presunto aquiescente sea *conocido* por éste.

El conocimiento del hecho, situación o pretensión ajenas ha de apreciarse teniendo en cuenta los intereses en juego, debiendo presumirse que un sujeto no ignora los hechos *notorios* de otros susceptibles de afectar su posición, pretensiones o derechos. Así, en el asunto de las *Pesquerías anglo-noruegas* (1951) la Corte Internacional de Justicia consideró que, siendo ribereño del mar del Norte y muy interesado en la defensa de la libertad de los mares y de las pesquerías, el Reino Unido no podía ignorar las pretensiones históricas de Noruega a delimitar sus aguas mediante un sistema de líneas de base rectas (v. par. 389) instaurado a partir de 1869 mediante una serie sucesiva de decretos por los que sí se habían interesado otros Estados. Más discutible es el acierto del rey Vittorio Emanuele II como árbitro en el contencioso entre Francia y México sobre la soberanía en la *isla de Clipperton* (1931) al estimar que la publicación de su ocupación virtual en un diario de Honolulu (Hawaii) por el Consulado francés era suficiente para atribuir al acto la notoriedad requerida.

De todos modos, para asegurarse fehacientemente del conocimiento ajeno nada es más apropiado que proceder a su *notificación* por conducto diplomático. Tras la notificación aumenta la probabilidad de interpretar como *aquiescencia* la falta de reacción del sujeto notificado, lo que le haría oponible el hecho, situación o pretensión ajena de que se trate y decaídas sus propias pretensiones y derechos. Justamente porque no había existido una notificación oficial la Corte Internacional de Justicia entendió que no cabía interpretar como aquiescencia el silencio del Reino Unido frente a la inteligencia que de la frontera en la región de Borneo convenida en un tratado de 1891 se hacía el proyecto de ley (y mapa anejo) presentado por el gobierno neerlandés al Parlamento para su ratificación, a pesar de que estos documentos eran conocidos por el *Foreign Office* (*Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002).

En general, el recurso a la notificación es facultativo, pero hay supuestos en que por aplicación de normas consuetudinarias o reglas convencionales, resulta obligatorio como requisito de un acto llamado a producir consecuencias jurídicas. Este fue el caso, por ejemplo, del artículo 34 del Acta General de la Conferencia de Berlín (1885), relativo a las formalidades esenciales que habían de cumplirse para considerar efectivas las nuevas ocupaciones en las costas del Continente africano (v. par. 368).

El conocimiento del hecho, situación o pretensión de que se trate, *condición necesaria*, no es, sin embargo, *suficiente*. Es preciso, además, que aquéllos afecten de tal manera derechos y pretensiones de otro que sea razonable esperar de él, atendiendo a la buena fe y a la seguridad de las relaciones, una reacción expresa en contra: *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset...* Cuando un Estado considera que sus derechos son afectados por iniciativas y actos de otros Estados debe reaccionar. “Esta regla”, afirmó el tribunal arbitral que zanjó las diferencias de límites terrestres y marítimos entre los emiratos de *Dubai y Sharjah* (1981) tras señalar la abundante jurisprudencia que la avala, “es perfectamente lógica, pues la falta de acción en una situación así sólo puede significar una de dos: o el Estado no cree poseer realmente el derecho disputado o, por razones que le son propias, decide no mantenerlo”.

La *protesta*, declaración por la que no se reconoce como legítimo un hecho, situación o pretensión ajena, encarna esa reacción y es el medio más adecuado para salvaguardar una posición, pretensión o derecho propios, evitando la oponibilidad de aquéllos (v. sentencia arbitral del Consejo Federal Suizo sobre la *validéz del laudo arbitral de la reina-regente María Cristina* en la delimitación fronteriza entre Colombia y Venezuela, 1922)

Los *incidentes* al hilo de contenciosos territoriales o marítimos, o los producidos en el intercambio diplomático, son una fuente inagotable de notas y declaraciones de protesta. Pero la protesta puede tomar cuerpo también en otros actos, trátense de declaraciones institucionales, denuncias ante Organización Internacional, medidas de retorsión o, incluso, bajo determinadas circunstancias, represalias no armadas (v. par. 332, 333)...En las antípodas del reconocimiento (y de la renuncia), la efectividad de la protesta, supuesta la imputación al sujeto, requiere que sea *inequívoca* en su contenido, *oportuna* en el tiempo (no tardía) y *reiterada* cuantas veces lo exijan las circunstancias.

Estamos ante un delicado problema interpretativo que sólo caso por caso puede resolverse. Determinar el nacimiento o la modificación de una obligación o la pérdida o modificación de un derecho en virtud de la *aquiescencia* es más embarazoso que ponderar los efectos de una declaración de voluntad expresa, sobre todo por lo difícil que resulta descubrir una intención o propósito a partir de meros comportamientos y, especialmente, omisiones. De ahí que se deba ser riguroso, muy estricto, en la apreciación de conductas de las que se pretende extraer consecuencias jurídicas.

En este sentido se dice, recurriendo a un oxímoron, que el silencio ha de ser *elocuente*. Así lo debió entender la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua* cuando afirmó (1984) que el silencio de Nicaragua sobre su situación jurisdiccional conforme a las publicaciones oficiales de la Corte sólo podía interpretarse como aceptación de la misma, pues no cabía suponer que el gobierno nicaragüense pudiera haber creído que su silencio era algo distinto a la *aquiescencia*.

Hay incluso quienes sostienen que hay materias como las concernientes a la soberanía territorial que sólo pueden ser resueltas mediante tratados o, por lo menos, actos explícitos de los interesados. Sin embargo, la jurisprudencia abunda en contenciosos territoriales resueltos en torno a la aquiescencia de una parte a las pretensiones y efectividades de la otra (así, por ej., en la jurisprudencia arbitral, *Grisbadarna*, entre Suecia y Noruega, 1909; *Isla de Palmas*, entre Estados Unidos y Holanda, 1928; *delimitación fronteriza* entre Guatemala y Honduras, 1933; *Rann de Kutch*, entre India y Pakistán, 1968; *soberanía territorial* entre Eritrea y Yemen, primera fase, 1998; CIJ, *Minquiers y Ecréhous*, entre Francia y Gran Bretaña, 1953); *Templo*, entre Tailandia y Camboya, 1962, *Soberanía sobre Pedra Branca*, entre Malasia y Singapur, 2008). Hay materias, y esta es una de ellas en que, precisamente, el silencio es *más elocuente*.

En el asunto de la *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras la Corte (1992) tuvo numerosas oportunidades de acudir a la aquiescencia deducida del comportamiento de las partes con posterioridad a su independencia de la Corona española. Así, estimó que la protesta hondureña (en 1991) después de numerosos actos de soberanía de El Salvador sobre la isla Meanguera, en el Golfo de Fonseca, había sido formulada *demasiado tarde* para disipar la *presunción de aquiescencia* de Honduras.

Conviene tener presentes en todo caso las circunstancias en que se produce el intercambio diplomático de los distintos Estados. La distinción (Ph. Cahier) entre el *conocimiento* de un hecho y la *toma de conciencia* de sus consecuencias jurídicas puede ser particularmente útil. Los países en desarrollo carecen a menudo de infraestructuras diplomáticas, técnicas y administrativas capaces, su institucionalidad es débil y viven en situaciones de alta inestabilidad que descartan la mera desidia como causa de *olvidos* y *lagunas de comportamiento* que no deberían interpretarse como *aquiescencia*, especialmente cuando están en juego intereses territoriales. Si su conocimiento de los hechos puede ser más o menos establecido, la toma de conciencia de sus efectos jurídicos puede escapar a menudo a sus reales posibilidades. En la primera fase del arbitraje sobre *Soberanía territorial* entre Eritrea y Yemen las partes alegaron el colapso de su administración a causa de las guerras civiles para justificar su pasividad frente a las *efectividades* (v par. 372) del otro, lo que fue considerado por el tribunal en su apreciación general del caso (1998). La dependencia *de facto* de una potencia extranjera debe ser particularmente tenida en cuenta para descartar efectos jurídicos de comportamientos y omisiones del Estado dependiente.

La pasividad, la omisión de acción allí donde una adecuada protección de derechos e intereses legítimos la reclama, proyecta o puede proyectar sus efectos sobre todo tipo de relaciones. Así, Estados demandados ante la Corte Internacional de Justicia no han dudado en plantear excepciones a la admisibilidad de la demanda con base en la demora del demandante al plantear sus pretensiones (CIJ, *Nauru*, 1992). En este asunto la Corte admitió que un retraso indebido en la presentación de una demanda podía hacerla inadmisibile, pero advirtió que el

Derecho Internacional no fijaba un límite de tiempo, debiendo ser considerado el punto según las circunstancias de cada caso (v. también *Avena*, 2004) (v. par. 478).

113. *El estoppel*

Hay quienes consideran que el *estoppel* es la otra cara de la *aquiescencia*. Ambos proceden, sin embargo, de razonamientos jurídicos diferentes. Tratándose de *estoppel* lo fundamental no es el acto o comportamiento en sí, sino la reacción frente al mismo; lo que interesa descubrir no es la voluntad en obligarse de un sujeto que hace una declaración o se comporta de una manera determinada, sino las expectativas legítimas que la declaración o el comportamiento de tal sujeto despertaron en los demás, que ajustaron a ellas *bona fide* su posición y ahora se verían perjudicados por la inconsistencia en el decir y hacer (o no hacer) de la otra parte (CIJ, *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969; *Golfo de Maine*, 1984; *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras. *Demanda a efectos de intervención* de Nicaragua, 1990; *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004).

En virtud del *estoppel* un sujeto podría ser obligado definitivamente por actos y comportamientos que en sí mismos carecían de efectos jurídicos, y ello con el fin de impedir que saque provecho de sus propias contradicciones en perjuicio de otro. El *estoppel* es redundante una vez verificada la *aquiescencia* (CIJ, *Sentencia arbitral dictada por el Rey de España*, Honduras c. Nicaragua, 1960). Pero puede haber *aquiescencia* sin *estoppel* y, viceversa *estoppel* sin *aquiescencia*.

En todo caso, al igual que ocurre cuando se trata de la *aquiescencia* (CIJ, *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969; *Golfo de Maine*, 1984), las declaraciones y comportamientos a partir de los cuales se invoca el *estoppel* deben ser claros o inequívocos, persistentes y coherentes. Pero más importante aún que eso es probar el perjuicio sufrido por el invocante del *estoppel* como consecuencia de la posición que asumió con base en tales declaraciones y comportamientos. Entre ambos —el comportamiento de uno o actitud *primaria* (E. Pecourt) y la modificación de la posición del otro en su propio perjuicio o actitud *secundaria* debe existir una relación de causalidad (CIJ, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 1998).

XXIX. LOS TRATADOS

114. *Noción*

Podemos definir el *tratado* como un *acuerdo escrito entre dos o más sujetos de Derecho Internacional destinado a producir efectos jurídicos entre las partes según las normas del Derecho Internacional, sea cual sea la denominación que reciba*.

Si descomponemos los elementos de esta definición advertimos que: 1) el tratado es una manifestación de voluntades concordantes, lo que lo distingue de los actos unilaterales; 2) el tratado se formaliza por escrito, lo que lo distingue de los acuerdos verbales y tácitos; 3) el tratado se celebra entre sujetos de Derecho Internacional, lo que lo distingue de los acuerdos sometidos al Derecho Internacional que éstos pueden concluir con sujetos de Derecho interno; 4) el tratado puede ser bilateral o multilateral; 5) el tratado produce efectos jurídicos, lo que lo distingue de los acuerdos *no normativos*; 6) los efectos del tratado son entre las partes, los sujetos que los han consentido; 7) el tratado se rige por las normas del Derecho Internacional, lo que lo distingue de los contratos de Derecho interno suscritos entre sujetos de Derecho Internacional, y 8) el título que reciba el tratado es irrelevante.

Consideremos algunos de estos elementos más detenidamente.

115. La forma: un acuerdo por escrito

El tratado es una manifestación de voluntades concordantes, un *consensus ad idem* formalizado por escrito. Sin instrumentos diplomáticos, sin documentos en que quede constancia del acuerdo, precisando su objeto y preconstituyendo su prueba, no hay *tratado*.

El acuerdo por escrito puede materializarse en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos (art. 2.1.a CV). En este caso el acuerdo suele identificarse como un *canje de notas* o *cartas*, atendiendo al procedimiento a través del cual se perfecciona. Suelen producirse cuando se trata de enmendar o ejecutar otras obligaciones convencionales (por ej., un convenio sobre transporte aéreo), proceder a una rápida estipulación de acuerdos sobre materias precisas de alcance reglamentario (por ej., una supresión de visados) o consideradas tradicionalmente como prerrogativa del Gobierno (por ej., el establecimiento de relaciones diplomáticas).

Acuerdos verbales, incluso tácitos, producto de una manifestación oral o de una conjugación de actos, comportamientos y, en su caso, omisiones, imputables a sujetos de Derecho Internacional pueden producir efectos jurídicos (hay quienes se refieren a ellos como acuerdos *informales* o —como J. Salmon— *no formalizados* o *solo consensu*), pero no son *tratados*.

La misma Convención de Viena de 1969, tras excluir los *acuerdos internacionales no celebrados por escrito* de la definición de *tratado*, deja expresamente a salvo su *valor jurídico* internacional (arts. 2.1.a y 3.a y b).

Dicho esto, conviene mantener frente a la pretendida asunción de obligaciones jurídicas mediante acuerdos verbales o tácitos una actitud no menos precavida que la aconsejada para los actos unilaterales. Unos y otros, como ya se ha apuntado (v. par. 108), se presentan frecuentemente como explicaciones alternativas de la formación de ciertas obligaciones.

En 1933 la Corte Permanente de Justicia Internacional estimó que la declaración verbal del ministro de Asuntos Exteriores noruego (Ihlen) en respuesta a una petición del embajador de Dinamarca, hecha en nombre de su gobierno y en asunto de su competencia, obligaba a Noruega a no impugnar la soberanía danesa sobre el conjunto de Groenlandia. La declaración Ihlen ¿era el elemento reactivo de un acuerdo verbal? ¿era una *promesa*? ¿propició una situación de *estoppel*? Asimismo, cuando el embajador de Venezuela da respuesta mediante nota verbal de 22 de noviembre de 1952 a la que le dirige el Canciller colombiano ese mismo día declarando que su gobierno no objeta la soberanía venezolana sobre el archipiélago de Los Monjes, ¿no está sentando las bases formales de un acuerdo mediante canje de notas? Cuando la canción nos dice: «En esta mano tengo cinco dedos y, en esta otra, dos y tres», ¿no nos está ofreciendo dos explicaciones igualmente ciertas de una misma realidad, aunque una sea algo más rebuscada que la otra?

Los problemas que desde el punto de vista interno plantea la asunción de obligaciones internacionales mediante actos y comportamientos unilaterales se reproducen al contacto con los acuerdos no escritos. La preocupación por la seguridad jurídica (*vox emissi volat, littera scripta manet*) y la difícilísima incardinación de estos acuerdos dentro de un sistema cuyo objetivo es reglamentar —y formalizar— la intervención de los poderes del Estado, combinando la acción de uno (Ejecutivo) con el control de los otros (Legislativo y Judicial) llaman a desconfiar de cualesquiera procedimientos informales de asunción de obligaciones; de manera que, en principio, ha de considerarse que los acuerdos no escritos carecen de efectos jurídicos o, con otras palabras, que la asunción de obligaciones por esta vía es excepcional, pues no ha de presumirse una voluntad de las partes en este sentido.

116. Los sujetos

El tratado es una manifestación de voluntades concordantes *imputable a dos o más sujetos de Derecho Internacional*, lo que conduce a considerar: 1) quienes son esos sujetos, esto es, la capacidad para celebrar tratados; 2) la representación de los sujetos a los efectos de la imputación o atribución del acuerdo; 3) la influencia sobre el tratado del número de sujetos que participan en su formación; y 4) el carácter de los acuerdos que los sujetos de Derecho Internacional celebran con sujetos de Derecho interno.

Los sujetos son, desde luego, los Estados soberanos, pero no sólo ellos; también, principalmente, las Organizaciones Internacionales (v. par. 152-155). Todos ellos son personas jurídicas que, por lo tanto, actúan a través de órganos encarnados por individuos que las representan. A los sujetos son imputables los actos de sus representantes (v. par. 157-159). Los tratados pueden ser *bilaterales*, cuando se celebran entre dos, o *multilaterales*, si se forman entre tres o más sujetos. Los acuerdos con sujetos de Derecho interno no son *tratados* (CPJI, *Em-*

préstitos serbios, 1929; CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952), pero eso no impide a las partes localizar su régimen jurídico en el Derecho Internacional, conforme al principio de autonomía de la voluntad, que faculta a las partes para designar la ley aplicable al contrato (IDI, Atenas, 1979) (v. par. 461). Todo ello con independencia de la cobertura que a los llamados *contratos de Estado* pueden brindar los tratados de cooperación, asistencia, desarrollo y protección de inversiones.

117. El número de sujetos

Atendiendo al número de partes los tratados se consideran *bilaterales* (entre dos) o *multilaterales* (tres o más). Se trata de una clasificación dinámica en la medida en que un tratado inicialmente bilateral puede *abrirse* total o parcialmente a otros sujetos y, viceversa, un tratado multilateral puede facilitar la *bilateralización* total o parcial de sus contenidos (v. par. 195). Un ejemplo de lo primero es el Tratado concerniente a la Neutralidad Permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá (*tratado Torrijos-Carter*, 1977) con un Protocolo abierto a “todos los Estados del mundo”. Un ejemplo de lo segundo es el Convenio-marco europeo sobre la cooperación transfronteriza de las colectividades o autoridades territoriales (1980) que faculta a los Estados partes a condicionar su aplicación a la previa celebración de acuerdos bilaterales con los Estados vecinos (v. par. 378).

Por otro lado, tanto la distinción primaria entre tratados *bilaterales* y *multilaterales*, como algunos de los tipos que engloba esta categoría (*generales* y *restringidos*, *abiertos* y *cerrados*...) están presentes o subyacen en numerosas disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986, entre las que se cuentan, en primer lugar, las concernientes a la formación de los tratados (v. temas 8, 9).

Dentro de un régimen particular nada impide acuñar nuevas distinciones. Así la Organización Mundial de Comercio (OMC) distingue entre acuerdos *multilaterales* y acuerdos *plurilaterales*, no en función del número de partes, sino de la discrecionalidad de los miembros en obligarse. Los acuerdos *multilaterales* en el ámbito OMC componen un *paquete único* que ha de ser necesariamente consentido; los *plurilaterales* son optativos, una especie de OMC *plus*. La distinción incide en la operatividad y articulación de los procedimientos de solución de diferencias.

118. Los efectos: obligaciones jurídicas

La exigencia de que el acuerdo escrito entre sujetos de Derecho Internacional origine derechos y obligaciones jurídicas permite diferenciar el tratado de los acuerdos entre esos mismos sujetos que carecen de efectos jurídicos.

Esta distinción tienen trascendencia porque:1) sólo la observancia de los tratados es exigible por los formales conductos diplomáticos, implicando su incum-

plimiento un ilícito y la consiguiente responsabilidad internacional (v. tema 13); y 2) sólo los tratados son objeto de un régimen constitucional particular (en España, arts. 93-96) que supone la participación jurídicamente relevante de las Cámaras legislativas en la conclusión de muchos de ellos y, eventualmente, un control judicial de constitucionalidad (v. par. 172, 179). El carácter recíproco o complementario de derechos y obligaciones y el equilibrio global de las partes será *normal*, pero no preceptivo. Si los derechos caen de una parte y las obligaciones de otra es muy probable que la que soporta las cargas encuentre compensación en otros tratados o en el conjunto de relaciones que sostiene con el favorecido. De no ser así, la percepción del tratado *desigual* podría ser sintomática de vicios del consentimiento, como la corrupción y la coacción, que dan paso a la nulidad del tratado (v. par. 222).

119. Los efectos: obligaciones para las partes

Se dice que los efectos jurídicos del tratado son relativos porque se producen sólo *entre las partes*. Un buen número de máximas romanas han servido esta idea a lo largo de los siglos: el tratado es *res inter alios acta, pacta tertiis nec nocent nec prosunt, alteri stipulare nemo potest...* Jurisprudencia, práctica diplomática y doctrina abundan en que los tratados no pueden, en cuanto tales, imponer obligaciones ni conferir derechos a quienes no son partes en ellos sin mediar su consentimiento y la Convención de Viena lo remacha. La aceptación del tercero (si es un Estado) puede presumirse tratándose de derechos, pero ha de ser por escrito en caso de obligaciones (arts. 34-36).

Sin embargo, partiendo de este principio, pueden darse situaciones que obligan a matizarlo y que se irán señalando a medida que se presenten en el curso de la exposición. Sería el caso, por ejemplo, de los Estados respecto de tratados concluidos con terceros por una Organización Internacional de la que son miembros. El objeto de muchos de ellos es, precisamente, crear derechos a su favor y obligaciones a su cargo (por ej., los acuerdos de pesca de la UE con Estados no miembros). La cuestión fue ampliamente debatida durante los trabajos preparatorios de la Convención sobre el Derecho de los Tratados en relación con las Organizaciones Internacionales (1986), pero la Conferencia prefirió no pronunciarse. En el marco de la Unión Europea los acuerdos celebrados por la Unión obligan “a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros” (art. 216.2 TFUE); pero eso no significa que los terceros puedan exigir directamente su cumplimiento a los Estados miembros (TJUE, *Demirel*, 1987) (v. par. 322).

120. El régimen jurídico: sujeción al Derecho Internacional

La Convención de Viena define al tratado como un acuerdo “regido por el Derecho Internacional” (art. 2.1.a). Pero nada impide a sujetos internacionales

suscribir *contratos* entre sí, es decir, acuerdos sometidos a normas de Derecho interno que, por lo tanto, no son *tratados*.

El Derecho Internacional, en efecto, permite a sus sujetos localizar sus obligaciones —al menos las que fluyen de una actividad que también podría ser evacuada por sujetos de derecho interno— dentro de un ordenamiento estatal, del Derecho propio de una Organización Internacional o de cualquier otro sistema jurídico, incluso los principios generales del Derecho. Piénsese, por ejemplo, en el arrendamiento o mantenimiento de los locales de una misión diplomática, en la compra de una partida de tractores o, ¿por qué no?, de equipos militares: el hecho de que la operación se realice entre Estados no cambia su carácter comercial o de servicios y nada hay que objetar a que las partes en estos acuerdos, si esa es su voluntad, expresa o implícita, sometan sus efectos jurídicos a un ordenamiento distinto al internacional. Cosa diferente es que, como se advierte por ejemplo en los acuerdos sobre la deuda pública exterior entre Estados deudores y Estados (y Organizaciones Internacionales) acreedores, el descubrimiento de esa voluntad no sea fácil, al mezclarse alusiones y reenvíos a términos y conceptos del Derecho Internacional y de los Derechos internos.

No es probable, por otro lado, que los límites que desconoce el Derecho Internacional sean impuestos por reglas del Derecho interno de las partes. Por lo que hace al Derecho español la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento general, adaptados a las Directivas de la Unión Europea, admiten su celebración al margen del Derecho de Gentes, renunciando al mismo tiempo a la aplicación forzosa de las reglas españolas de la contratación administrativa, sea cual sea el lugar en que ésta se produzca (art. 2.5 de la LCE).

121. La denominación: tratado-género, tratado-especie

La práctica internacional revela que sólo una pequeña parte de los acuerdos celebrados por escrito entre sujetos de Derecho Internacional y regidos por éste reciben de sus negociadores en la pila bautismal el nombre de *tratados*. Junto a los tratados *eo nomine* prosperan convenciones, convenios, acuerdos *tout court*, cartas, actas, pactos, protocolos, estatutos, arreglos, ajustes, *modus vivendi*, concordatos, memorándums, canjes de notas, minutas, declaraciones, comunicados, programas de acción conjunta..., expresiones y términos a los que cabe añadir todos los que libremente elijan los negociadores. En España, por ejemplo, entre 1997 y 2005 el número de tratados *eo nomine* fue de 20 entre cerca de 500 instrumentos, entre ellos 233 *acuerdos*, 104 *convenios*, 45 *canjes de notas* y 7 de *cartas*, 44 *protocolos*, 29 *declaraciones*, 13 *códigos de conducta* y 5 *decisiones*.

No faltan los estudios dedicados al análisis estadístico del empleo de los términos más comunes para inducir criterios de preferencia: la naturaleza de las partes, la tradición, la importancia material y formal del instrumento, la forma de manifestación del consentimiento, el rango de las personas que participan en la celebración, la accesoriedad de un instrumento respecto de otro, su nú-

mero, su transitoriedad..., se cuentan entre ellos. Sobre esta base, diríase que el nombre del *tratado* se circunscribe habitualmente a los acuerdos bilaterales entre Estados sobre materias de importancia o con una secular tradición convencional: paz, amistad, neutralidad, límites, establecimiento, extradición..., encorsetados en un instrumento solemne que contiene cláusula de ratificación (v. par. 166, 168) y es estipulado por el Jefe del Estado; o que las nuevas áreas de cooperación, bi o multilateral, los nuevos sujetos y las nuevas formas de manifestación del consentimiento reclaman a su vez otras especies, otras cabeceras, otros nombres, entre los que parecerían gozar de mayor aceptación los más neutros de *convenio* o, incluso, *acuerdo*, aunque no parece que los usuarios hayan querido, llamando al acuerdo *acuerdo* rendir tributo a los pueblos primitivos que llamaban *hombre* al hombre y *río* al río.

La denominación de un acuerdo escrito es en sí misma irrelevante para establecer la existencia o no de un tratado en los términos genéricos en que lo hemos definido, adoptados por la Convención de Viena (art. 2.1.a) y confirmados por la Corte Internacional de Justicia. Así, en el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo* (1978), donde se afirma que no existe regla de Derecho Internacional que prohíba que un *comunicado conjunto* constituya un acuerdo internacional, dependiendo esencialmente de la naturaleza del acto al que se refiere, y no de la forma que se le da; o en el asunto de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein* (1994), que considera que las *minutas* de una reunión celebrada por las partes en 1990 enumeraban los compromisos consentidos por éstas y constituían un acuerdo internacional. Asimismo, en el asunto relativo a la *Isla de Kasikili/Sedudu* la Corte (1999) entendió que un *comunicado* suscrito por los Presidentes de Bostwana y de Namibia incorporaba un acuerdo del que se desprendían obligaciones jurídicas.

Dicho esto, la denominación de un acuerdo escrito puede tener alguna utilidad como *índice* para: 1) la identificación de uno de los elementos definitorios del tratado, a saber, la voluntad de las partes de crear derechos y obligaciones jurídicas regidas por el Derecho Internacional; 2) el reconocimiento por una de ellas de la subjetividad internacional de la otra; 3) la discriminación entre los Estados y otros sujetos como partes; y 4) la determinación de su régimen constitucional.

En relación con lo primero, si no se excluye que bajo la cobertura de un *comunicado conjunto* o de una *minuta* se esconda un tratado, será bien difícil negar que lo sea el documento que presentamos bajo este mismo nombre, el de convención o el de convenio. El recurso a cabeceras blandas, u otras polivalentes (*declaración, acta, carta...*) permite, en todo caso, escamotear o poner en duda la voluntad de generar obligaciones jurídicas. Tómese, como ejemplo, la *declaración* tripartita de Madrid, de 14 de noviembre de 1975, entre España, Marruecos y Mauritania, con base en la cual España abandonó el Sahara occidental (v. par. 65).

Otro tanto cabe decir en relación con lo segundo. Mediante el recurso a determinadas cabeceras blandas o polivalentes se insufla ambigüedad sobre el reconocimiento de la subjetividad internacional de una de las partes por la otra. Un Estado no suscribe *tratados* o *convenios* con entes cuya personalidad internacional desea mantener entre corchetes. En este sentido es sugerente la forma en que el Ministerio español de Asuntos Exteriores informó acerca del comunicado conjunto hispano-británico de 27 de octubre de 2004 “sobre el que el ministro principal de Gibraltar...había sido consultado y...expresado de forma separada su acuerdo”. Según el comunicado se establecía un “nuevo foro de diálogo a tres bandas sobre Gibraltar” a base de una agenda abierta en la que cada una de las partes, “sin perjuicio de su respectivo *status* constitucional (incluyendo el hecho de que Gibraltar no es un Estado soberano e independiente)”, podría plantear cualquier asunto, tener voz propia y separada y participar sobre la misma base. El comunicado puntualizaba que “cualquier decisión o acuerdo alcanzado en el foro deberá ser acordado por cada uno de los tres participantes” y añadía: “Si las tres partes desean adoptar una decisión...respecto a un asunto sobre el que el acuerdo formal debiese ser, de forma apropiada, entre España y el Reino Unido, se entiende que el Reino Unido no prestará su correspondiente acuerdo sin el consentimiento del Gobierno de Gibraltar” (v. par. 64).

En cuanto a lo tercero, la práctica de la Unión Europea sugiere un cierto sentido discriminatorio, de clase, cuando reserva los *tratados*, que son concluidos por los Estados miembros, para dar forma a su constitución material, y denomina *acuerdos*, según los tratados, a los concluidos bilateralmente por las instituciones de la Unión.

Otro tanto cabe advertir cuando la capacidad convencional se contempla desde los entes territoriales que componen el Estado: en Estados Unidos se denominan *agreements* o *compacts* los acuerdos celebrados por los Estados federados; en Argentina, la Constitución enmendada en 1994 (art. 124) facultó a las provincias para celebrar *convenios* internacionales dentro de ciertos límites. Consciente o subliminalmente, el término *tratado* es omitido.

Por último, la denominación del acuerdo escrito, irrelevante en principio internacionalmente, puede no serlo en el orden interno, y así lo reconoce la misma Convención de Viena (art. 2.2). No es recomendable, pero nada impide a los Derechos estatales acuñar para el *tratado* —o para otros títulos— una acepción particular y dotarla de efectos jurídicos.

A nadie escapa, por ejemplo, la repercusión que ha tenido en Estados Unidos la distinción —nacida de la práctica— entre los *treaties* y los *executive agreements*, sea por su conclusión (con intervención o no del Senado actuando por mayoría de dos tercios), sea por su rango (por encima o no de las leyes de los Estados miembros de la Unión), sea por las garantías de su cumplimiento, especialmente las financieras. Más allá de lo jurídico, *treaties* y *executive agreements* han escalafonado moral y políticamente a las contrapartes, separando a los amigos de los hijos de perra (siempre desde una óptica washingtoniana). En las

relaciones hispano-norteamericanas, por ejemplo, si los *executive agreements* avalaron al general Franco desde 1953, un *treaty* hizo lo propio en 1976 con el gobierno gestor de la transición a la democracia formal...

En España el acarreo terminológico, acentuado por la Constitución vigente —que se refiere unas veces a *tratados* (en la cabecera del capítulo tercero del Título III y en sus arts. 11.3, 13.1 y 3, 63.2, 93, 94.1.a, 95 y 96.1) y otras a *tratados y acuerdos* (art. 10.2), *acuerdos* (art. 39.4) y *tratados o convenios* (arts. 94, salvo en el num.1.a, y 96.2)— no ha respondido en principio a diferencias de noción y régimen aplicable sino a la ligereza y, acaso, al deseo de subrayar por vía de redundancia el amplio contenido del género. La adhesión española a la Convención de Viena y la práctica lo confirman. El hecho de que en el artículo 94.1 de la Constitución, que dispone la autorización parlamentaria de la conclusión de una lista de tratados, el apartado *a* se refiera sólo a los *tratados* de carácter político, mientras el resto lo hace a *tratados y convenios* de distintas categorías, no debe inducir a aprovechamientos literalistas. El propósito de los constituyentes fue reservar la categoría del artículo 94.1.a, no a los acuerdos escritos de carácter político que se titulen *tratados*, sino a los de *auténtica importancia* política, dando por supuesto que por ser importantes se les denominaría *tratados*. Cabe, pues, una interpretación *reduccionista* del artículo 94.1.a (v. dictamen del Consejo de Estado de 7 de marzo de 1985) que tome como argumento la cabecera o nombre del acuerdo, pero no una interpretación literal que decida en virtud de aquélla, abandonando la consideración de su contenido (v. par. 173, 174).

XXX. TRATADOS Y ACUERDOS NO JURÍDICOS

122. Consideraciones Generales

Al definir el tratado como un acuerdo “regido por el Derecho Internacional” (art. 2.1, *a*) la Convención de Viena implica que su objeto es la generación de obligaciones jurídicas (y de los derechos correspondientes) en dicho orden. De no ser así el acuerdo no es un *tratado*.

Insistir en este elemento esencial de la definición del tratado no es ocioso, a pesar de su aparente obviedad.

Primero, porque todos los que niegan la existencia del Derecho Internacional y se encuentran con la práctica multiseular y universal de los *tratados* se ven impelidos a rechazar su significación jurídica, reduciendo los compromisos al orbe *político*.

Esta tentación es particularmente fuerte en períodos en que un sujeto poderoso pondera la imposición de un nuevo orden imperial o se orienta al establecimiento de una concepción hegemónica de las relaciones internacionales (v. par. 10). Basta leer a algunos neoconservadores con cargos relevantes en la Administración de George W. Bush (2001-2008) para apreciar como la tentación

ha habitado entre nosotros. Para John Bolton, por ejemplo, que fue embajador en Naciones Unidas, de los tratados no se deducen obligaciones jurídicas para los Estados Unidos. Como ha observado D. F. Vagts, “los tratados irritan a los hegemónistas”.

En segundo lugar, la afirmación de que los tratados generan obligaciones jurídicas no conduce a que todos los acuerdos entre sujetos soberanos sean *tratados*. Los Estados y otros sujetos internacionales pueden concertar acuerdos al margen del Derecho Internacional (aunque no *contra* el Derecho Internacional). Esos acuerdos pueden ser *contratos* si producen efectos jurídicos regidos por un Derecho estatal o, en otro caso, acuerdos sin relevancia jurídica, aunque puedan tenerla en otros órdenes.

Estos últimos, *acuerdos jurídicamente no obligatorios*, son denominados *políticos, informales o de facto, pactos entre caballeros (gentlemen's agreements)*... dentro de una terminología abigarrada y abierta, desafortunada cuando caracteriza los acuerdos mediante un rasgo que no les es exclusivo, facilitando los equívocos, o los engloba en realidades más complejas. Nosotros hemos venido utilizando la expresión *acuerdos no normativos*, pero seguramente es más preciso hablar de acuerdos *no jurídicos* o *extrajurídicos*, si se busca una expresión que sintetice su carácter no obligatorio en Derecho. No ha de extrañar que su número se haya multiplicado dentro de la tendencia a esquivar las ataduras legales e institucionales, internacionales e internas, que caracteriza las relaciones internacionales de los últimos años.

Tal vez los juristas se sientan desamparados, pero los gobernantes y altos funcionarios parecen felices. Gracias a los acuerdos *no normativos* se difumina el reconocimiento de la subjetividad internacional de una de las partes, se puede ser menos continente en la asunción de obligaciones y se conserva un control absoluto sobre su ejecución evitando las *molestias* de un régimen legal, se prescinde de autorizaciones e informaciones parlamentarias preceptivas cuya obtención puede no estar asegurada, se gana tiempo en situaciones engorrosas y se evita la publicidad. Así, los sistemas constitucionales acomodan los acuerdos *secretos*...

123. La obligación jurídica

Si es el nacimiento o no de obligaciones jurídicas internacionales lo que distingue los tratados de estos acuerdos, conviene precisar en que consiste el carácter *jurídico* de la obligación para fijar adecuadamente la línea divisoria entre unos y otros y proceder luego a proponer unas pautas de identificación de los acuerdos no jurídicos.

Es la *voluntad* de las partes la que determina la naturaleza, jurídica o no, de las obligaciones pactadas y no cabe partir de una presunción en un sentido u otro. El curso de este análisis podría ser diferente si creyéramos que la voluntad de las partes no basta para atribuir naturaleza jurídica a una obligación, sino

que ésta, para darse, ha de ir acompañada de mecanismos de arreglo obligatorio de controversias. Pero una proposición así extrañaría del ámbito del Derecho Internacional una masa formidable de acuerdos a los que secularmente se ha venido considerando tratados.

La *juridicidad* de una obligación no está, por otro lado, en relación directa con su *especificidad* o *precisión*. La práctica muestra con frecuencia acuerdos muy pormenorizados (por ej., en la OMC) cuya índole no jurídica es explicitada por las partes y, viceversa, tratados (de amistad, básicos de cooperación, marco) cuyas obligaciones son genéricas, programáticas, sin que ello les prive de una condición jurídica que sólo perderían en el caso de que el intérprete llegara a la conclusión de que tal como están redactados nunca podrían servir para fundamentar una decisión judicial o arbitral.

En este sentido cabe reconocer en los tratados muchas manifestaciones de lo que Prosper Weil ha llamado el “soft law matériel”, es decir, reglas dotadas de escasa sustancia vinculante, por servirse de conceptos vagos o muy generales, amplio margen de discreción y vías de escape en su aplicación, falta de medios para verificar el incumplimiento o sancionarlo...El *soft law*, el Derecho *blando* (o *verde, flexible, dulce, assourdi, en agraz...*) no es un *tertius genus* entre Derecho y No Derecho, sino una expresión abierta del primero que puede manifestarse en los tratados, como puede hacerlo a través de otros medios de formación de obligaciones y normas jurídicas internacionales. Obviamente, nada impide que un acuerdo no jurídico se componga también de obligaciones *soft*, blandas, pero sería un despropósito presentar los acuerdos no jurídicos como *soft law* o Derecho blando.

Si el contenido de un documento no afecta siquiera mínimamente la libertad de acción de las partes, la conclusión no opera sobre su calificación como tratado (o acuerdo no jurídico) sino sobre su misma condición de acuerdo como fuente de obligaciones (jurídicas o no).

124. Los Acuerdos no jurídicos: identificación

Para identificar un acuerdo *no jurídico* lo primero es atender a la voluntad expresa de las partes. Así, por ejemplo, la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) encontró su fundamento (Carta de París, 1990) en compromisos cuya exigibilidad legal era expresamente excluida. Asimismo, el *Acta Fundacional* (1997) de las relaciones de cooperación entre los miembros de la OTAN y Rusia puntualizaba en su preámbulo que se trataba de un “compromiso político”. Igualmente, un *entendimiento* sobre las medidas para reforzar la protección de las inversiones, suscrito el 18 de mayo de 1998 entre Estados Unidos y la Unión Europea dentro de un *paquete único* que quería aliviar las tensiones transatlánticas originadas por las leyes *Helms-Burton* y *D’Amato-Kennedy*, explicitó (art. II.2) su condición de “acuerdo político”. No obstante, estos pronun-

ciamientos son infrecuentes, por la inclinación de las partes a moverse en una atmósfera de ambigüedad legal.

En defecto de manifestación expresa, la voluntad de las partes ha de ser inducida del *lenguaje* del texto y, subsidiariamente, de una serie abierta de *índices* que han de ser apreciados *conjuntamente*.

El papel central del *lenguaje* ha urgido la aplicación de los análisis de gramática y formalización del texto que gradúan la *intensidad* de la obligación mediante una jerarquización de los nexos entre los sujetos y el objeto, imponiendo criterios de uso terminológico correspondientes a la intención de obligarse de las partes. No es lo mismo *comprometerse* en presente que *anhelar* en potencial. Por ahora, sin embargo, la práctica no avala, más allá del sentido común, la existencia de reglas de identificación de la juridicidad de los textos convenidos a través del lenguaje. Manos florentinas se posan a menudo sobre los papeles oscureciendo de propósito la naturaleza de las obligaciones, alimentando el equívoco y buscando de antemano las vías de escape.

En todo caso, sea para suplir las insuficiencias, sea para confirmar la conclusión a la que invita el análisis del texto, ha de acudir a una serie de *circunstancias indiciarias* entre las que cabe mencionar: la denominación o cabecera del documento; el hecho de que haya sido o no firmado y, en su caso, por quien; la identidad de los sujetos implicados; la presentación externa y gráfica del texto; el procedimiento de formalización del acuerdo; el empleo y número de cláusulas finales; la previsión o no de un mecanismo de arreglo de las diferencias surgidas en la aplicación e interpretación del acuerdo; y, muy especialmente, el comportamiento posterior de las partes (tratamiento parlamentario de la estipulación, publicación oficial o no, manifestaciones de los responsables de la acción exterior, inscripción o no en el registro de tratados y acuerdos internacionales de la secretaría de las NU, aplicación por los órganos estatales).

La significación de estos índices ha de ser establecida global o conjuntamente porque cada uno de ellos es por sí solo inconcluyente. Piénsese, por ejemplo, en la denominación o cabecera del documento. Probablemente la expresión más utilizada para referirse a un acuerdo no jurídico sea la de *memorando de entendimiento* (*memorandum of understanding* o *mou*), hasta el punto de que ha habido quien los considera equivalentes; sin embargo, la práctica del país que más ha recurrido a ellos, Estados Unidos, revela que los *mou* pueden ser también acuerdos técnicos o administrativos (en el ámbito de la defensa, del comercio, de los servicios aéreos...), a la sombra de un tratado-marco, con efectos jurídicos, aunque su tramitación pueda ser reservada y no se proceda a su publicación.

A partir de estas consideraciones pueden sugerirse los diez mandamientos que deben respetar quienes quieran celebrar un acuerdo no jurídico y desestimen expresarlo así en su texto:

1º) No denominarás al acuerdo tratado, convención o convenio, optando por cabeceras blandas, ambiguas o de acepción múltiple, como memorandum, pro-

grama, plataforma, directrices, código de conducta, términos de referencia o minuta;

2º) Utilizarás en el texto para los predicados de conducta expresiones, verbos y tiempos verbales, adjetivaciones y adverbios de baja intensidad como “proponerse” en lugar de “comprometerse”, el potencial sobre el futuro...;

3º) No te referirás al Estado como parte en el acuerdo ni te servirás de la expresión (Altas) Partes Contratantes, sino que lo harás al (jefe de) gobierno, al ministro o al órgano o persona que lo asume, mencionándola por su nombre o redactando en tercera impersonal, de ser posible;

4º) Reducirás al máximo las formalidades del texto, evitando los párrafos preambulares;

5º) Minimizarás la sistematización del contenido, inclinándote por una numeración sucesiva de puntos, en lugar de articulado o, incluso, si el texto es breve, por párrafos no numerados, huyendo en todo caso de una ordenación por partes, títulos, capítulos o secciones;

6º) Evitarás toda suerte de cláusulas finales que prevean la formalización del acuerdo mediante formas particulares de prestación y perfeccionamiento del consentimiento, formulación de reservas, entrada en vigor, duración, denuncia, concurrencia con otros acuerdos cuyo carácter jurídico conste, arreglo de controversias más allá de la evacuación de consultas, lenguas en que el acuerdo es autenticado y, por supuesto, previsión de responsabilidad por incumplimiento;

7º) Preferirás un texto no firmado y, caso de firmar, no te servirás para ello de plenipotencia;

8º) No formularás reservas al texto;

9º) Te comportarás en todo momento dando por supuesto que el acuerdo no es jurídico y, por consiguiente, te abstendrás de iniciar la tramitación parlamentaria de su conclusión o de ofrecer información que no venga reclamada a través de los medios de control político, así como de proveer a la publicación del texto en el Diario Oficial; y,

10º) No lo inscribirás en el Registro de Tratados y Acuerdos Internacionales de la Secretaría de las Naciones Unidas ni en ningún otro registro de tratados.

125. Tratados y Acuerdos no jurídicos: consecuencias de la calificación en el orden internacional

La calificación de un texto pactado como tratado o como acuerdo no jurídico afecta al régimen de su formación y a su consideración en el orden jurídico interno. En el orden internacional lo más significativo es el propio sentido de la obligación, pues la jurídica ha de cumplirse aunque no guste, es *exigible formalmente* y su incumplimiento es un hecho ilícito del que se deduce la correspondiente responsabilidad internacional con el consiguiente deber de reparar (v. tema 13).

Ese ilícito puede invocarse además como causa de suspensión y terminación del tratado (v. par. 232, 237) y desencadenar represalias no armadas (v. par. 333, 335). La discrepancia de las partes sobre el incumplimiento origina diferencias o controversias que eventualmente pueden someterse a mecanismos de arreglo arbitral o judicial (v. tema 19).

Nada de esto acontece cuando de obligaciones no jurídicas se trata, aunque hay quienes se esfuerzan por emparentar los acuerdos no jurídicos con el orbe del Derecho apreciando que les son aplicables algunos principios jurídicos, sobre todos el de buena fe, también el del *estoppel*, o advirtiendo sus implicaciones, consecuencias o efectos jurídicos, siquiera indirectos o laterales. Realmente parece un contrasentido buscar en lo jurídico conceptos para fundamentar el respeto de obligaciones no jurídicas. El principio de buena fe es un principio que inspira el régimen de los tratados (v. par. 160, 247, 273) y fundamenta el valor obligatorio de actos unilaterales y del *estoppel* (v. par. 112, 113), pero también es un principio moral y político aplicable en cuanto tal a los acuerdos no jurídicos.

Si el tratado es *matrimonio*, el acuerdo no normativo es *unión de hecho*. No por ello, al igual que ocurre en estas relaciones personales, su validez sociológica es menor. Por el contrario, puede ser incluso mayor. Quienes los suscriben libremente lo hacen con el propósito de serles fieles —si no en la enfermedad, sí en la salud— mientras perduren las circunstancias que libremente les condujeron a ellos y esté en su mano, política y legalmente, ejecutarlos, bien a través de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, bien mediante las aplicaciones de gasto de los créditos ordinarios, o realizando actos políticos de gobierno, exentos de control judicial.

En último término, la observancia de un acuerdo en el orden internacional depende, más que del carácter de sus obligaciones, de su acierto para reflejar continuamente intereses comunes, recíprocos o complementarios de las partes. Las normas generales en el caso de incumplimiento de una obligación *jurídica* no garantizan la reparación adecuada, ni siquiera el reconocimiento de la infracción. Incluso cuando las partes se han dotado mediante reglas particulares de un mecanismo de arreglo obligatorio de las controversias que surjan en sus relaciones, la ejecución de las decisiones acabará reposando sustancialmente en su cumplimiento voluntario por el declarado infractor. En este sentido, hay y puede haber acuerdos no jurídicos con garantías de observancia más eficaces que muchos tratados.

Si, en efecto, la observancia voluntaria de una obligación no jurídica es *seguida* por un eficaz mecanismo de control que revise, pregunte o pida explicaciones periódicas o condicione el disfrute de ciertas ventajas a su observancia, su efectividad tenderá a ser mayor que la de una obligación dispuesta en un tratado carente de tales mecanismos y beneficios. Más aún si la primera goza de una precisión que falta en la segunda, pues es ahí, en el plano de la aplicación y no en el de la juridicidad, donde ese rasgo de la obligación es relevante. Además, caben siempre las medidas inamistosas, de retorsión (v. par. 332), para forzar

al cumplimiento, así como la exclusión de los beneficios que puede comportar la participación en el acuerdo no jurídico.

Partiendo de esta reflexión cabe hablar del efecto *mágico*, de la *seducción* de los tratados, en que priva un profundo sentido atávico de la obligación jurídica, sacralizada, junto con la implicación del consentimiento de una comunidad soberana, la observancia de ciertas liturgias y, más recientemente, las exigencias del estado democrático y de derecho.

126. Tratados y Acuerdos no jurídicos: relaciones

Tratados y acuerdos *no jurídicos* son compatibles para satisfacer un mismo objetivo de acción exterior. Unos y otros pueden recaer sobre las mismas materias, a menos que el propio objeto del acuerdo sea regular una cuestión propiamente *jurídica* (por ej., la personalidad de una Organización Internacional, la adhesión a la misma, la regulación de una inmunidad de jurisdicción o un compromiso arbitral...). Las implicaciones, consecuencias y efectos jurídicos laterales o indirectos de los acuerdos no jurídicos resultan de su ósmosis con los tratados y otros actos jurídicamente relevantes. Nada impide que un tratado se desarrolle mediante acuerdos no jurídicos o que un acuerdo *no jurídico* sea semilla de tratados. En este orden de cosas, por ejemplo., la elaboración de un *Código de Conducta* para evitar la proliferación de *missiles* balísticos (2002) ha podido significar un paso para la celebración posterior de tratados con el mismo objeto. Asimismo, un acuerdo no jurídico puede iluminar la interpretación de un tratado o incorporarse a él por referencia (v. par. 263), o bien inscribirse como una cuenta en la formación de una norma consuetudinaria o proyectarse en la legislación estatal.

Hay quien (A. Aust) ha sostenido, sin fundamento, que un acuerdo no jurídico puede modificar un tratado. Si en algo los acuerdos *no jurídicos* revelan su *fragilidad* o *inferioridad* (E. Roucouas) es precisamente en este punto. Un árbitro o juez internacional no aplicará un acuerdo no jurídico *contra tractatum*, aunque probablemente tratará de evitar el conflicto mediante el arte de la interpretación en el que está adiestrado.

No obstante, las relaciones entre tratados y acuerdos no jurídicos pueden ser problemáticas. Así, en 1999 la ampliación de la Alianza Atlántica exigió la conclusión de tratados para la adhesión de los nuevos miembros, pero su transformación cualitativa de organización de defensa colectiva en el marco del artículo 51 de la Carta a organización de seguridad al margen de Naciones Unidas se ha hecho mediante acuerdos no jurídicos (*Nuevo Concepto Estratégico*). Resulta difícil considerar que este documento, no debatido ni autorizado por las cámaras legislativas, es un simple desarrollo del tratado fundacional (1949)...

127. *Los Acuerdos no jurídicos y el Derecho interno*

El Derecho interno de un Estado puede prohibir los acuerdos *no jurídicos*; también puede establecer límites, excluyéndolos en materias que, de ser objeto de tratados, requerirían autorización parlamentaria. Pero lo uno y lo otro sería poco realista y, en todo caso, desacertado. Aunque los acuerdos *no jurídicos* propician las fugas de los Ejecutivos de los controles que los Derechos internos les imponen en la formación de los tratados, no cabe deslegitimarlos como instrumento de una acción exterior cuya dirección corresponde justamente a los Gobiernos (para España, art. 97 de la Constitución). El objeto de la autorización parlamentaria de ciertos tratados es impedir que el Gobierno asuma por sí solo, en nombre del Estado, obligaciones *jurídicas* cuyo cumplimiento puede ser reclamado internacionalmente por las otras partes. No es el caso de los acuerdos *no jurídicos*. Desde un punto de vista constitucional y legal estos acuerdos son problemáticos, no en la fase de su formación, sino en la de su ejecución. Es ahí donde están sus límites. Entretanto, los acuerdos *no jurídicos* en su abigarramiento son susceptibles de control parlamentario por los mismos medios políticos de información y verificación de toda acción de gobierno. A textos *políticos*, controles *políticos*.

Aceptada la práctica universal de los acuerdos *no jurídicos*, los problemas de orden interno se polarizan en torno a su gestión, tanto por la multiplicidad de sectores en que pueden darse como por la implicación de entes territoriales dependientes del Estado. El principio de unidad de acción exterior trata de ser tutelado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, no siempre con éxito. En España, tras una primera etapa en que cuestionó la constitucionalidad de estos acuerdos, el Ministerio de Asuntos Exteriores —urgido por Defensa— optó por aceptarlos, siempre que no afectaran a determinadas materias (integridad territorial, derechos y deberes fundamentales, obligaciones financieras, modificación o derogación de leyes o medidas legislativas para su ejecución: art. 94.1, c, d y e de la Constitución) y contasen con autorización del Consejo de Ministros, previo conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores, al que correspondería apreciar su oportunidad (Asesoría Jurídica Internacional, dictamen de 23 de abril de 1986).

En todo caso, por mortificante que sea para el gobierno central, es difícil poner límites y controlar la celebración de acuerdos *no jurídicos* por los entes territoriales dependientes del Estado. En España, el Tribunal Constitucional se lanzó en 1989 (s. de 20 de julio) a anular un acuerdo, verosímelmente *no jurídico*, de la Consejería de Medio Ambiente de Galicia con la Dirección General correspondiente de Dinamarca, interpretando en el sentido más amplio que el artículo 149.1.3º de la Constitución reserva en exclusiva a los órganos centrales la totalidad de competencias en materia de relaciones internacionales; pero más adelante corrigió sabiamente este rumbo y, particularmente en la s. de 26 de mayo de 1994 (TC 165/94), declaró la posibilidad de que las Comunidades Autónomas lleven a cabo, dentro del marco de sus competencias, actividades

que tengan una proyección exterior, siempre que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales —ni generen responsabilidad— frente a poderes públicos extranjeros y no incidan en la política exterior del Estado. Esto último puede sostenerse con base en el artículo 97 de la Ley Fundamental, que atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior. En la medida en que ésta también se hace mediante acuerdos *no jurídicos*, su celebración por los representantes autonómicos está mediatizada por la intervención gubernamental (v. TS, s. de 10 de junio de 2008, que confirma la nulidad de un protocolo entre el departamento de sanidad del gobierno vasco y el ministerio de sanidad del gobierno federal del Kurdistán Sur (Iraq) por afectar potencialmente a la política exterior del Estado).

XXXI. LAS RESOLUCIONES DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

128. Consideraciones generales

En el ámbito de sus competencias y de acuerdo con los procedimientos establecidos, todas las Organizaciones tienen la facultad de expresar, mediante determinados actos de sus órganos, una voluntad propia, jurídicamente distinta de la de los Estados miembros.

Tributarias de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria y funcional*, dicha capacidad depende de la voluntad de los Estados miembros manifestada originariamente en su *Tratado constitutivo*, explícita o implícitamente, aunque también puede deducirse de una *práctica establecida* de la Organización (arts. 1.34 de la Convención de 1975 sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las OI, y 2.1.j de la Convención de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y OI o entre OI).

Hablamos genéricamente de *resoluciones* para referirnos a tales actos porque los términos varían de una Organización a otra, no menos que sus efectos jurídicos. *Decisiones, declaraciones, reglamentos, directivas, recomendaciones, estándares, prácticas, normas, anexos...*, forman parte de la tropa de voces empleadas en los tratados constitutivos de las Organizaciones.

En cuanto a los efectos, las *resoluciones* pueden limitarse a invitar a los destinatarios a seguir un determinado comportamiento o, en el extremo opuesto, incorporar una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, incluso, con primacía sobre sus leyes. Determinar los efectos jurídicos de las *resoluciones* y, por consiguiente, apreciar si y hasta que punto son capaces de crear derechos y obligaciones para sus destinatarios, es una cuestión tan vigente y crucial como difícil de entupir en el corsé de una teoría general. Debe por consiguiente subrayarse que, como en los demás aspectos que afectan a su funcionamiento, la facultad de las Organizaciones Internacio-

nales —y, más concretamente, de sus diferentes órganos— para adoptar actos jurídicamente vinculantes ha de decidirse en el marco de cada Organización.

En la medida en que tales facultades existan, las resoluciones, actos unilaterales de la Organización, pueden considerarse *fuerza autónoma* del Derecho Internacional, si bien de carácter *secundario* o *derivado*, pues se encuentran jerárquicamente subordinadas a las normas de las que traen origen: las *reglas de la Organización*, en particular, las previsiones expresas o implícitas en su *tratado constitutivo*, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con ellas y su práctica establecida.

129. Tipos de resoluciones

En el ejercicio de sus competencias las Organizaciones Internacionales adoptan resoluciones cuyo objetivo puede ser: 1) regular el funcionamiento *interno* e *institucional* de la Organización; y 2) atender al desarrollo *material* o *sustancial* de las competencias y funciones para las que fue creada la Organización de que se trate. A las primeras se las suele llamar *internas*; a las segundas, *externas*.

Las resoluciones *internas* son, como puede suponerse, vitales para la supervivencia misma de una Organización, pues interesan a la admisión, suspensión y expulsión de Estados miembros, la aprobación del presupuesto y el reparto de las cuotas entre los miembros, la creación de órganos subsidiarios y la delimitación de sus competencias y funciones, la elección de los representantes de los órganos, principales y secundarios, de composición restringida, la aprobación de los reglamentos orgánicos y del estatuto del personal administrativo... Estas resoluciones son obligatorias en primer término para los propios órganos de la Organización, pero también para los Estados miembros en la medida en que les conciernan. Ahora bien, formando el bloque de lo que se llama el *Derecho interno* de cada Organización, su interés en el marco de una obra general es limitado.

Realmente son las resoluciones *externas*, que traducen el ejercicio de las funciones de una Organización en el ámbito de su competencia sustancial o material (político y de seguridad, económico-financiero, técnico, social, cultural, comunicaciones y transportes...), las que reclaman nuestra atención.

Las más modestas, en los ámbitos de la cooperación internacional, y también las más habituales, son las resoluciones-*recomendaciones* a unos miembros cuya *obligación* se limita a considerar de *buena fe* la posibilidad de observar lo recomendado.

Estos son, por ejemplo, los efectos de las resoluciones *externas* de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La voluntad de los miembros de la Organización de no conferir a su órgano plenario competencia normativa autónoma quedó ya patente en la Conferencia de San Francisco (1945). La Asamblea puede, sí, deliberar sobre cualesquiera asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta pero, salvo en lo que afecta al orden interno de la Organización, sus

resoluciones son *recomendaciones* (arts. 10 a 14). No obstante, aun carentes de fuerza jurídica obligatoria *per se* (efectos *intrínsecos* o *inmediatos*), estas resoluciones pueden desempeñar un importante papel en otros procesos de producción normativa, como el consuetudinario (efectos *extrínsecos* o *mediatos*), que consideraremos más adelante (v. par. 144).

Hay resoluciones-*recomendaciones* que elevan la intensidad de la *obligación de comportamiento* que imponen a sus destinatarios, como: 1) la sumisión de lo recomendado por la Organización a las autoridades nacionales competentes en un plazo determinado (un año en términos generales), y/ó 2) el deber de información periódica a los órganos competentes de la Organización sobre el curso dado a lo recomendado en el orden interno y las razones que, en su caso, retrasan u obstaculizan su cumplimiento.

Esta doble técnica de persuasión y estímulo a fin de asegurar la mayor eficacia posible a la acción de la Organización ha sido prevista, por ejemplo, en los tratados constitutivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, Convenio de 1919, enmendado en 1946, art. 19.6) y de la UNESCO (Convenio de 1945, arts. IV y VIII), que en este sentido exigen respecto del cumplimiento de sus *resoluciones recomendatorias* una acción paralela al impulso y control dado a la ratificación de los tratados elaborados en su seno. En cualquier caso, la utilidad de estas previsiones reside en que obliga a los Estados miembros a *dar explicaciones* del propio comportamiento en un foro multilateral. Otro Organismo Especializado, la Organización Mundial de la Salud (OMS), combina sus funciones normativas con la obligación impuesta a sus Estados miembros de rendir un informe anual sobre las medidas tomadas en su orden interno, tanto respecto de los reglamentos como de las *recomendaciones* que haya adoptado la Organización (art. 61).

Un paso más se advierte en resoluciones que imponen a los miembros destinatarios una *obligación de resultado*, dejando en manos de éstos las medidas, legislativas, reglamentarias u otras, precisas para su satisfacción. Estas resoluciones son obligatorias para los miembros desde su adopción, pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado. El margen de libertad real de los destinatarios estará en función del grado de concreción del resultado que fije el texto de la resolución y de los mecanismos de control de su cumplimiento. Estos efectos pueden predicarse de todas las resoluciones que, carentes de eficacia interna directa, exigen la adopción de medidas estatales para ser atendidas por sus órganos administrativos y judiciales. Exigencia que se hace especialmente patente cuando el contenido normativo de la resolución incide sobre sujetos de Derecho interno. Ejemplos de esta clase de resoluciones los identificamos en las *directivas* de la Unión Europea (art. 288 TFUE), las *normas* emanadas de los órganos de MERCOSUR (arts. 38 y 40 del Protocolo de Ouro Preto, 1994) y las *decisiones* del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

Por lo que se refiere, en particular, a estas últimas, cabe ahora advertir que en la medida en que, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, los miembros de la Organización confieren al Consejo de Seguridad (art. 24) la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales (v. par. 510), convienen en aceptar y cumplir sus *decisiones* (art. 25) que, como todas las que afectan a cuestiones de fondo, habrán de adoptarse por el voto afirmativo de *nueve* de sus quince miembros, incluidos los cinco miembros *permanentes* (art. 27.3 de la Carta). Tales decisiones, siempre que estén *de acuerdo con la Carta* (CIJ, *Namibia* 1971), son obligatorias para los Estados miembros, rigiéndose su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales por reglas similares a las previstas para los tratados (v. par. 253). También aquí la tentación de la *eficacia directa* es grande. Pero no parece que sea esa la voluntad de los miembros de la Organización. Si a ello unimos que las decisiones del Consejo, por su misma naturaleza y redacción, suelen necesitar de un desarrollo legislativo y/o reglamentario para devenir operativas, es evidente que estamos en principio ante *obligaciones de resultado* cuya ejecución dependerá de la adopción de las oportunas medidas nacionales.

Las resoluciones más avanzadas son las *obligatorias en todos sus términos y directamente aplicables en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros*, propias de Organizaciones Internacionales fuertemente integradas. En la medida en que la Unión Europea representa el tipo de Organización de integración más desarrollada, sus *reglamentos* (art. 288 TFUE) son la expresión más perfecta del poder normativo de una Organización Internacional. Como la ley en los sistemas nacionales, el *reglamento* tiene *alcance general*, es *obligatorio en todos sus elementos*, esto es, en cuanto al objetivo a lograr y a los medios y formas de realizarlo, y es *directamente aplicable en cada Estado miembro*. Ello significa que, por sí mismos y de forma automática y uniforme, los reglamentos despliegan sus efectos jurídicos en el orden interno de los Estados miembros sin necesidad de actos ulteriores de recepción de la norma comunitaria ni de desarrollo a través de normas estatales, gozando sus disposiciones de *eficacia directa* ante las autoridades administrativas y los órganos jurisdiccionales nacionales desde la fecha de su entrada en vigor, a saber, la que en ellos se determine o a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 297 TFUE).

En cuanto al *método empleado para su adopción* y los *sujetos obligados*, hay resoluciones que sólo obligan a los Estados miembros que se muestran de acuerdo con su adopción (*contracting in*) y hay otras que, por el contrario, obligan a todos los que no expresan su oposición en un tiempo y forma determinados (*contracting out*).

Algunas Organizaciones de fines específicos, particularmente de ámbito regional, han sido capacitadas, en efecto, para adoptar resoluciones vinculantes a condición de contar con el acuerdo de todos sus Estados miembros. Ahora bien, a fin de evitar el efecto paralizador de la regla de la unanimidad prevista en

sus tratados constitutivos, la práctica de la Organización ha corregido la regla permitiendo que las decisiones de sus órganos produzcan efectos jurídicos para los Estados que se hubiesen mostrado a favor de su adopción (*contracting in*), quedando por consiguiente el resto liberados de su aplicación. El espacio europeo ofrece buenos ejemplos del empleo de esta técnica. Así, en el ámbito de la *cooperación económica y financiera*, el tratado constitutivo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE, arts. 5 y 6) faculta a su órgano principal y plenario —el Consejo— para adoptar resoluciones obligatorias a condición de ser adoptadas por unanimidad, pero siguiendo la fórmula *contracting in* o de *unanimidad fraccionada*, el voto negativo o la abstención no invalida la decisión, sino que limita sus efectos jurídicos a los Estados que votan a favor.

La técnica del *contracting out* ha sido adoptada frecuentemente en los ámbitos de la *cooperación científica y técnica* por Organizaciones, universales y regionales, cuyos tratados constitutivos prevén la adopción por mayoría de resoluciones jurídicamente vinculantes para todos los Estados miembros que, en un plazo determinado, no han manifestado la imposibilidad de aplicar lo ordenado en su Derecho interno, su objeción o reservas. Así se advierte en Organismos especializados como la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI, arts. 37, 38, 54 y 90 del Convenio de Chicago, 1944), la OMS (arts. 21, 22 y 60 de la Carta constitutiva) o la Organización Meteorológica Mundial (OMM, art. 9 y 11 de la Carta Constitutiva y art. 107 del Reglamento Sanitario Internacional), y en Organizaciones regionales sobre gestión y control de los recursos marinos, como la Organización Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (Convenio de Río de 1966), la Organización para la Conservación de los Recursos Marinos Antárticos (Convención de Canberra de 1980), o la Organización para las Pesquerías en el Atlántico Noroeste (Convenio de 1978). El incidente del *Estai* (1995), barco pesquero español apresado por Canadá en esta zona (v. par. 414), tuvo su origen, precisamente, en la decisión canadiense de forzar la aplicación coactiva de sus propios reglamentos ante la *objeción* de la CE a la cuota de fletán asignada por la Organización a la flota de los países comunitarios.

La formación de normas mediante costumbre

XXXII. CONSIDERACIONES GENERALES

130. La capacidad de adaptación de la costumbre

El Derecho Internacional cuenta con normas caracterizadas por su generalidad cuya fuente es la *costumbre*, forma de producción normativa propia de una sociedad descentralizada como es la internacional.

Sin embargo las características de la sociedad internacional contemporánea —*universal, heterogénea y polimórfica*— y la necesidad de proceder con celeridad a la regulación de nuevos ámbitos o materias que en muchos casos exigen reglas muy técnicas, han hecho dudar de la idoneidad de la costumbre a tal fin. Los tratados, al ser acuerdos escritos, se adecuan mejor a las exigencias planteadas, pero sus ventajas se ven comprometidas por la limitación congénita de sus efectos a los sujetos que los han consentido (v. par. 119), a pesar de que esta limitación ha sido suavizada con medidas para facilitar la más amplia participación en tratados con vocación normativa (v. tema 9).

La *costumbre internacional*, lejos de desaparecer, se ha adaptado a un nuevo *habitat*. Los tratados se han convertido, como veremos, en uno de los más eficaces medios de formación de normas generales por vía consuetudinaria. La institucionalización de la sociedad internacional, aun limitada, ha servido también la causa de su modernización. Las Organizaciones Internacionales, han provocado un cambio esencial —una aceleración— en los procedimientos de elaboración. Naciones Unidas y otras Organizaciones no sólo han promovido tratados para la codificación y desarrollo progresivo de las normas generales, sino que han impulsado el mismo objetivo mediante las resoluciones de sus órganos, en especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (v. par. 140). En definitiva, mientras la sociedad internacional conserve sus características estructurales esenciales, en particular la inexistencia de un poder legislativo mundial, y la costumbre mantenga su capacidad de adaptación a una realidad cambiante, conservará ésta su importancia y gozará de un papel principal en la elaboración del Derecho Internacional general.

131. Costumbre y Principios

Nos referimos a las más importantes de esas normas como *principios*. Así, por ejemplo, en 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 (AGNU, res. 2625-XXV, de 24 de octubre de 1970). Estos *principios* pueden albergar normas imperativas (*ius cogens*), tienen un carácter fundamental, traducen los valores que informan el ordenamiento jurídico internacional en su totalidad (v. par. 148).

No han de confundirse con los denominados *principios generales del Derecho*, ajenos en origen al Derecho Internacional, que se extraen de los ordenamientos estatales y permiten colmar eventuales lagunas. Mencionados entre las fuentes a las que puede acudir la Corte Internacional de Justicia para decidir los litigios que le son sometidos (art. 38.1 del Estatuto), su papel ha sido limitado, concentrado en reglas lógicas de procedimiento y del arte de la interpretación. No obstante, pueden ofrecer más juego en sectores, como el del Derecho Internacional penal (Estatuto de la CPI, art. 21), aún bastante rudimentario, en la medida en que sean compatibles con la idiosincrasia del procedimiento internacional (TPIY, *Blaskic*, 1997); o en el del Derecho Internacional económico, en particular en las relaciones entre Estados y corporaciones transnacionales, donde les abre una ventana la resistencia de éstas a localizar sus contratos en el Derecho interno de su contraparte estatal.

La *jurisprudencia* resultante de las decisiones de órganos judiciales y arbitrales sobre controversias internacionales constituye, finalmente, un acervo indispensable para la determinación de la existencia, contenido y aplicación de normas y obligaciones internacionales, tanto más relevante cuando se debate sobre normas generales no escritas (v. par. 139).

XXXIII. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

132. Noción y elementos de la costumbre

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece que “la Corte, cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar... b) la *costumbre internacional* como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Esta definición ha sido criticada, ya que la costumbre no es la prueba de una práctica sino, más bien, su resultado. Teniendo esto en cuenta podríamos definirla como *la norma resultante de una práctica general, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos de Derecho Internacional y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria*.

Esta definición pone de relieve los dos elementos de la costumbre: una *práctica* internacional (*usus o diuturnitas*) —elemento material— sustentada por la *conciencia* de la *necesidad social* y la *obligatoriedad jurídica* de los compor-

tamientos que la integran (*opinio iuris sive necessitatis*) —elemento psicológico—.

133. El elemento material: ‘usus’ o ‘diuturnitas’

De la definición de la costumbre se desprende la necesidad de una repetición de comportamientos (acciones y omisiones) *imputables* a Estados y Organizaciones Internacionales. Ciñéndonos a los Estados los comportamientos relevantes pueden provenir de cualquiera de sus órganos y no sólo de los encargados de las relaciones internacionales. La correspondencia diplomática es, ciertamente, un auténtico filón para establecer la *práctica*, como lo son las intervenciones de los representantes estatales en conferencias y Organizaciones Internacionales; pero también los actos legislativos y judiciales proyectados sobre las relaciones internacionales adquieren una notable significación. Así, por ejemplo, el nacimiento de la *Zona Económica Exclusiva*, de carácter consuetudinario, tuvo su origen en la práctica legislativa seguida por determinados países latinoamericanos estableciendo su jurisdicción sobre la exploración y explotación de los recursos vivos existentes en zonas de Alta Mar en las que hasta entonces regía sin discusión el principio de la libertad de los mares (v. par. 396). Y las decisiones judiciales han sido esenciales en la formación de normas sobre inmunidad del Estado extranjero y de sus agentes (v. par. 420, 421). La participación de la *sociedad civil*, en particular las ONG, tiene un carácter indirecto, como inductora de comportamientos estatales y de las Organizaciones Internacionales.

Para que una repetición de comportamientos pueda conformar el elemento material de la costumbre es preciso que reúna las siguientes características:

1) En primer lugar, la práctica ha de ser *general*, esto es, seguida por un número amplio y representativo de sujetos. Generalidad no implica unanimidad, sino más bien *consenso*. Lo esencial es que esa práctica incluya a los Estados interesados, aquéllos que han tenido ocasión de comportarse en el sentido de la norma que se invoca (CIJ, *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969). Esta circunstancia sólo puede apreciarse caso por caso. La *generalidad* exigible a una norma consuetudinaria varía de un rubro u otro, de las relaciones diplomáticas (en que participan la práctica totalidad de sujetos en mayor o menor medida), al establecimiento de jurisdicción sobre los espacios marinos (que escapan a los países sin litoral) o las actividades en el espacio ultraterrestre (reservadas a un puñado de sujetos desarrollados).

La exigencia de *generalidad* no impide el nacimiento de costumbres *regionales* (como las del Derecho Internacional Americano), que son generales en un universo regional determinado, no planetario (CIJ, *Derecho de Asilo*, 1950). Costumbres *regionales* se separan de las normas generales de alcance universal (siempre que no sean imperativas) y, en ocasiones, anticipan su cambio. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia (*Controversia fronteriza, Burkina Faso/Mali*, 1986) observó que el principio del *uti possidetis iuris*, invocado en la

práctica latinoamericana, constituía un principio general en materia de descolonización (v. par. 370, 371).

2) En segundo lugar, la práctica ha de ser *uniforme*, en el sentido de que las respuestas o actuaciones de los Estados ante situaciones similares no sean contradictorias o discrepantes, sino sustancialmente idénticas, consistentes.

Ahora bien, para valorar correctamente los comportamientos *desviados* ha de distinguirse según se proyecten sobre una norma en formación o sobre una norma ya consolidada. En el primer caso perjudicarán el proceso; no así, necesariamente, en el segundo, pues se tratará de violaciones o infracciones de la norma que, como tales, vienen a confirmarla, a menos, claro está, que se generalicen alimentando, de ser consentidas, una nueva norma general o la modificación de la existente. En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia observó: “Si un Estado obra de modo aparentemente inconciliable con una norma reconocida, pero defiende su conducta invocando excepciones o justificaciones contenidas en la regla misma, resulta de ello más una confirmación que un debilitamiento de la norma, y ello pueda o no justificarse de hecho la actitud de este Estado sobre tal base”.

3) Por último, la práctica ha de ser *duradera*. La formación de la costumbre reclama el trascurso de cierto lapso temporal. ¿Cuánto? Depende de las circunstancias del caso y de la naturaleza de la norma.

Durante mucho tiempo se consideró que la costumbre se fundaba en un uso inmemorial (CIJ, *Derecho de paso por territorio indio*, 1960.) Hoy esta afirmación ya no puede sostenerse, salvo como una referencia histórica, y hay quien ha dicho acertadamente que lo que antes necesitaba un centenar de años puede requerir menos de diez en la actualidad. La duración de la práctica no es un fin en sí misma, sino un medio para probar la generalidad y continuidad de aquélla. Se habla hoy de la *aceleración* en el proceso de formación de las normas consuetudinarias. Hay autores que, incluso, sugieren la aparición, en ciertos sectores, de *costumbres instantáneas*, lo que parece desde luego exagerado, pues el tiempo puede reducirse y ver disminuida su importancia en el proceso de formación de la norma, pero no puede ser eliminado, a menos que pretendamos servirnos de la costumbre como un caballo de Troya que dé paso a procesos de producción jurídica esencialmente diferentes.

Diversos factores han estimulado la *aceleración* en la formación de normas consuetudinarias.

Uno de ellos, la necesidad social de regular áreas nuevas abiertas a la actividad humana por el avance tecnológico. El vacío normativo en tales sectores arriesga provocar violentos conflictos de intereses y supone una invitación a actitudes de fuerza unilaterales. No podemos, sin embargo, llamarnos a engaño acerca del rumbo que pueden tomar las costumbres aceleradamente creadas por los Estados, orientadas a la consolidación de las soberanías nacionales y situadas en el ámbito de su coexistencia, no en el de la cooperación en interés común

de la Humanidad. Puede afirmarse que, hasta cierto punto, estas costumbres nacen, y nacen rápidamente, porque la cooperación internacional no ha sido posible o no lo ha sido con la intensidad necesaria.

Otro, la multiplicación de las vías a través de las cuales los Estados pueden participar en la práctica, con sus actos o como reacción a los de los otros, así como la incorporación de las Organizaciones Internacionales para alimentarla (v. par. 144).

134. El elemento psicológico: ‘*opinio iuris sive necessitatis*’

Para que surja una norma consuetudinaria es preciso que la *práctica*, los comportamientos de los sujetos, se haya(n) realizado con el convencimiento de que lo que *hacen* es lo que *deben hacer*. Gracias a este elemento la costumbre se distingue de los *usos y reglas de cortesía* o de mera tradición —como el envío de condolencias tras la muerte de un Jefe de Estado— y de los comportamientos basados en simples consideraciones de oportunidad. La *opinio iuris* se presenta, por tanto, como un elemento indispensable en la determinación de la práctica relevante en la formación de la norma consuetudinaria.

En el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) la Corte Internacional de Justicia puso de relieve que: “Los actos considerados no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben atestiguar, por su naturaleza o el modo en que se llevan a cabo, la convicción de que dicha práctica resulta obligatoria por la existencia de una regla jurídica... Los Estados interesados deben pues tener la sensación de conformarse a algo equivalente a una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual incluso de los actos bastan. Existen numerosos actos internacionales, en el campo del protocolo por ejemplo, que se realizan casi invariablemente pero responden a simples consideraciones de cortesía, oportunidad o tradición y no a la convicción de estar ante una obligación jurídica”.

Para la Corte está claro que cualesquiera consideraciones distintas de la convicción en la existencia de una obligación jurídica no sirven para generar una norma consuetudinaria.

Las dificultades de prueba de la *opinio iuris* son obvias, especialmente si se trata de comportamientos omisivos (aquéllos en que la prueba de la *opinio iuris* cobra mayor importancia: CPJI, *Lotus*, 1927); pero no deben ser exageradas. La *opinio iuris*, ha observado la Corte Internacional de Justicia, “se prueba mediante la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficientemente consolidada y convincente, y no por deducción partiendo de ideas preconcebidas *a priori*” (*Golfo del Maine*, 1984). Son muchos los actos, los *precedentes*, que pueden servir a tal efecto. La jurisprudencia de la Corte ha mencionado las declaraciones de los Estados, (explicaciones de la práctica, defensa de posiciones, protesta ante determinadas actuaciones de otros Estados), la correspondencia diplomática, las decisiones judiciales nacionales (CPJI, *Lotus*, 1927; CIJ, *Pes-*

querías, 1951; *Golfo del Maine*, 1984). La pesquisa puede acabar concluyendo que la *opinio iuris* no existe o sólo *in statu nascendi*, especialmente cuando la práctica estatal evidencia demasiadas discrepancias. Así, por ejemplo, en su opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del empleo de *Armas Nucleares* en un conflicto armado (1996) la Corte puso de manifiesto que, dada la adhesión de conspicuos Estados a la política de disuasión nuclear, era imposible determinar la existencia de una norma que prohibiera el uso, en todo caso, de estas armas.

Junto a la *opinio iuris* inducida de los *precedentes* se habla ahora también de una *opinio iuris del consenso* facilitada y acelerada por el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional mediante tratados multilaterales y resoluciones de las Organizaciones Internacionales. En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte advierte, refiriéndose al carácter consuetudinario del principio de la prohibición del uso de la fuerza, que: “Esta *opinio iuris* puede, con la debida precaución, deducirse *inter alia* de la actitud de las partes y la actitud de los Estados hacia estas Resoluciones de la Asamblea General y particularmente la resolución 2625 (XXV)... El efecto del consentimiento al texto de estas resoluciones no puede ser entendido como una mera “reiteración o aclaración” de la obligación convencional asumida con la Carta. Por el contrario puede ser entendido como una aceptación de la validez de la norma o conjunto de normas declaradas por la resolución, por sí mismas...”.

135. La relación entre los dos elementos de la costumbre

Doctrinalmente se ha discutido la estructura binaria de la costumbre, considerando que los dos elementos constituyen sólo aspectos de un único elemento complejo. Ha habido también quienes han atribuido a la *opinio iuris* un juego excesivo, incluso exclusivo, en la formación de la costumbre; para ellos la práctica sólo vendría a probar o corroborar el consentimiento de los Estados que es el fundamento de la existencia de la norma. Otros, por el contrario, han sostenido que la *opinio iuris* no es un elemento imprescindible en la formación de la norma, sino la consecuencia de su existencia; desde su punto de vista es imposible encontrar criterios que permitan determinar los condicionamientos psíquicos que llevan a los sujetos a actuar de una determinada forma; siempre que hay una práctica constante y uniforme hay que presumir, salvo prueba en contrario, la existencia de tal convicción.

Por encima de estas discrepancias, ha de insistirse en la necesaria confluencia de la práctica y la *opinio iuris* para la formación de la norma consuetudinaria. Ambos elementos son indisolubles y cuentan con el aval de la Corte Internacional de Justicia (por ej., *Derecho de paso por territorio indio*, 1960; *Golfo de Maine*, 1984; *Plataforma continental* (Libia/Malta) 1985; *Nicaragua*, 1986). La estructura binaria permite señalar la relevancia de cada uno en el proceso de formación de la norma y es, además, útil a efectos pedagógicos.

Tradicionalmente la *práctica* (estatal) precedía a la *opinio iuris*. Lo esencial era verificar este elemento en el momento final previo al nacimiento de la norma. En este sentido la Corte Internacional de Justicia (*Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969) nos habla de “la convicción de que la práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de Derecho”. En la actualidad, al multiplicarse las instancias multilaterales en que los sujetos pueden expresar sus convicciones sobre el *deber ser*, cabe que la *opinio iuris* preceda a la práctica, incitándola. Naciones Unidas, pero también otras Organizaciones Internacionales, son cauces circulantes de propuestas innovadoras o revisionistas. Si los sujetos atemperan su conducta a tales propuestas el ciclo formativo de la norma consuetudinaria se habrá invertido.

136. La oponibilidad de la costumbre

Una norma general producida por vía consuetudinaria obliga a todos los sujetos en el plano universal o regional en el que se ha concebido, con excepción de los que prueben su oposición permanente e inequívoca en el período de su formación (*objector persistente*). En este sentido, ante la alegación por Reino Unido de una norma consuetudinaria que obligaría a Noruega, la Corte Internacional de Justicia afirmó (*Pesquerías*, 1951), que: “La regla de las diez millas no sería oponible a Noruega dada su sistemática oposición contra todo intento de aplicarla en las costas noruegas”. No basta, pues, con quedar *al margen*.

La regla del *objector persistente* presenta un problema en una sociedad que se ha hecho universal en la segunda mitad del siglo XX. Los nuevos Estados, en particular los surgidos de la descolonización, no han podido oponerse en el período de su formación a las normas existentes en el momento de acceder a la independencia. ¿Quedarán obligados contra su voluntad? o, por el contrario, ¿se requerirá, de forma expresa o implícita, su no oposición a las mismas? Sabido es que los nuevos Estados han mantenido a la sombra del principio de soberanía una actitud selectiva frente al Derecho Internacional, admitiendo sólo las normas compatibles con sus intereses esenciales. Obligar a pasar al Estado nuevo por normas elaboradas por otros, como se ha afirmado por quienes identifican la sociedad internacional con un *club* cuyas reglas han de aceptar incondicionalmente los aspirantes a integrarse en él, lastima en alguna medida el principio de igualdad soberana, pues implica que los intereses de unos son más respetables que los de otros. No es coherente admitir que un Estado viejo se sustraiga a la aplicación de la norma consuetudinaria establecida con su oposición y sostener su obligatoriedad para los nuevos Estados que, precisamente por serlo, no pudieron participar en su elaboración ni oponerse a la misma (v. par. 9). Desde esta perspectiva sería prudente entender que serán oponibles a los nuevos Estados aquellas normas consuetudinarias a las que no se han opuesto en un plazo razonable a partir de la fecha en que les fue posible hacerlo, la del acceso a la independencia.

Hasta el momento la efectividad y alcance de la tesis del *objeto persistente* no han sido comprobados. Las controversias sobre la oponibilidad de la costumbre han derivado hacia controversias sobre su existencia y contenido. Para los Estados que quieren eludir la aplicación de una norma es más atractivo negar su existencia que reconocerla puntualizando —y debiendo probar— que se han opuesto a ella. Por otro lado, las referencias de la Corte Internacional de Justicia a la objeción persistente se han efectuado siempre tras haber constatado la inexistencia de la costumbre por la falta de algún elemento. Quizás por ello las dudas que la aplicación de la regla del *objeto persistente* plantea —como la posible extensión de su eficacia a los *objetores subsiguientes* (nuevos o viejos) o la necesidad de persistir en la objeción con posterioridad al nacimiento de la norma— se encuentran aún sin resolver.

Pese a lo dicho, la objeción permanente e inequívoca en el período de formación de la norma constituye la única posibilidad de que gozan los Estados para liberarse de una norma deseada por la mayoría y resulta, creemos, una manifestación de equilibrio entre el consensualismo y el objetivismo, refugio de esa minoría que no ha podido impedir el nacimiento de la norma pero sí puede evitar que le obligue.

137. *¿Costumbre regional, particular, local?*

Se ha hablado de costumbres *regionales, particulares*, incluso *locales* y *bilaterales* (CIJ, *Derecho de paso por territorio indio*, 1960), que obligarían sólo a quienes con sus comportamientos han cooperado a su gestación. En este sentido la Corte Internacional de Justicia (*Derecho de asilo*, 1950) entendió que una regla alegada por Colombia sobre *asilo diplomático* (v. par. 433) no era aplicable a Perú, pues no había podido demostrar que éste había cooperado a su formación. En realidad, estas sedicentes *costumbres, particulares* o *locales*, no son tales, sino acuerdos tácitos o, si se prefiere, una sucesión de actos unilaterales, pues es esencial en la norma general consuetudinaria su capacidad para obligar a terceros ajenos a su formación (esa virtud sí puede predicarse de una costumbre *regional*, v. par. 15). Por lo demás, nada impide apreciar tales *costumbres* como eslabones en el genuino proceso consuetudinario si escapan a su primitivo ámbito de aplicación.

138. *Modificación y 'desuetudo' de la costumbre*

Al igual que los tratados, las normas consuetudinarias pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo y el cambio en las circunstancias que las originaron o en los intereses que traducían, pudiendo provocar prácticas contrarias a ellas que, adornadas con las virtudes requeridas por el elemento material de la costumbre, originarán la modificación de normas preexistentes o la aparición de nuevas normas. Así, por ejemplo, hay quienes proponen que la norma consue-

tudinaria sobre la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza ha sido modificada —y debilitada— por la práctica de unos pocos Estados y Organizaciones arropada por la falta de reacción de una mayoría silenciosa (v. par. 490).

A menudo las diferencias entre sujetos versan sobre la *existencia* y el *contenido* de una norma. ¿Existe una norma que habilite al Estado ribereño a apresar un buque de pesca extranjero más allá de la zona económica exclusiva por infringir sus reglamentos sobre pesquerías *transzonales*? (v. par. 414). El derecho de paso inocente por el mar territorial ¿incluye a los buques de guerra extranjeros? (v. par. 392). El cambio en la norma a través de la *provocación* y la *jactancia* configura un proceso relativamente incierto, algo salvaje, invasivo. Es inevitable la explotación de la *incertidumbre* del Derecho *dado* por sujetos con intereses contradictorios. Los alegatos de infracción y las protestas acaban siendo un *leit-motif* de ida y vuelta, pues nadie concede al adversario la ventaja de la *lex lata*; lo que subyace detrás son dos o más *políticas* enfrentadas acerca de la norma en un pulso abierto. Puede, en definitiva, ocurrir que las *violaciones* se transformen en reflejos críticos de normas cuya existencia y contenido son más y más inciertos a medida que crece la nómina de los infractores (v. par. 4).

Es difícil sustraerse a la opinión de que en un primer momento los actos que configuran una práctica contraria a normas generales son meras violaciones de las mismas, aunque los sujetos a los que se imputan se guardarán muy mucho de reconocerlo. Sólo más adelante, su repetición, continuidad y generalización, unida a la convicción de que la nueva norma o la norma modificada son socialmente necesarias y políticamente imparables, conducirán a una recalificación de comportamientos. Piénsese, por ejemplo, en la noción de *zona económica exclusiva*, un espacio bajo la jurisdicción de los Estados ribereños adyacente al mar territorial. Las primeras declaraciones y actos estatales afirmando que los recursos vivos y minerales del suelo y del subsuelo marino hasta 200 millas de la costa pertenecían al ribereño eran manifiestamente incompatibles con las libertades de la alta mar vigentes en ese momento. De ahí las protestas generadas, especialmente en Estados con flotas pesqueras de altura. Pero con el tiempo las *violaciones* se generalizaron, las *protestas* se desvanecieron y todos negociaron (v. par. 396).

139. La jurisprudencia, ¿medio auxiliar?

La situación recién evocada realza la importancia de la jurisprudencia, de las decisiones judiciales, a las que se refiere el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (junto con las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones) como *medio auxiliar* para la determinación de las reglas de Derecho (art. 38.1. d).

Si tradicionalmente la jurisprudencia estuvo compuesta por los laudos arbitrales y las decisiones de la Corte Internacional de Justicia (y su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional), en la actualidad se nutre tam-

bién de las decisiones de un cierto número de tribunales creados en los últimos años en sectores con el Derecho del Mar, los Derechos Humanos o el Derecho Internacional penal, o en el marco de procesos de integración regional (caso del Tribunal de Justicia de la UE); sin desmerecer el papel de instituciones *quasi-judiciales* entre las que destaca el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Como la propia Corte Internacional de Justicia se ha preocupado en advertir, su misión, la de los tribunales, no es la de *crear* normas, sino la de *aplicarlas* (así, por ej., en *Competencia en materia de pesquerías*, 1974; *Armas nucleares*, 1996). La posibilidad de normas creadas por vía judicial entraría en colisión con el consensualismo que inspira el ordenamiento internacional (v. par. 2, 4) y haría que los Estados huyeran de los jueces más aún de lo que ya lo hacen. Aunque el Estatuto (art. 38.2) faculta a la Corte para decidir un litigio en equidad (*ex aequo et bono*) si las partes así lo convinieren, la disposición no ha tenido ocasión de estrenarse en cien años.

Dicho esto, habrá quien considere que si los jueces no crean las normas, al menos las *recrean*, cuando las *descubren*. Dada la incertidumbre de las normas consuetudinarias lo suyo es un *hallazgo*. Son ellos los que comprueban su existencia, la identifican, precisan y le dan forma. La actuación judicial puede parecer, aunque no lo sea, *creativa*, por su amplia discrecionalidad. A partir de la declaración judicial la norma adquiere mayor consistencia, aunque nada impide discrepar de la conclusión a la que han llegado los jueces. Lo mismo cabe decir cuando se aplican a la interpretación de textos ambiguos, controvertidos. Hay tribunales, como el de Justicia de la UE o los de Derechos Humanos, con un manifiesto *vanguardismo*, que hacen de la interpretación teleológica (v. par. 272) su fuerza acorazada.

También se llama la atención sobre el frecuente recurso de los tribunales a mencionar sus sentencias *precedentes* para hilvanar su fundamentación jurídica, algo que las partes en un litigio alimentan con sus alegatos. Pero no ha de exagerarse esta importancia. La regla *stare decisis* es ajena a los tribunales internacionales. Las decisiones judiciales no crean *precedentes* vinculantes. Obligan sólo a las partes y respecto del caso decidido (CIJ, art. 59 del Estatuto) (v. par. 484). Con las referencias a sentencias anteriores los tribunales tratan de confirmar, *a mayor abundamiento*, la solidez de una motivación (*ratio decidendi*) que está en los tratados, las normas consuetudinarias, los actos unilaterales de las partes de las que se deducen obligaciones jurídicas, los principios generales del Derecho. Cada caso presenta matices propios; por otro lado, la realidad social cambia y la jurisprudencia, sensible a ello, también.

En alguna ocasión la Corte Internacional de Justicia ha emitido *opiniones consultivas* (*Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949; *Reservas*, 1951) o dictado sentencias (*Pesquerías*, 1951; *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969) que han contribuido al desarrollo progresivo del Derecho Internacional al inspirar normas recogidas luego en tratados. La sentencia dictada

por la Corte en el asunto de la *Plataforma continental* (Túnez/ Libia), 1982, en el que las partes solicitaron de la Corte una solución que tuviera en cuenta las nuevas tendencias aceptadas en la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, permite comprobar cómo la jurisprudencia puede acelerar la aparición de normas consuetudinarias.

XXXIV. CODIFICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO DE LAS NORMAS

140. La formulación escrita de las normas

Es aspiración de todo sistema jurídico sustituir la costumbre por Derecho escrito, las normas *espontáneas* por normas codificadas, la lenta e incierta elaboración de reglas a través de prácticas acompañadas de una convicción de necesidad social y obligatoriedad jurídica, por un proceso cierto, más rápido y transparente, adecuado a las circunstancias cambiantes del tiempo histórico.

Esto último, la acomodación de la norma a las necesidades presentes y a una cierta previsión de las futuras, hace que la *codificación* en sentido estricto—esto es, la expresión escrita de la costumbre, en pos de su mayor precisión y certeza— sea inseparable de su *desarrollo progresivo*. De ahí que entendiéndola en sentido lato se haya sugerido (A. Mahiou) que la codificación del Derecho Internacional representa el devenir normal y lógico del *perfeccionamiento* de la costumbre.

Así entendida, la codificación posee rasgos propios debidos a la carencia en el sistema internacional de un poder legislativo capaz de adoptar, siquiera con miras codificadoras, un *corpus iuris* con fuerza obligatoria para todos los Estados soberanos. Esta carencia quedó meridianamente clara una vez que la Carta de las Naciones Unidas negó competencia normativa *autónoma* a su órgano plenario, la Asamblea General.

El tratado multilateral general de vocación normativa se alza—por su carácter abierto a la participación de todos los Estados en un espacio dado, universal o regional, la seguridad y precisión de la cláusula escrita, la certidumbre del consentimiento y la versatilidad de su contenido— como el medio idóneo para positivar normas generales; pero, atrapado por su efecto *relativo*, el tratado es en sí mismo insuficiente para satisfacer este objetivo.

Se dice que el efecto de los tratados es *relativo* porque éstos no pueden, en cuanto tales, conferir derechos ni imponer obligaciones a quienes no son partes en ellos sin mediar su consentimiento. Para el tercero el tratado es *res inter alios acta* (art. 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). La doctrina de los *tratados normativos* con efectos *erga omnes*, creadores directos en virtud del interés general de derechos y obligaciones para todos los Estados

(y eventualmente otros sujetos), carece de positividad. La aspiración normativa general del tratado queda así a expensas de las manifestaciones formales, expresas y por escrito, del consentimiento de los Estados, que no suelen darse ni en el número, ni con la calidad, oportunidad y rapidez deseables.

Las resoluciones de Organizaciones Internacionales —de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en particular— se presentan como la otra pieza característica de la codificación. Junto a la ONU y sus organismos especializados (OIT, OACI, OMI, UNESCO...), concurren organizaciones regionales como el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos (OEA), verdaderos claustros maternos de instancia, preparación y elaboración de textos codificados *lato sensu* en los más variados renglones del Derecho Internacional.

Lo más interesante es que, con independencia de la suerte del tratado como tal, de su entrada en vigor y número de partes, el proceso mismo de su preparación y aprobación, largo y minucioso, acaba nutriendo los elementos de la norma consuetudinaria, de manera que siendo la costumbre el punto de partida de la codificación acaba siendo también su estación término. La posibilidad de que las reglas de los tratados lleguen a ser obligatorias para terceros a título de normas consuetudinarias está prevista por la misma Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (art. 38).

La interacción con la costumbre también se advierte respecto de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales, muy particularmente las de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptadas en el ámbito de su competencia sustancial o material, resoluciones meramente *recomendatorias* que, encarnando en una práctica conforme, coadyuvan a la producción de un efecto normativo del que por sí mismas carecen.

Ha de advertirse, igualmente, que resoluciones y tratados no se presentan, a los efectos que aquí interesan, en compartimentos estancos, sino que se combinan, de suerte que las resoluciones inician una exploración que, si prospera, da paso a la elaboración de tratados multilaterales de interés general. Importantes sectores del Derecho Internacional contemporáneo (Derechos humanos, Espacio ultraterrestre...) han sido regulados mediante esta asociación. Así, por ejemplo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (res. 217 (III), de la AG, de 1948) fue la semilla de la que han brotado la inmensa mayoría de instrumentos convencionales de derechos humanos, universales y regionales (v. par. 535).

Tratados multilaterales generales y resoluciones (de la Asamblea General) ejercen, pues, una influencia constante en la formación de normas consuetudinarias, *declarándolas, cristalizándolas y, aún, generándolas*. En cierta medida la gestación de nuevas costumbres se *institucionaliza* (G. Abi-Saab). Auspiciando, preparando y adoptando el tratado y/o la resolución, la Organización facilita la fábrica que labora para preconstituir la prueba de la costumbre, identificar sus elementos, acelerar su (trans)formación y actualizarla sobre bases ampliamente participativas. Como se ha señalado (M. E. Williger), nada hay más próximo a la legislación en el Derecho Internacional actual que este proceso de integración

de normas generales expresadas *en* o formadas *a partir* del texto escrito de un tratado y/o de una o más resoluciones (de la Asamblea General).

141. El tratado multilateral general como instrumento de codificación 'lato sensu'

En Naciones Unidas —como en ámbitos regionales— auspiciar la preparación y adopción de tratados generales pronto se concibió, ya lo hemos apuntado, como el mejor instrumento para codificar y desarrollar progresivamente normas generales, siendo su afán articularlas en un texto que aspira a ser *per se* obligatorio. Incluso, se confió en que una densa red convencional vocacionalmente general permitiría suplir o aminorar, al menos, las carencias institucionales de la sociedad internacional. Dada la dimensión y alcance de la tarea codificadora de Naciones Unidas centraremos en ella la atención.

“Impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación” fue una de las misiones confiadas por la Carta (art. 13.1.a) a la Asamblea General. Aunque otros órganos principales también participan de la misma (caso en particular del Consejo Económico y Social en materia de derechos humanos), siempre se ha entendido que compete a la Asamblea, especialmente a través de su VI Comisión (Asuntos Jurídicos) la *iniciativa*, la *dirección* y el *control* de la misma. *Codificación* y *desarrollo progresivo* son dos caras de una misma moneda que se superponen y entrecruzan a cada paso, y si cabe la posibilidad de desarrollo progresivo sin codificación en materias antes no reguladas, no la hay de codificación sin desarrollo progresivo, pues todo intento de precisar y sistematizar normas preexistentes implica necesariamente un esfuerzo dirigido a mejorarlas, completarlas y actualizarlas.

Para su mejor asistencia la Asamblea creó en 1947 (res. 174-II) un órgano subsidiario, la Comisión de Derecho Internacional (CDI), compuesto de *expertos* formalmente *independientes* elegidos de acuerdo con las habituales reglas del reparto geográfico que se siguen en la Organización. La CDI es el *principal órgano de codificación y desarrollo progresivo de Naciones Unidas* (AG, res. 36/39, de 1981), el único con *competencia general*, de carácter *permanente*; pero otros órganos *subsidiarios* de composición intergubernamental (como la CNUDMI o el Comité del Espacio) llevan a cabo esta labor en el ámbito de sus respectivas competencias y junto a ellos pululan un número creciente de órganos o comités *ad hoc* creados, en particular, por la Asamblea General. La enjundia política del tema, proclive a la confrontación de intereses y a la necesidad de acuerdo previo entre los Estados, y/o su incidencia en ámbitos abiertos a la actividad humana por el espectacular avance científico y tecnológico, que por eso requieren una regulación *ex novo*, han sido factores decisivos para su remisión a órganos compuestos por representantes gubernamentales y sujetos en consecuencia a sus instrucciones. La CDI se ha ocupado, en todo caso, de la codificación y desarrollo de las normas generales que forman la arquitectura básica del Derecho

Internacional, garantes de su unidad. Así, la *formación y aplicación del Derecho Internacional* (actos unilaterales, Derecho de los Tratados, responsabilidad internacional), *sucesión de Estados, relaciones interestatales* (relaciones e inmunidades diplomáticas y consulares, misiones especiales), *la dimensión personal de la soberanía* (expulsión de extranjeros y protección diplomática), el *derecho del mar* (en una primera etapa)...

A través de su Comisión de Asuntos Jurídicos (VI Comisión), la Asamblea General selecciona y establece el orden de prelación de los temas por codificar y el órgano que asumirá su preparación (creándolo de ser preciso), sirve de correa de transmisión con los gobiernos de los Estados miembros, de los que recibe sus comentarios y observaciones que remite al órgano en cuestión, correspondiéndole asimismo el examen de los programas e informes de los órganos codificadores, dando todo ello lugar a una suerte de *diálogo* a lo largo de la elaboración del proyecto que, a la postre, es el que marca su devenir. Pero donde de forma más elocuente se manifiesta su poder es en la decisión sobre el curso a seguir por un proyecto definitivo (siguiendo o no lo recomendado por el órgano en cuestión).

Así, la Asamblea puede: 1) *rechazar* el proyecto; 2) *tomar nota* del mismo y diferirlo, sin expresar aprobación o desaprobación; 3) *aprobarlo* bajo la forma de Declaración (cuyo texto figura como anexo de una resolución de la Asamblea); 4) *acordar* que se inicie la formación de un tratado sobre la base del proyecto, ya sea en el seno del mismo plenario o en el de una Conferencia de plenipotenciarios convocada al efecto.

Que el proyecto preparado por los órganos codificadores obtenga el beneplácito de la Asamblea para ser negociado y, eventualmente, adoptado en un foro político-diplomático puede ya considerarse un primer e importante éxito de la labor de codificación. En todo caso, se alcance o no este objetivo, el proceso seguido en la gestación del proyecto, sirviéndose de la legislación y la práctica nacionales, de la jurisprudencia internacional en los planos universal y regional (e interna, de ser el caso) y de la doctrina, amén del diálogo mantenido con los Gobiernos, tiene en sí mismo efectos muy positivos en la expresión y/o formación de normas consuetudinarias.

Interesa destacar el efecto expansivo que la gestación del tratado en un foro universal puede tener en la formación consuetudinaria de normas generales. En su *negociación* participa un amplio número de Estados y su *adopción* ha de contar con un apoyo sustancial, resultante de la aplicación de la regla de los dos tercios (art. 9.2 de la CV) o del consenso (según una práctica extendida).

En tanto que instrumentos convencionales estos tratados, una vez en vigor, sólo obligan —por mor de su consabido efecto relativo— a los Estados partes, siendo en este punto su suerte muy desigual. Los hay que, en efecto, revisten la *autoridad de una autentica codificación* en la medida en que han logrado una participación prácticamente universal. Superan ampliamente el centenar de Estados partes las Convenciones sobre Relaciones diplomáticas (1961) y sobre Relaciones consulares (1963), así como la inmensa mayoría de tratados sobre

derechos humanos auspiciados por la ONU y los Convenios de Ginebra (1949) en materia de Derecho Internacional humanitario, bajo la guarda del Comité Internacional de la Cruz Roja. La misma Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) rebasa los cien Estados partes.

Otros tratados, en cambio, sólo cuentan con un número reducido de partes o, lo que es peor, después de muchos años de espera no han alcanzado aún el número mínimo de contratantes exigido para su entrada en vigor. Pero incluso en estas circunstancias, la obra codificadora no es baldía. Su éxito no depende exclusivamente de la ventura de tratados cuya entrada en vigor y entre el mayor número de Estados es, sin lugar a dudas, deseable (por eso periódicamente se realizan campañas para ampliar el círculo de contratantes). El proceso que conduce a los tratado produce por sí solo efectos muy positivos en la *expresión* y *formación* de normas consuetudinarias. Así, por ejemplo, el escaso número de partes en la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados (1978) no fue óbice para que la Corte Internacional de Justicia (*Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997) viera reflejada en su artículo 12 (sobre regímenes territoriales no afectados por la sucesión) una norma consuetudinaria, de aplicación general.

Se comprenderá, por tanto, que si a la labor preparatoria de los órganos codificadores unimos la del proceso de elaboración del tratado en un contexto multilateral en el que todos los Estados —y, paralelamente, otros sujetos y actores— tienen la oportunidad de expresar sus puntos de vista sobre los principios y normas jurídicas que deben regir las relaciones en un ámbito determinado, se contará con una inmejorable fuente de información para descubrir si la regla convencional se formuló de *lege lata*, se trata de una norma *in status nascendi* o se propone de *lege ferenda*.

142. Tratado y costumbre: la interacción

Según una formulación ya clásica, reconocida y reiteradamente evocada por la jurisprudencia (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969; *Competencia en materia de pesquerías*, 1973; *Nicaragua*, 1986; *Armas nucleares*, 1996; *Gabčíkovo-Nagymaros*, 1997; *Muro*, 2004), la regla convencional puede tener un efecto: 1) *declarativo*, 2) *cristalizador*, ó 3) *generativo* de normas consuetudinarias, con independencia de la entrada en vigor del tratado y, eventualmente, obligarán a Estados no partes en él.

La dificultad estriba, no obstante, en localizar estos efectos en cada caso, debido a, entre otros motivos: 1) el solapamiento, ya mencionado, de codificación y desarrollo progresivo, entre lo que es expresión de normas consuetudinarias y lo que entra en el terreno de su formación; y 2) la necesidad de ponderar una pluralidad de factores que van abriéndose en círculos concéntricos según el efecto pretendido. Así, la redacción de la disposición y el proceso conducente a su gestación (proyectos e informes de los órganos codificadores, sus revisio-

nes o retoques a resultas de las observaciones de los Estados, debates de éstos durante la negociación del texto, votaciones, sentido y explicación del voto, número y calidad de sujetos que apoyaron su adopción y lo autentificaron...); pero también, y muy especialmente cuando se trata de afirmar la *generación* de una norma consuetudinaria, los pasos posteriores del proceso de conclusión del tratado (manifestaciones del consentimiento, declaraciones y reservas, entrada en vigor...), así como la práctica ulterior —y de quiénes— conforme con la regla convencional. La ponderación de estos factores es más exigente: a) cuando se trata, no ya —o no sólo— de determinar la existencia y contenido de la norma consuetudinaria, sino su oponibilidad a un sujeto en particular; y, b) cuando la regla convencional se dirige a la derogación de una costumbre preexistente.

1) *La declaración de la norma*

Una regla convencional tiene un efecto *declarativo* cuando, *ab initio*, es la expresión formal y cierta de normas consuetudinarias preexistentes. Mediante su formulación escrita el tratado hace una auténtica labor de codificación, contribuyendo a constatar la existencia de la norma general y fijar su contenido. Más aún, la regla escrita puede declarar una norma general y, al mismo tiempo, servir de arranque para ulteriores desarrollos generativos de normas más completas. Así lo afirmó de manera taxativa la Corte en el *caso Nicaragua* (1986), al reconocer que determinados principios de la Carta de Naciones Unidas (en el ámbito del uso de la fuerza) y de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional humanitario son, en ciertos aspectos, la expresión de normas consuetudinarias, mientras que en otros han sido el germen para su desarrollo progresivo.

Excepcionalmente puede ocurrir que el propio tratado exprese el carácter *declarativo* de sus disposiciones o de algunas de ellas. Así, puede leerse en el preámbulo del Convenio de Ginebra sobre la alta mar (1958) que los Estados partes, *deseando codificar* las normas existentes, *reconocen* “las disposiciones siguientes como *declarativas* en términos generales de los principios establecidos en Derecho Internacional”. Habitualmente habrá que contentarse con que el tratado, al establecer su ámbito de aplicación, deje expresamente a salvo los preceptos obligatorios en virtud del Derecho Internacional *con independencia de su incorporación al tratado* (como, por ej., se lee en los arts. 3.b y 4 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), advirtiendo de esta manera sobre la posible inclusión en su texto de reglas declarativas, aunque no diga cuales, siendo el órgano de aplicación el que tendrá que buscarlas como un sabueso, olfateando una serie de índices aportados, sobre todo, por los trabajos preparatorios.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia abunda en afirmaciones del efecto declarativo de los tratados multilaterales generales y se ha servido de él en numerosas ocasiones. Ciñéndonos a la Convención de Viena sobre

Derecho de los Tratados la Corte invocó el efecto declarativo de algunas de sus disposiciones, tanto antes de su entrada en vigor (*Namibia*, 1971; *Consejo de la OACI*, 1972; *Competencia en materia de pesquerías*, 1973; *Interpretación del acuerdo entre la OMS y Egipto*, 1980), como después (*Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997; *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002), con independencia de la situación al respecto de los Estados implicados en la controversia. Tratándose de las reglas sobre interpretación de los tratados este carácter se ha reiterado una y otra vez (*Controversia territorial* entre El Salvador y Honduras, 1992; *Controversia territorial* (Libia/Chad), 1994; *Plataformas petrolíferas*, 1996; *Isla Kasikili / Sedudu*, 1999; *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002; *Avena*, 2004; *Muro*, 2004).

Efecto declarativo ha atribuido la Corte incluso, a proyectos de artículos de la CDI, como el relativo a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980; *Nicaragua*, 1986; *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997; *Muro*, 2004).

2) *La cristalización de la norma*

La gestación de una norma consuetudinaria puede desarrollarse al tiempo que el proceso de elaboración de la regla convencional, de suerte que, con la adopción del texto —y aun antes— se produce su nacimiento, que el tratado viene a certificar. En este caso, se dice que el tratado tiene un efecto *cristalizador* de una norma general, hasta entonces en vías de formación (*in status nascendi*).

El supuesto no es infrecuente. El proceso de codificación *lato sensu* facilita la identificación de los elementos de la costumbre —práctica y *opinio iuris*—, acelerando su formación, perfilando su contenido y ámbito de aplicación, contribuyendo, en suma, a limar las prácticas divergentes mediante la consagración de la norma en un texto escrito. Pero este efecto no se produce fácilmente y, de nuevo, hemos de preguntarnos qué índices guiarán al órgano de aplicación para verificar la existencia de una norma *cristalizada* por efecto del tratado.

La Corte Internacional de Justicia ofreció una guía cuando, en los asuntos de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969), analizó por primera vez con detenimiento la acción de un tratado en la formación de una norma consuetudinaria y tuvo el acierto de señalar qué reglas no podían liberar tal efecto: 1) las que, en atención a la génesis del precepto invocado, hubieran sido propuestas por el órgano codificador “con mucha vacilación, a título más bien experimental y todo lo más de *lege ferenda*, no ciertamente a título de *lege lata*, ni siquiera a título de Derecho Internacional consuetudinario en vías de formación”; y 2) las susceptibles de *reservas* en virtud de una cláusula que las autoriza, lo que sería

una “confirmación significativa” de la conclusión precedente. Al hablar de *crystalización*, hablamos de una norma que para existir necesita el soplo vivificador de la regla convencional, y no parece que esté en condiciones de darlo la regla *reservable*. Esta consideración fue criticada, sin embargo, en las opiniones disidentes de algunos jueces, así como por una parte de la doctrina (v. par. 211).

Así pues, los trabajos preparatorios vuelven a ser decisivos. La revisión del Derecho del Mar en la III Conferencia de las Naciones Unidas ofreció buenos ejemplos de *crystalización* de normas consuetudinarias, contrastados por la Corte Internacional de Justicia (*Plataforma continental*, Libia/Túnez, 1982; *Golfo del Maine*, 1984; *Plataforma continental* (Libia/Malta), 1985; v. tb. s. arbitral sobre la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau*, 1985...).

3) *La generación de la norma*

Una regla convencional tiene un efecto *generativo* cuando es el punto de partida de una norma consuetudinaria conforme con su contenido. En este caso, el tratado aparece en el momento de su adopción con una propuesta de nueva norma que no expresa costumbre preexistente (efecto *declarativo*), ni tan siquiera en vías de formación (efecto *crystalizador*), pero que, sin embargo, es capaz de provocar y originar una práctica generalmente aceptada como Derecho, que se desarrolla a partir *de y bajo* la influencia del texto escrito, que desempeña una función de convocatoria, de incitación a un genuino desarrollo progresivo de una norma general.

La posibilidad de que una regla puramente convencional en su origen se transforme en una norma consuetudinaria ha sido expresamente reconocida, con carácter general, por el artículo 38 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, así como por la jurisprudencia (así, por ej., CIJ, *Armas nucleares*, 1996; *Muro*, 2004).

No obstante, *factibilidad* no es *facilidad*. Situada en el *punto alfa* de la formación de una norma consuetudinaria, la regla convencional abre una expectativa realizable sólo a partir de ciertas condiciones. El criterio de la Corte Internacional de Justicia en los asuntos de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) vuelve a ser ilustrativo:

- 1) Es preciso, ante todo, que la regla convencional tenga “virtualmente un carácter *fundamentalmente normativo*”, esto es, un contenido *directamente operativo* capaz de constituir la base de una obligación abstracta y general, potencialmente apta para ser aplicada en condiciones de igualdad. Este carácter ha de apreciarse dentro de la economía general del texto y el contexto del tratado, pues su aspiración normativa puede verse frustrada si se encuentra subordinada a otra, está sujeta a condición o es susceptible de reservas, luego formuladas.

- 2) El carácter fundamentalmente normativo de la regla convencional, siendo necesario, no es suficiente, pues a continuación ha de verificarse la efectiva generación —a partir de dicha regla— de los elementos constitutivos de la costumbre (práctica y *opinio iuris*), para cuya determinación la Corte propone dos criterios alternativos: a) una *participación muy amplia y representativa* en el Convenio, siempre que comprenda a los Estados particularmente interesados; o, b) una *práctica frecuente y uniforme* con el sentido de la regla invocada, incluida asimismo la de los Estados particularmente interesados —partes y no partes en el tratado—, impulsada por la convicción de actuar conforme a Derecho.

Lo primero ayuda, lo segundo es decisivo. Es cierto que cuantos más Estados y más *cualificados* consientan el tratado tanto más se estimulará el nacimiento de una norma general paralela (v. CIJ, *Armas nucleares*, 1996). Pero el *test* concluyente es el de la práctica realizada con la convicción de su obligatoriedad jurídica gestada fuera del círculo subjetivo del tratado, es decir, con inclusión de sujetos no partes en el mismo.

143. Tratado y costumbre: la independencia

Que una regla convencional sea la *expresión* de una norma general, logre su *cristalización* o sirva para *generarla*, no priva a ésta de su individualidad e independencia como fuente de obligaciones. Ha de quedar claro, por consiguiente, que el Derecho Internacional consuetudinario continúa *existiendo y aplicándose* independientemente de los tratados, incluso cuando su contenido es idéntico y el objeto del tratado fue atender a la codificación y desarrollo progresivo de normas generales.

El Derecho Internacional consuetudinario tiene vida y fuerza de obligar propia, rige las relaciones que implican a sujetos no partes en los tratados y, en cuanto a las relaciones entre las partes, las normas consuetudinarias no desaparecen, sino que coexisten con las reglas convencionales, de suerte que las partes vendrán obligadas por un doble y autónomo concepto: convencional y consuetudinario. La regla convencional vendría a ser una segunda piel de la norma general. La observación no es retórica, pues ello es justamente lo que permite al tratado sortear su consabido efecto relativo.

Si por cualquier circunstancia la aplicación de la regla convencional decae, quienes la venían aplicando no se verán por ello eximidos de observar la norma consuetudinaria. El artículo 43 de la Convención de Viena lo recuerda con toda claridad: “La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de su aplicación, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese tratado”.

Otros tratados multilaterales generales de codificación y desarrollo progresivo disponen en consecuencia que su denuncia no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones por las que las partes estén vinculadas en virtud de los principios de Derecho Internacional general en ellos reflejados (así, los convenios de Ginebra (1949), I, art. 63; II, art. 62; III, art. 142 y IV, art. 158) (v. par. 559).

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia lo confirma. En el asunto sobre el *Personal diplomático de los Estados Unidos en Teherán* (1980), la Corte afirmó que las obligaciones que incumbían a Irán en materia de relaciones diplomáticas y consulares, no sólo eran de carácter convencional, derivadas de su condición de Estado parte en las Convenciones de 1961 y 1963, sino que también le correspondían como obligaciones de Derecho Internacional general.

Fue, no obstante, el caso *Nicaragua* (1986) el que permitió a la Corte fijar su posición de manera más amplia e inequívoca. Según Estados Unidos la Corte no disponía procesalmente de normas aplicables al fondo del asunto y no podía, en consecuencia, dictar sentencia, porque lo impedía una reserva —añadida a su declaración de aceptación de la jurisdicción— excluyendo las diferencias que implicaran la interpretación de tratados multilaterales, a menos que todos los Estados interesados fueran partes en el procedimiento. Según Estados Unidos eso afectaba no sólo a las Cartas de Naciones Unidas (art. 2.4) y de la OEA (arts. 18 y 20), invocadas por Nicaragua, sino también a las normas consuetudinarias reflejadas en tales instrumentos, en la medida en que las subsumían y precluían toda posibilidad de coexistencia independiente.

Descartando esta conclusión, la Corte afirmó de manera taxativa la *independencia* de las fuentes y la *impermeabilidad* de las normas consuetudinarias a la reserva de Estados Unidos, razón por la cual la neutralización de las Cartas de las Naciones Unidas y de la OEA como Derecho aplicable al caso no se extendía a las otras fuentes del Derecho Internacional cuya aplicación prescribía el artículo 38 del Estatuto de la Corte.

Posteriores pronunciamientos confirman el doble carácter de las normas generales. En su sentencia sobre las *Actividades armadas en el Congo* (RD del Congo c. Ruanda, 2006) la Corte afirmó (reiterando lo dicho en el asunto sobre el *Genocidio en Bosnia*, 1996) que: “los principios que constituyen la base de la convención [sobre genocidio] son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados independientemente de todo vínculo convencional”.

144. Las resoluciones de la Asamblea General

La Asamblea General no ha sido investida con poderes legislativos y, en este sentido sus resoluciones (a salvo las relativas a la estructura y funcionamiento interno de la Organización) son meras *recomendaciones* (v. par. 129). Pero eso no impide que desplieguen efectos similares a los descritos para los tratados multilaterales generales en las sucesivas etapas de formación de normas con-

suetudinarias: *declarativos*, *cristalizadores* y *generativos*. Así lo ha reconocido de manera reiterada la jurisprudencia, arbitral (*Texaco-Calasiatic*, 1977) y de la Corte Internacional de Justicia (*Nicaragua*, 1986; *Armas nucleares*, 1996; *Muro*, 2004).

Estamos ante un órgano plenario de naturaleza política, en el que tienen voz y voto los representantes de la práctica totalidad de Estados que componen la sociedad internacional actual (amén de la participación de otros actores con *status* diverso), con competencias generales que pueden cubrir cualquier asunto o cuestión dentro de los amplios márgenes constitucionales de la Carta (arts. 10 a 14) y, entre ellas, la específica de impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación (art. 13.1.a). ¿Qué más puede pedirse para afirmar que la Asamblea General es un excelente receptáculo de opiniones políticas y crisol de una voluntad colectiva sobre los principios y normas que rigen o han de regir las relaciones internacionales? De ahí que la Corte haya afirmado que: “las resoluciones de la Asamblea General, aunque no sean vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proveer una importante evidencia para establecer la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*” (*Armas nucleares*, 1996).

Ha de entenderse, por consiguiente, que una resolución de la Asamblea puede ser la expresión o contribuir a la formación de una norma consuetudinaria y, al mismo tiempo, constituir la prueba del estado de cualquiera de sus elementos constitutivos: práctica y *opinio iuris*, pues no cabe duda que la Asamblea es un excelente termómetro que permite, rápida y eficazmente, la medición de ambos. Lo que de nuevo nos lleva a corroborar los cambios operados en los métodos de prueba de la costumbre internacional.

A la hora de apreciar el valor jurídico de una resolución de la Asamblea ha de tenerse en cuenta un número abierto de factores (naturaleza y contenido, método de elaboración, apoyo recibido en el momento de su adopción, práctica precedente y subsiguiente...), que influyen en mayor o menor medida según el efecto pretendido (CIJ, *Armas nucleares*, 1996).

Se trata, sustancialmente, de considerar si la resolución —o partes de ella— tiene un contenido normativo, esto es, que se ha gestado con la intención de enunciar principios jurídicos de alcance abstracto y general, y no meramente políticos, intención cuya verificación depende, cuando no es expresa, del *tenor de la resolución* y de las *circunstancias que rodearon su elaboración*. El examen de los *trabajos preparatorios* vuelve a ser aquí imprescindible.

Significativamente, en Naciones Unidas se ha ido asentando la práctica de etiquetar como *Declaraciones* las resoluciones de la Asamblea que, con carácter formal y solemne, enuncian *principios de grande y duradera importancia*, creando en el órgano que las adopta una *fuerte expectativa de que serán cumplidas por los miembros de la comunidad internacional*. En la medida en que tal expectativa se vea satisfecha una resolución puede llegar a ser reconocida como enunciando reglas obligatorias para los Estados en virtud de la costumbre.

Además, este tipo de *resoluciones-declaraciones*, aunque adoptadas por el procedimiento habitual de toma de decisiones de la Asamblea (art. 18 de la Carta), se somete a las mismas o similares técnicas preliminares de la elaboración de los tratados multilaterales generales, es decir, que de su proyecto se encarga un órgano —normalmente de naturaleza política— inscrito en el entramado de codificación y desarrollo progresivo de Naciones Unidas. Siguiendo este método se han adoptado *declaraciones* sobre las más diversas materias. Mencionaremos, por su especial significación la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (res. 217-III, 1948); la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res. 1514-XV, 1960); la *Declaración relativa a la soberanía permanente sobre los recursos naturales* (res. 1803-XVII, 1962); la *Declaración de principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (res. 1962-XVIII, 1963); la *Declaración sobre los principios que rigen el fondo de los mares y océanos, así como su subsuelo, más allá de los límites de la jurisdicción nacional* (res. 2749-XXV, 1970); la muy importante *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados* (res. 2625-XXV, 1970); la *Declaración que define la agresión* (res. 3314-XXIX, 1974)...

Supuesta la naturaleza fundamentalmente normativa de una resolución —se llame o no declaración— las condiciones de su adopción configuran el segundo factor a tener en cuenta. El apoyo recibido por la resolución en el momento de su adopción es esencial para valorar su autoridad y posible influencia. Cuando la resolución es adoptada por unanimidad, por consenso e, incluso, por más de los dos tercios (requeridos por la Carta para las cuestiones importantes, art. 18.2), siempre que esa mayoría sea suficientemente *representativa*, se creará una expectativa fundada de que lo aprobado posee relevancia jurídica.

No basta con que la resolución pretenda enunciar principios jurídicos y goce de apoyo general. Condición necesaria y complementaria es que una práctica generalmente aceptada como Derecho se haya gestado o geste, también, fuera del marco institucionalizado de la Organización, esto es, en las relaciones interestatales, *test* mediante el que se comprueba, observa la Corte, que “existe una *opinio iuris* en relación con su carácter normativo” (*Armas nucleares*, 1996). Esta condición, importante desde luego cuando la resolución pretende enunciar Derecho vigente o en vías de formación, es decisiva cuando la resolución se presenta como una propuesta de *lege ferenda*.

Hay resoluciones cuyo efecto es *declarativo* de normas generales preexistentes, sirviendo así, como las reglas convencionales estrictamente codificadoras, para precisar el sentido de la práctica y la *opinio iuris*. Si de los términos de la resolución se infiere claramente su intención de expresar Derecho vigente, y su adopción contó con el asentimiento general, existirá una *fuerte* presunción a favor de que su texto enuncia correctamente la norma general.

Un amplio o cualitativamente importante número de votos negativos y/o abstenciones, *debilita* el pretendido efecto declarativo de la resolución. Lamentablemente, a esta conclusión llegó la Corte en su opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el uso de *Armas nucleares* por un Estado en un conflicto armado (1996) respecto de la *Declaración sobre la prohibición del uso de las armas nucleares y termonucleares* (res. 1653-XVI, de 1961, reiterada regularmente en años posteriores), por considerar que estas resoluciones “han sido adoptadas con un número no despreciable de votos negativos y abstenciones” y si bien revelan la manifestación clara de una profunda inquietud de la comunidad internacional acerca del problema que representa el recurso a las armas de destrucción en masa, “todavía no establecen la existencia de una *opinio iuris* en cuanto a la ilicitud del empleo de estas armas”. En la citada resolución (1653-XVI) la Asamblea General declaraba que el uso de las armas nucleares “es contrario al espíritu, a la letra y a los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, constituye una violación directa de la misma”, considerando a continuación que todo Estado que las utilice “comete un crimen contra la Humanidad y contra la civilización”.

La adopción por la Asamblea de una resolución —o de una serie de resoluciones con un mismo objeto— puede conducir a la *cristalización* de una norma consuetudinaria *in statu nascendi*. Entre los ejemplos es bien conocido el de la *Declaración de principios jurídicos que rigen las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (res. 1962 (XVIII), de 1963), adoptada por unanimidad, a la que se atribuyó un efecto *cristalizador* de los principios jurídicos que debían regir las actividades de los Estados, iniciadas en los años inmediatamente anteriores (1957), en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre.

La rapidez con que los miembros de la sociedad internacional pueden asumir los principios enunciados en una determinada resolución como parte del Derecho vigente condujo a afirmar a algunos autores que nos encontrábamos ante *costumbres instantáneas*, cuyo único soporte era el elemento espiritual: la *opinio iuris communis*, manifestada en el momento de la adopción de la resolución. Las consecuencias eran obvias. Al desaparecer la *práctica* del esqueleto de la costumbre la Asamblea General se convertía en un órgano *cuasilegislativo*.

En realidad, la situación es otra. El transcurso del *tiempo* en la formación de la norma consuetudinaria es un mero instrumento para la identificación de sus elementos constitutivos y no cabe duda de que la Asamblea General, como las Conferencias de codificación, son foros universales que permiten una rápida catalización de tales elementos. Como ya hemos apuntado, la necesidad social de regular nuevas áreas, abiertas a la actividad humana por el avance tecnológico, es otro factor de estímulo de la *aceleración* en la formación de normas consuetudinarias. La *generalidad* de la práctica, por su parte, debe entenderse en sentido relativo, referida en cada sector a la actividad de los Estados particularmente interesados que están en condiciones de cooperar en su gestación. Todos estos

factores confluían en el ejemplo referido, haciendo posible que, en menos de una década, la práctica de sólo dos Estados (la Unión Soviética y Estados Unidos), unida a la *opinio iuris* del resto de los miembros de la comunidad internacional, *acelerara* la formación y consolidación de una norma consuetudinaria, que era necesaria. Posteriormente, para la implementación de los principios enunciados en la Declaración de 1962 se adoptó el Tratado General del Espacio (1967), al que siguieron otros concernientes a aspectos particulares de las actividades espaciales.

Finalmente, una resolución de la Asamblea que contenga principios jurídicos nuevos en el momento de su adopción puede llegar a ser la base o suscitar el nacimiento de una práctica generalmente aceptada como derecho. Si es así, su efecto es *generativo*. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (aneja a la res. 317-III, de 1948) es el mejor de los ejemplos (v. par. 535). Inicialmente concebidos los derechos que en ella se enuncian como “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, hoy son universalmente reconocidos como Derecho Internacional general y hay incluso Constituciones estatales (como la española de 1978, art. 10.2) que la han incorporado como faro alejandrino en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce.

La *generación* de normas consuetudinarias a partir del texto de una resolución —o de una serie de ellas— ha sido contrastada por la Corte Internacional de Justicia para, por ejemplo, determinar sobre la base de los principios establecidos por la Asamblea en la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (res. 1514-XV, y las resoluciones que fueron su consecuencia), las normas generales rectoras del proceso de descolonización (CIJ, *Namibia*, 1971; *Sahara Occidental*; 1975; *Timor Oriental*, 1995; *Muro*, 2004).

Ahora bien, como ocurría con las reglas convencionales, el análisis de los factores determinantes del valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea se hace más complejo cuando de la *expresión* de la norma preexistente y la *crystalización* de la que se encuentra en vías de formación pasamos a enhebrarlas en la trama configuradora de una norma nueva.

Es doctrina extendida, y así lo hemos reiterado, que las resoluciones de la Asamblea pueden ser prueba y/o coadyuvar a la formación de cualquiera de los elementos constitutivos de la costumbre: práctica y *opinio iuris*. Por lo que respecta al elemento material, los votos favorables a una resolución constituyen precedentes que contribuyen a su formación. Pero es en el elemento psicológico en el que las resoluciones de la Asamblea concentran su mayor virtualidad. Un amplio y sólido apoyo a una resolución que incorpora nuevos principios y normas jurídicas constituirá el mejor y más rápido exponente del consenso de los miembros de la sociedad internacional sobre la *opinio iuris*.

Sin embargo, esto no basta para que los enunciados de *lege ferenda* se incorporen sin más a la *lex lata*. La resolución abre, en efecto, la expectativa de la

formación de la norma mediante una rápida síntesis de la *opinio iuris* pero, al igual que acontece con las reglas convencionales de desarrollo progresivo, de la práctica no puede prescindirse. Los actos materiales de los Estados conformes con lo dispuesto en la resolución son imprescindibles para que el *valor normativo* incoado se transforme en norma. Cosa distinta es que la importancia relativa de esta práctica disminuya una vez que, gracias a la resolución —o resoluciones— de la Asamblea, la *opinio iuris*, que antes debía extraerse del análisis individualizado de los comportamientos de los Estados, se entienda decantada al trasluz de un texto escrito y formal.

Con frecuencia, la Asamblea General realiza a través de sus resoluciones una suerte de convocatoria, estimulante, en cierto modo agitadora, en torno a un programa *legislativo* que recoge los postulados y principios inspiradores del Derecho por venir. Dentro de este marco de actuación, la reiteración de resoluciones con un mismo objeto —mediatizadas a veces por la opinión pública en aspectos que tocan su fibra sensible, como la protección del medio ambiente y de los derechos humanos, en particular— pueden ir minando las reticencias de los Estados de cara a la necesidad de desarrollo y conformación de nuevas normas generales. “Una serie de resoluciones”, ha observado la Corte Internacional de Justicia, “puede mostrar la evolución gradual de la *opinio iuris* requerida para el establecimiento de una nueva norma” (*Armas nucleares*, 1996).

XXXV. NORMAS IMPERATIVAS DE DERECHO INTERNACIONAL

145. *¿Una cuestión de fe?*

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

Sin embargo, no respondería a una actitud realista apoyada en fundamentos morales azuzar el descreimiento y sus corolarios pesimistas sobre la existencia de normas generales necesarias, absolutamente obligatorias, de Derecho Internacional, y ello por, al menos, dos razones: 1) porque conduciría a la desintegración del Derecho Internacional en un conjunto de sistemas *regionales* o *particulares* separados cuyas relaciones responderían a estados intermedios entre la paz y la guerra; y 2) porque su sentido involutivo se produciría a expensas de los más débiles. No en balde los países en desarrollo —sin hacer profesión de

iusnaturalismo— vieron en esas normas —*ius cogens*— un escudo frente a las realidades del poder y, a pesar de ser un límite al *relativismo* predicado del Derecho Internacional (v. par. 4), no lo han considerado incompatible con la celosa defensa de su soberanía.

La idea de un *ius cogens* internacional ha despegado del debate doctrinal para aterrizar en la práctica de los Estados, que lo invocan reiteradamente, en los procesos de codificación y desarrollo progresivo de los sectores vertebrales del Derecho Internacional y en la jurisprudencia. La cuestión fundamental, una vez que hemos descubierto la cáscara, está en verificar su sustancia. Se trata de un proceso en el que apenas se están colocando las primeras marcas y cuyo remate no está garantizado.

146. Obligaciones 'erga omnes' y normas imperativas

Literalmente, el carácter *erga omnes* de una obligación precisa su ámbito personal de aplicación, no su jerarquía. Son *erga omnes* las obligaciones que se tienen frente a *todos* los demás sujetos y, en este sentido, lo son todas las del Derecho Internacional general, de formación consuetudinaria, pero no pueden serlo las de los tratados, *inter partes*, circunscritas al círculo de sujetos que las han consentido. La invocación de una regla convencional para ilustrar una obligación *erga omnes* sólo se justifica cuando un tratado se ha inmiscuido en la formación de una norma consuetudinaria, codificándola o facilitando un proceso luego consumado. En definitiva, no sería el tratado, sino la costumbre que el tratado declara, cristaliza o ha impulsado, la que originaría tales efectos. Así, por ejemplo, el derecho de paso inocente por el mar territorial de los barcos mercantes extranjeros es una obligación que el ribereño ha de respetar *erga omnes*, en virtud de una norma consuetudinaria codificada por la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (1958) y por la CONVEMAR (1982) (v. par. 392).

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

Esta aproximación nos conduce directamente al núcleo del concepto subyacente al carácter *erga omnes* de una obligación. Si una obligación se tiene frente a *todos* y ha de cumplirse en *todo caso*, la causa ha de ser su gran importancia para el común, su vinculación con valores y objetivos fundamentales de la sociedad internacional. De ahí su estrecha relación con las normas imperativas,

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

El hecho de que a menudo se hayan traído a colación supuestos de normas imperativas (a las que no se quería aún calificar de tales) para afirmar su condición de obligaciones *erga omnes*, ha podido ser en el pasado fuente de la confusión de ambos conceptos, tanto monta, monta tanto. En el asunto de la *Barcelona Traction* (1970), en un *obiter dictum* que se hizo célebre, la Corte Internacional de Justicia utilizó como ejemplos significativos de obligaciones *erga omnes* “el hecho de haber sido puestos fuera de la ley los actos de agresión y el genocidio, pero también los principios y normas que conciernen a los derechos fundamentales de la persona humana, en especial la práctica de la esclavitud y la discriminación racial”. En el asunto de *Timor Oriental* (1995) la Corte consideró “irreprochable” el carácter *erga omnes* del derecho de libre determinación de los pueblos, carácter que reiteró para la prohibición del genocidio en el asunto del *Genocidio en Bosnia* (1996). Aunque en estos casos la Corte se abstuvo de etiquetar como imperativas las normas que incorporan tales obligaciones, todos los ejemplos se refieren, según observó la CDI en el informe que acompaña al proyecto final de artículos sobre *la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* (2001), a “obligaciones que, según se acepta generalmente, dimanen de normas imperativas de Derecho Internacional general”.

Una referencia implícita a estas normas podía encontrarse, además, en la importante sentencia de la Corte en el caso *Nicaragua* (1986) donde se califican de *fundamentales o esenciales* para las relaciones internacionales toda una serie de principios, en particular el que prohíbe la agresión.

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

Finalmente, en su opinión consultiva sobre la conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de *Kosovo* (2010), la Corte ha advertido que el Consejo de Seguridad ha condenado ciertas declaraciones de independencia (Rodesia del Sur, RT del Norte de Chipre, República *Srpska*), no por su carácter unilateral sino por el hecho de estar unidas a un recurso ilícito a la fuerza o a otras violaciones graves de normas de Derecho internacional general “en particular de naturaleza imperativa (*ius cogens*).

147. Formación e identificación de las normas imperativas

En el curso de los trabajos preparatorios de la codificación del Derecho de los Tratados los miembros de la CDI se refirieron numerosas veces a la *conciencia universal* o *general* y a la *conciencia jurídica de los Estados* cuando se preguntó por el proceso de formación e identificación de las normas imperativas; pero, a la postre, la Comisión no quiso pronunciarse, como tampoco quiso (o no pudo) ofrecer ejemplo alguno de norma imperativa en el texto articulado (porque, como observó M. Bartos, dos tercios de los miembros se opusieron a todas las formulaciones propuestas), aunque sí lo hizo en sus comentarios, al considerar que serían tratados incompatibles con el *ius cogens* aquellos cuyo objeto fuera el uso ilícito de la fuerza con violación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la trata de esclavos, la piratería, el genocidio, la violación de derechos humanos, de la igualdad de los Estados y de la libre determinación, así como la ejecución de cualquier otro acto delictivo en Derecho Internacional (proyecto de arts., 1966). Posteriormente, al preparar la codificación de las normas aplicables a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, la CDI vivió una experiencia similar (proyecto de arts. 2001, arts. 26, 40).

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

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

Sin llegar al voluntarismo reforzado de la tesis de la *proclamación*, hubo quienes, como Francia, propusieron someter la formación e identificación de las normas imperativas al consentimiento de cada Estado, de manera que no fuesen oponibles a los Estados que probasen que no las habían aceptado expresamente como tales.

La propuesta carecía de lógica. Si el *ius cogens* es precisamente un límite a la voluntad de los Estados no cabe pretender que cada cual decida que no es imperativo para él lo que para los demás sí lo es. Esta fue la idea que se abrió camino en la Conferencia y quedó reflejada en el artículo 53 de la Convención: son im-

perativas las normas aceptadas y reconocidas por la *comunidad internacional de los Estados en su conjunto* como normas que no admiten acuerdo en contrario (y sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter).

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

El *ius cogens* no sólo impone un límite a la libertad de los Estados en la concertación de sus obligaciones jurídicas, sino que además escapa a la voluntad de cada Estado en singular la calificación de una norma como imperativa. Normas de las que un Estado pretende zafarse pasarían a obligarlo de ser consideradas imperativas por la comunidad internacional *en su conjunto*, aunque ese Estado, opuesto a la norma como tal, no lo fuera menos a su carácter imperativo.

Se trata de un paso adelante en un territorio todavía mal cartografiado. La *comunidad internacional en su conjunto* no está aún debidamente institucionalizada y ninguna Organización, ni siquiera la ONU, posee la competencia necesaria para, en su nombre, decidir qué normas son imperativas. Aplicando a la comunidad internacional la razonable ordenación de las criaturas de la granja *orwelliana*, donde todos los animales eran iguales, pero unos —los cerdos— más iguales que otros, cabe proponer el protagonismo, a los efectos que aquí se persiguen, de las grandes potencias (los más *poderosos*) y las grandes mayorías (los más *numerosos*) dentro de los grupos geográfico-políticos que componen los Estados, en especial los que se han hecho con su liderazgo. A la postre se llega al reconocimiento de la norma imperativa a través del *consenso*, con su sofocado tufo oligárquico, a costa eventualmente de Estados medianos y pequeños desplazados. La estructura de la sociedad internacional, de momento, no da más de sí.

148. Las normas imperativas de nuestro tiempo

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

más *poderosos* y los más *numerosos*), al consensuar en diferentes y sucesivas declaraciones solemnes sobre los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas un listado de *principios fundamentales* del Derecho Internacional que han de regir sus relaciones.

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

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

Se trata, en definitiva, en los términos empleados por la CDI, de “aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales” (proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, comentario art. 40).

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

Hay normas imperativas y brillan en las alturas. Conocemos sus consecuencias más elementales en el ordenamiento jurídico: las disposiciones contrarias

al *ius cogens* son nulas o terminan (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, arts. 53 y 64) (v. par. 224, 232); los actos que las infringen agravan la responsabilidad internacional del Estado al que se atribuyen (CDI, proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, arts. 26 y 40) (v. par. 318). Lo que falla hasta ahora es el camino entre los enunciados normativos abstractos y su explotación en el caso concreto: hay que *descender*, en primer lugar, de los principios *primarios* a los *secundarios*, limando los riesgos de las dobles lecturas y los usos alternativos; hay que resolver las contradicciones en la aplicación de los principios fundamentales; hay que articular, en fin, mecanismos capaces de determinar —no ya el carácter imperativo de una norma— sino la medida en que un acto está en oposición con ella. Estas tareas reclaman un esfuerzo en orden a la progresiva institucionalización de la sociedad internacional para encauzar y afinar la cascada reguladora que fluye de lo alto y, en particular, el establecimiento de métodos jurisdiccionales para la solución de las controversias en torno a la oposición de los actos estatales —y de otros sujetos internacionales— con normas imperativas.

En la Conferencia de Viena (1968-1969) los países occidentales en particular hicieron condición *sine qua non* de su aceptación del *ius cogens* como causa de nulidad y terminación de los tratados el sometimiento obligatorio a un método jurisdiccional de las controversias que originara su invocación. Así quedó reflejado en los artículos 65 y 66 de la Convención, un progreso empañado, no sólo por limitarse a los Estados partes en la Convención, aunque sean más de cien, sino también por las *reservas* hechas al respecto por algunos Estados.

El *ius cogens* internacional ha de apreciarse en un caso concreto, en un momento dado, por un juez determinado. Es sin duda posible reducir la indeterminación de los conceptos jurídicos, pero es ilusorio pretender una objetivación tal que automatice la función judicial y parece exagerado ir rasgándose las vestiduras por eso. La función de interpretación y de calificación son típicamente judiciales. Los problemas del juez internacional no nacen de su amplia discrecionalidad, sino de la perplejidad que puede adueñarse de él cuando tiene la oportunidad de explotarla. Si buscamos un paralelismo con la actitud del juez estatal frente al orden público, advertiremos que éste se aprecia por un órgano inserto en la estructura jurisdiccional de una sociedad relativamente homogénea; sus principios inspiradores puede que sean combatidos por determinados grupos sobre bases ideológicas o territoriales, pero en términos generales no es difícil deslindar los principios que *son* y los principios que *podrían ser*. El *ius cogens* internacional trata, por el contrario, de sobrenadar por las aguas turbulentas de una sociedad quebrada por la ideología y los intereses en conflicto de sus miembros, formalmente iguales. Esto dificulta la aprehensión de la mencionada distinción entre los principios y hace de todos ellos permanentes *políticas en acción*. Así, la operatividad del *ius cogens* puede resultar bloqueada por las antinomias entre principios de los que se predica un carácter imperativo. Es

inevitable, como ya advirtió Charles Chaumont hace años, que unos principios abstractos, planeando en una zona de supremacía conceptual, choquen con las contradicciones de la realidad a partir del momento en que se quiera sacar de ellos consecuencias concretas.

PARTE TERCERA
SOBRE LOS TRATADOS

La formación de los tratados

XXXVI. CONSIDERACIONES GENERALES

150. La importancia y complejidad de los tratados

Lo primero que destaca en los tratados es su *perennidad*. Desde que existen comunidades políticas dispuestas a relacionarse existen los tratados. Pero los tratados no sólo sirven la memoria histórica de las relaciones internacionales; son la fuente por excelencia de derechos y obligaciones (Derecho Internacional particular) y excelente coadyuvante en la formación de normas (Derecho Internacional general). Sobre los tratados reposan sustancialmente la coexistencia y la cooperación en un amplio arco de materias, cada vez más amplio, que refleja los objetivos prioritarios e interdependencia de los miembros de la sociedad internacional. El abigarrado universo de los tratados celebrados en los últimos cincuenta años refleja la voluntad de responder a problemas y necesidades sociales compartidas mediante reglas jurídicas pactadas.

La evolución del objeto material de los tratados fue acompañada de su creciente complejidad técnica. De los tratados bilaterales de carácter recíproco y *en racimo* se pasó a los multilaterales, convirtiéndose éstos cada vez con mayor frecuencia, no sólo en el principal agente motor de las normas generales (v. par. 141), sino también en la base de regímenes de regulación autónoma gobernadas por Organizaciones Internacionales, regímenes que junto a las reglas primarias han desarrollado, a través de órganos propios, una red de reglas secundarias que les permiten desarrollar las reglas primarias, supervisar su observancia, facilitar la solución obligatoria de las diferencias sobre la aplicación e interpretación de las obligaciones contraídas y regular y decidir las consecuencias de las infracciones (v. par. 286, 323, 462).

151. El Derecho de los Tratados

Se entiende por *Derecho de los tratados* el conjunto de normas, internacionales e internas, que rige la vida de los tratados desde su formación a su terminación, pasando por todos sus efectos y alteraciones.

La mayoría de las normas internacionales ha sido objeto de *codificación* mediante Convenciones de vocación universal, la primera y más importante de las cuales es la *Convención sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados* (Viena, 23 de mayo de 1969), en vigor desde el 27 de enero de 1980. Llamada el *Tratado de los tratados*, obliga a título de tal a: 1) todos —pero sólo— los Estados que la han ratificado o se han adherido (ciento once actualmente, entre

ellos España); y 2) respecto de todos —pero sólo— los tratados celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor para cada uno de ellos (art. 4).

No obstante, su relevancia positiva rebasa con mucho esta limitación si se considera desde la perspectiva de su aportación a la codificación y desarrollo progresivo de normas generales. La misma Convención precisó que nada obstaría a la aplicación de cualesquiera de las normas enunciadas “a las que los tratados estén sometidos en virtud del DI independientemente de la Convención” (art. 4).

A este respecto es revelador que ya antes de la vigencia de la Convención los tribunales internacionales invocaran sus artículos alegando su dimensión consuetudinaria (CIJ, *Namibia*, 1971; *Consejo de la OACI*, 1972; *Competencia en materia de pesquerías* (competencia) 1973; *Plataforma continental del Mar Egeo*, 1978; ss. arbitrales en los asuntos *del Canal de Beagle* y de la *Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977). Luego esas referencias se han generalizado sin importar que las partes en la controversia no fueran partes en la Convención (ss. arbitrales en los asuntos *Young Loan*, 1980, *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau*, 1985, *Pesca en el golfo de San Lorenzo*, 1986, entre Canadá y Francia; CIJ, *Controversia fronteriza entre El Salvador y Honduras*, 1992; *Controversia territorial* (Libia/Chad); 1994, *Isla de Kasikili/Sedudu* (Bostwana/Namibia) 1999, *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), 2001).

Siendo amplia, la Convención no es exhaustiva; rige sólo las relaciones *interestatales* (arts. 1, 2.1 a y 3 c) y excluye cuestiones como la responsabilidad internacional por incumplimiento, los efectos de la ruptura de hostilidades y la sucesión (art. 73). Pero las relaciones convencionales entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales fueron reguladas por la Convención de 21 de marzo de 1986 ajustándose a la horma de la Convención de 1969 y sobre las cuestiones excluidas se abrieron procesos de codificación y desarrollo progresivo que han avanzado desigualmente y que serán oportunamente considerados (v. par. 296, 233, 242). En todo caso, como recordó la Convención de 1969 (preámbulo, último párrafo), las normas consuetudinarias son aplicables a todas las cuestiones no reguladas en sus disposiciones.

El carácter dispositivo de buen número de las normas internacionales y las remisiones, directas e indirectas, que hacen al Derecho interno, son razones por las que los ordenamientos estatales contienen reglas que las completan. Así, en el vigente Derecho español se descubren disposiciones pertinentes en la Constitución de 1978, Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Consejo de Estado y en sus Reglamentos, Reglamentos de las Cámaras legislativas, Código civil... Antes, en 1972, el Ministerio de Asuntos Exteriores había querido imponer una cierta racionalidad en una de las actividades más caóticas de la Administración —la de la formación, registro y publicación de los tratados— para lo que se dictó el Decreto 801/1972, de 24 de

marzo, hoy parcialmente derogado, completado por un cierto número de órdenes circulares.

XXXVII. LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR TRATADOS

La capacidad para celebrar tratados, el *ius ad tractatum*, es manifestación capital de la personalidad jurídica internacional. Todos —y sólo— los sujetos de Derecho Internacional pueden celebrar tratados. Esa es la condición de los Estados soberanos y de las Organizaciones Internacionales. Ahora bien, el distinto fundamento de la subjetividad de unos (los Estados) y de otras (las Organizaciones) influye sobremanera en el alcance y las manifestaciones de dicha capacidad.

152. La capacidad de los Estados

Todo Estado soberano goza por definición de la capacidad para celebrar tratados (art. 6 CV). Aunque puede disponerse de capacidad sin ser soberano (es el caso de las OI), no se puede ser soberano sin disponer de capacidad. Más aún, el carácter *primario y pleno* de la subjetividad internacional del Estado hace esa capacidad ilimitada en el amplísimo marco dispositivo del Derecho Internacional. Y no sólo eso. La *igualdad formal* de los Estados que emana de su soberanía empuja a algunos a afirmar el *derecho* del Estado a ser parte en los tratados multilaterales que regulan cuestiones de interés general para la sociedad internacional y/o poseen vocación de aplicación universal (v. par. 188, 189). Desde esta perspectiva se advierte, una vez más, la importancia del *reconocimiento* (v. par. 23). Si, por ejemplo, los representantes del *Frente Polisario* o los de la *Autoridad Nacional Palestina* pretendieran ratificar o adherirse a un tratado multilateral general en nombre de la República Árabe Saharaui o del Estado Palestino lo menos que puede decirse es que el depositario del tratado (v. par. 170) se encontraría en una situación embarazosa (v. par. 190).

153. Situaciones particulares

La capacidad de los Estados se da por supuesta; de ahí que suela interesar sólo desde la perspectiva de sus limitaciones. Un Estado puede limitar el ejercicio de su capacidad convencional: 1) entregando la gestión de sus relaciones exteriores a otro, 2) atribuyéndola a una entidad distinta, ó 3) reconociéndola hasta cierto punto a los entes territoriales que de él dependen.

- 1) *Representación de un Estado por otro*. Sobre la representación de un Estado por otro hay ejemplos de *ayer* (los *protectorados* de la historia colonial, como el de Francia y España sobre Marruecos, 1912-1956), de *hoy* (los es-

tatutos de *asociación* con la potencia administradora en que han acabado algunos territorios descolonizados, como los fideicomisos estratégicos de los Estados Unidos en el Pacífico occidental) y de *siempre* (los en su día conocidos en Europa como Estados *exiguos* —Andorra, Mónaco, Liechtenstein, San Marino— que, de forma total o parcial, principal o subsidiaria, entregan su representación a sus más poderosos vecinos). Los representados quedan directamente obligados por los tratados estipulados en su nombre por el representante y, lógicamente, también pueden valerse de ellos (CIJ, *Nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952; *Templo*, 1962).

- 2) *Transferencia de competencias estatales a una entidad superior*. Dentro de este supuesto cabe considerar las *Uniones reales*, las *Confederaciones* y las *Organizaciones Internacionales de integración*, como la Unión Europea. Las dos primeras son categorías asentadas del pasado, aunque las Confederaciones, ahora, parecen reverdecer como remedio a los movimientos nacionalistas separatistas que padecen algunos Estados; la última es una relativa y compleja novedad que examinaremos de inmediato (v. par. 154).
- 3) *Reconocimiento de capacidad convencional a entes territoriales y comunidades lingüísticas del Estado*. La estructura *compleja* —federal, o de otra especie— de un Estado plantea la cuestión de si —y en que medida— los entes que lo componen —miembros de la federación, países, regiones, comunidades...— poseen una cierta subjetividad internacional que llevaría consigo un *ius ad tractatum* limitado.

Lejos de pronunciarse directamente, el Derecho Internacional parte del principio de *autoorganización* del Estado y reenvía la solución a los Derechos internos, que sólo excepcionalmente han venido reconociendo a los entes territoriales un reducido *ius ad tractatum*, sometido al control de los órganos centrales, como respuesta a las raíces históricas de una federación por integración (es el caso, por ejemplo, de Alemania, Estados Unidos, Suiza). El resultado era una práctica centrada en relaciones culturales y de *vecindad* en que las partes de los acuerdos —para los que se evita a menudo la denominación formal de *tratados* (v. par. 121)— suelen ser *homogéneas* (entes territoriales dependientes de ambos lados) dada la reluctancia de los Estados soberanos a mezclarse con quienes no lo son.

Hoy la situación se ha complicado. Reconocer una cierta capacidad convencional se ha presentado como un medio, tanto para facilitar la recuperación de un territorio (en este sentido cabe interpretar la declaración chino-británica sobre Hong-Kong) como, a la inversa, prevenir la desintegración de un Estado (véase Dinamarca, en relación con Groenlandia; Canadá, en relación con Quebec—, y, sobre todo, Bélgica, tras la reforma constitucional de 1993; más aún, Bosnia y Herzegovina conforme a la Constitución aneja a los acuerdos de Dayton-París, 1995).

La fragmentación del *ius ad tractatum* abre problemas —como la celebración de los tratados *mixtos* (sobre materias en que concurren competencias del Estado como tal y de sus entidades, regiones y comunidades), la imputación del ilícito y responsabilidad por el incumplimiento (v. par. 298), y la titularidad de la facultad de la denuncia (v. par. 230)— de no fácil solución. De ahí que se proponga como alternativa satisfacer las legítimas expectativas de los entes territoriales menores con técnicas de *participación* en el *ius ad tractatum* del Estado y la explotación de sus posibilidades como marco normativo (*umbrella agreements*) de acuerdos *infraestatales* (G. Burdeau-Bastid) bajo la garantía internacional del Estado.

En España el desarrollo estatutario de la Constitución ha abierto un cauce para una moderada participación de las Comunidades Autónomas en la formación de los tratados que les afectan (v. par. 161, 177) y el camino está expedito para que los entes territoriales desarrollen una capacidad convencional subordinada a las previsiones de los tratados-marco concertados por el Estado (TC, 137/1989, de 20 de julio; 149/1991, de 4 de julio). Con base en el Convenio-marco europeo de cooperación transfronteriza (1980), España concertó los preceptivos acuerdos complementarios con Francia (1995) y Portugal (2002), que permiten a Comunidades Autónomas y entidades locales celebrar convenios con entidades homólogas del país vecino (v. R.D. 1317/1997, de 1 de agosto, sobre comunicación previa a la Administración central del Estado y publicación oficial de tales convenios) (v. par. 378).

154. La capacidad de las Organizaciones internacionales

El *ius ad tractatum* de las Organizaciones Internacionales es tributario de los rasgos esenciales de su subjetividad internacional, *secundaria* y *funcional*, creada por los Estados. Las Organizaciones no disfrutan de la capacidad *plena* de sus creadores y, tampoco, por el hecho de serlo, de cualquier capacidad conferida por normas generales. Su capacidad para obligarse internacionalmente depende de las *reglas de la Organización* (art. 6 de la CV de 1986) y, en primer lugar, de su tratado constitutivo. Por consiguiente, no todas disponen de la misma o de un mínimo común de capacidad.

Conviene puntualizar en todo caso que: 1) El *ius ad tractatum* de una Organización no requiere un pronunciamiento expreso, pudiendo ser establecido como un poder *implícito*. La Convención de 1986 presiona descaradamente en este sentido cuando en el preámbulo advierte que las Organizaciones poseen la capacidad para celebrar tratados que es *necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos*; y 2) *Reglas de la Organización* son también las *decisiones y resoluciones* orgánicas adoptadas de conformidad con los instrumentos constitutivos y su *práctica establecida* (art. 2.1.j de la CV de 1986).

Esta doble observación ensancha las posibilidades de las Organizaciones Internacionales y, de hecho, su actividad ha producido una notable masa de tratados. Piénsese, por ejemplo, en los *acuerdos de sede*, suscritos con los Estados que las albergan, y en los de *gestión*, con Estados o con otras Organizaciones, para llevar adelante proyectos de asistencia y cooperación en las materias objeto de su actividad.

En la medida en que las Organizaciones de *integración* (como la UE) suponen una transferencia de ejercicio de competencias de los Estados miembros a las instituciones comunes ha de entenderse que, explícita o implícitamente, corresponde a éstas la dimensión no sólo *interior* sino también *exterior* de las materias transferidas y, por consiguiente, el *ius ad tractatum*. No obstante, la divisoria entre las competencias comunitarias y las estatales es a menudo ambigua y cambiante, por el carácter evolutivo del proceso de integración, y el objeto de un tratado puede estar a caballo de unas y otras competencias. La participación comunitaria en tratados multilaterales puede encontrar, por otro lado, la oposición de las otras partes, sea por el temor de que las *zonas grises* acaben en una evasión de responsabilidades en el cumplimiento de las obligaciones, sea por motivos políticos. Los propios miembros de la Organización no siempre están dispuestos a una reducción de competencias. Todo ello ha conducido a la aceptación de una cierta *concurrentialidad* de la Organización con los Estados miembros y a un recurso frecuente a los acuerdos *mixtos* (suscritos tanto por una como por los otros) con terceros (v. par. 322).

155. La capacidad de otros sujetos

Una galería de *atípicos* podría ser encabezada por la Santa Sede, dentro del mágico triángulo que compone con la Iglesia católica y la Ciudad del Vaticano. Luego están los sujetos *en pos del Estado: Beligerantes e insurrectos, pueblos y movimientos de liberación colonial*. En la medida en que son reconocidos como tales por terceros, aparecen como sujetos de Derecho Internacional capaces de concluir acuerdos relacionados con su condición. Se trata de sujetos inestables, interinos, volcados como están a apoderarse del —o convertirse en— Estado. Quienes les son afectos se apresuran a reconocerlos como representantes del Estado (v. par. 29). Numerosos conflictos pueden originarse cuando más de un gobierno pretende acreditarse como tal.

XXXVIII. LA FORMACIÓN DE LOS TRATADOS

156. Sus fases

Al hablar de *formación* o *celebración* (de los tratados) aludimos al *conjunto de actos mediante los cuales se concibe, gesta y nace un tratado internacional*.

Se trata de un procedimiento sometido a reglas internacionales —generalmente dispositivas— e internas, que pasa, al menos analíticamente, por diferentes fases. La que puede denominarse *fase inicial* cubre el proceso de la *negociación* que, de tener éxito, desembocará en la *adopción y autenticación* de un texto con el que los *negociadores* se muestran definitivamente de acuerdo. Se considera *negociador* al sujeto que ha participado en la elaboración y adopción del texto de un tratado (art. 2.1.e de las CV). La *fase final* abarca el proceso de *estipulación* o *conclusión* en sentido estricto y se conforma con dos actos fundamentales: la *manifestación del consentimiento* y su *perfeccionamiento* o constancia en el orden internacional, que conduce, como consecuencia, a la *entrada en vigor* y a la *obligatoriedad* del tratado. Quienes llevan a cabo estos actos se denominan *contratantes* (art. 2.1.f). Cuando la entrada en vigor se produce, el sujeto contratante deviene *parte* del tratado (art. 2.1.g).

Interesa destacar que, como se deduce de la práctica diplomática, algunos de esos actos pueden compendiarse en una sola expresión formal. Ejemplo paradigmático es la *firma* —acto de *autenticación y/o manifestación del consentimiento* en obligarse por un tratado—. Así, junto a un modelo extenso, complejo y solemne de celebración aparece, en distintas versiones, un modelo abreviado, frecuente en las relaciones bilaterales. Es en este sentido en el que con más provecho puede hablarse de *acuerdos en forma simplificada*.

La dislocación entre las fases inicial y final se justifica por las exigencias que, en ocasiones, imponen los Derechos internos de los sujetos intervinientes. Es así frecuente que entre ambas se abra una *fase intermedia*, propiamente doméstica, de ponderación del texto autenticado en la que se hace efectiva la participación del Poder Legislativo y, eventualmente, del Tribunal Constitucional. Cuando estas intervenciones son preceptivas, la utilización del procedimiento abreviado de formación de un tratado internacional queda excluida.

Antes de considerar con mayor detenimiento los actos que componen las diferentes fases de la formación de un tratado conviene examinar la cuestión de la representación de los sujetos en ellos.

XXXIX. LA REPRESENTACIÓN

Los sujetos del Derecho Internacional, personas jurídicas, actúan a través de órganos individuales y colectivos. En Derecho Internacional las reglas que rigen su representación en la formación de los tratados —codificadas por las Convenciones de Viena— se basan en la acreditación, expresa —los *plenos poderes*— o implícita, y en la aceptación del carácter representativo que ostentan, por sí mismos, determinados órganos encargados de la acción exterior.

157. *Los plenos poderes*

Como regla general cualquier persona será considerada *representante* cuando así se deduzca de un documento *ad hoc*, la *plenipotencia* o *plenos poderes* (arts. 7.1.a CV de 1969 y 7.3.a CV de 1986), “que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado” (art. 2.1, c, de las CV). Autoridad competente a los efectos de otorgar los *plenos poderes* es el Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores

Es necesario advertir que si los *plenos poderes* se caracterizaban en el pasado por la amplitud de su contenido, la solemnidad de su forma y la preceptiva presentación, hoy día estas notas se han flexibilizado, mostrándose más concretos, menos formales o solemnes y habiendo perdido rigor la exigencia de su presentación. En relación con este punto se observa una generalizada dispensa en la conclusión de tratados bilaterales y en ciertos actos —negociación y adopción— relacionados con la fase inicial de conclusión de los tratados multilaterales. El propio Secretario General de las Naciones Unidas en su *resumen sobre la práctica seguida como depositario de tratados multilaterales* ha puesto de relieve como la verificación de los plenos poderes sólo suele efectuarse en relación con aquellos actos que de una u otra forma generan obligaciones para los Estados. De hecho, los problemas de plenipotencia se suelen presentar en supuestos de negociación multilateral cuando más de un Gobierno pretende acreditar sus representantes en nombre de un mismo Estado o de un Estado cuya existencia es discutida.

Se admite, además, la *acreditación implícita*, esto es, que una persona sea considerada representante si se deduce de la práctica o de otras circunstancias que esa es la intención de los sujetos interesados (arts. 7.1. b CV de 1969, 7.3.b. CV de 1986). Es lo que suele ocurrir respecto de las Organizaciones Internacionales, pues en su práctica no es frecuente el otorgamiento de un documento expresamente habilitante de las personas que actúan como sus representantes, entre otras razones por las dificultades que existen para determinar el órgano competente para otorgarlo.

En el Derecho español, el Decreto 801/1972 precisa: 1) que compete al Ministerio de Asuntos Exteriores el nombramiento de los representantes de España para la ejecución de los actos relativos a los tratados, a propuesta en su caso de otros Departamentos ministeriales interesados (art. 3); 2) que los plenos poderes serán extendidos por el Ministro en nombre del Jefe del Estado, con indicación del acto o actos para cuya ejecución se autoriza al plenipotenciario (arts. 6 y 7), y 3) que las facultades de los órganos capacitados, por su función o por plenipotencia, para la negociación y adopción del texto, incluyen la de su autenticación (art. 7), aunque la utilización de algunas formas de autenticación (la firma y la firma *ad referéndum*) están sometidas a un régimen especial.

158. Órganos que en virtud de sus funciones representan al Estado

El Derecho Internacional considera a determinados órganos, *en virtud de sus funciones*, representantes del Estado (lo que no ocurre respecto de las OI dada la imposibilidad de establecer en su caso una regla general). En concreto, representan al Estado sin necesidad de plenipotencia:

- 1) *Para todos los actos relativos a la formación o celebración de un tratado:* el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores (art. 7.2.a CV), que son aquéllos, por otro lado, en cuyo nombre o con cuya firma se autorizan los *plenos poderes*.
- 2) *Para la negociación y adopción del texto del tratado:* los Jefes de Misión Diplomática y de Misiones Especiales y los representantes acreditados ante Conferencias y Organizaciones Internacionales o uno de sus órganos, así como los Jefes de Misiones Permanentes ante Organizaciones Internacionales, cada uno de ellos, como es natural, en el ámbito de sus atribuciones y en el medio ante el que están acreditados (arts. 7.2. b y c CV) (v. par. 429, 431, 435, 436).

159. Efectos de los actos sin representación

Los actos ejecutados por persona a la que no cabe considerar representante de un Estado o una Organización Internacional no les son, lógicamente, imputables y carecen de efectos jurídicos, salvo que sean ulteriormente confirmados (art. 8 CV). Aunque el Decreto 801/72 no lo prevé expresamente, hemos de entender que en España compete al Ministro de Asuntos Exteriores la confirmación de los actos sin representación. De formalizarse en un instrumento *ad hoc* será extendido en nombre del Jefe del Estado.

Ahora bien, éste no es el caso cuando la persona facultada para comprometer al sujeto recibe instrucciones de ejercer sus poderes sólo bajo ciertas circunstancias o condiciones, o formulando determinadas reservas y declaraciones y, a la hora de la verdad, manifiesta el consentimiento desdeñando las instrucciones recibidas. No hay aquí inadecuación del poder sino abuso del mismo y, en consecuencia, los actos realizados son imputables al Estado o a la Organización, aunque éstos podrán, dándose determinados requisitos (art. 47 CV), invocar su *nulidad* (v. par. 221).

XL. LA FASE INICIAL

160. La negociación

Negociar es participar en la elaboración del texto de un tratado, proponiendo, discutiendo, contraofertando o aceptando propuestas para las cláusulas que han

de componerlo. La iniciativa puede proceder de un sujeto interesado, actuando discrecionalmente o como consecuencia de un *pactum de negotiando* o de *contrahendo*.

La *negociación* ha de llevarse de acuerdo con el *principio de la buena fe* (CIJ, *Ensayos nucleares*, 1974) y, en este sentido, causas de nulidad como el dolo o la corrupción del representante de un Estado (arts. 49 y 50 CV) vienen a sancionar manifestaciones cualificadas de mala fe una vez que han sido probadas (v. par. 222). Más allá de esta constatación es difícil determinar si la aplicación del principio comportaría una obligación de confianza recíproca, de cooperación para conseguir el acuerdo, o de especial predisposición para comprender los intereses ajenos. Si el principio de buena fe es “uno de los principios fundamentales que presiden la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas...no es en sí mismo una fuente de obligaciones cuando éstas no cuentan con otra base” (CIJ, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 1998). No obstante la obligación de cooperar para llegar a un acuerdo podría derivarse de un *pacto de negotiando* o de *contrahendo* (CIJ, *Plataforma Continental del Mar del Norte*, 1969; *Armas nucleares*, 1996). En este sentido, no cabe ser un frontón que devuelva todas las propuestas de la otra parte, sistemática e inmotivadamente.

La Convención de Viena (1969) carece, por lo demás, de reglas que regulen la negociación, un proceso condicionado por múltiples factores, especialmente por el número, carácter, y naturaleza de los negociadores, lo que determina que sus características y duración difieran en función del tipo de tratado, *bilateral*, *plurilateral* o *multilateral*, que se negocia.

Mientras que la negociación de los tratados bilaterales y, por regla general, la de los *multilaterales restringidos*, suele efectuarse con discreción y a través de los conductos diplomáticos, la *negociación multilateral* se efectúa habitualmente en el *seno de una Conferencia intergubernamental* con una inevitable dosis de *diplomacia parlamentaria*. Como para ello ha de contarse con un Reglamento, se requiere una *negociación previa sobre cómo desarrollar la negociación*, y la determinación de las comisiones y comités en que se articulará, entre los que ha de destacarse el comité de redacción, así como la composición y presidencias de estos órganos, llamadas a conciliar posiciones en pos del acuerdo. Este esfuerzo puede ser ahorrado cuando se negocia en el seno de una Organización Internacional, atendiendo a sus propias reglas y contando con su infraestructura, o en una Conferencia bajo sus auspicios, que ya cuenta de antemano con un Reglamento aplicable. El ejemplo de la ONU es, a este respecto, paradigmático.

161. Negociación y Derecho interno

Los Derechos estatales suelen regular la participación del Estado en la negociación. Cuestiones relacionadas con la competencia para decidir su iniciación o participar en ella, la posible intervención de los entes territoriales menores o los límites para pactar obligaciones, pueden ser —y son— su objeto.

La competencia que, por regla general, se atribuye al Poder Ejecutivo suele deducirse de su capacidad para dirigir la acción exterior del Estado. En España “el Gobierno dirige la política interior y exterior...” (art. 97 de la Constitución y 1.1 de la Ley 50/97, sobre competencia, organización y funcionamiento del Gobierno). Es competencia del Consejo de Ministros autorizar la *negociación* de los tratados a solicitud del Ministerio de Asuntos Exteriores (art. 1.5.d, de la Ley 50/97 y art. 9.2 del Decreto 801/72), si bien en la práctica puede ocurrir que cuando la autorización formal se concede la negociación ya ha sido materialmente hecha. Al Ministerio de Asuntos Exteriores, bajo el principio de *unidad de acción*, corresponde la ordenación de la actividad administrativa en materia de tratados (art. 1 del Decreto 801/72) y, en general, la *gestión* de la negociación (arts. 3, 8, 9 y 10 del Decreto 801/72). El dinamismo y la complejidad que en nuestros días presentan las relaciones internacionales, hace necesario establecer una eficaz coordinación entre este Ministerio y los demás departamentos sectoriales (v., por ej., la Comisión Interministerial para las negociaciones OMC, R.D. 606/2006, de 19 de mayo).

A la hora de negociar un tratado y de fijar su contenido la libertad del Ejecutivo no es absoluta. En ocasiones, las propias Constituciones suelen acotarla, impidiendo la conclusión de tratados que la contravengan o mediante límites específicos cuya eficacia vendrá condicionada por la existencia de mecanismos de control. En España la Constitución (art. 95.1) dispone que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Límites expresos y particulares se localizan en otros preceptos constitucionales (arts. 11.3, 13.3). El hecho de que el bloque de la constitucionalidad cuente con un guardián como el Tribunal Constitucional otorga a estos límites una trascendencia real (v. par. 178-180).

Al margen de los límites y controles constitucionales cabe preguntarse si acaso las Cámaras legislativas y las instituciones autonómicas juegan un papel en la negociación. En España las Cámaras pueden influir por una de estas tres vías: *a)* al incluir en el articulado de una ley disposiciones que la propicien, delimiten y orienten, *b)* adoptando directrices, no vinculantes, de negociación y *c)* incitando, estimulando, frenando o deteniendo una negociación mediante los instrumentos políticos con que cuentan para fiscalizar la acción del Gobierno (art. 66.2).

En cuanto a las Comunidades Autónomas sus Estatutos les han atribuido un *derecho de instancia y/o información*. Cabe proponer que el primero obliga al Gobierno a formalizar la petición de iniciar las negociaciones y llevarlas adelante o, de no ser así, a motivar adecuadamente su negativa o imposibilidad; y que el segundo implica la transmisión de una información completa y oportuna, que permita a la Comunidad Autónoma expresar una opinión en tiempo útil para ser tenida en cuenta. En los últimos tiempos, la reforma de los Estatutos de las diferentes Comunidades permite advertir el alumbramiento de un nuevo derecho, el de *solicitar la participación* o el de *participar en la forma determinada*

por la Ley en las delegaciones que negocien tratados que afecten a materias de competencia autonómica.

162. La adopción del texto

El proceso de negociación desemboca, cuando tiene éxito, en el acto jurídico de la adopción del texto del tratado. Adoptar es consentir la redacción definitiva.

Según el artículo 9.1 de la Convención de Viena (1969), un texto se entiende adoptado cuando *todos* los participantes en su elaboración lo consienten. Ahora bien, si este principio de unanimidad es intocable respecto de los tratados bilaterales por su misma naturaleza, no puede decirse lo mismo en relación con los multilaterales, sobre todo cuando se subraya su condición abierta y vocación universal (v. par. 188).

La *adopción* de un tratado multilateral se llevará a cabo según las *normas pertinentes* de la Organización que auspicia la negociación (art. 5 CV) o en la forma establecida por el Reglamento de la Conferencia de que se trate. En su defecto, el texto se adoptará por mayoría de dos tercios de los presentes y votantes, a menos que los negociadores decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente (art. 9.2 CV). Esta regla residual impide el punto muerto y tutela a las minorías cualificadas, imposibilitando la proclamación de mayorías inferiores decididas por menos de dos tercios.

La práctica internacional muestra otras formas de adopción de los tratados multilaterales, en particular, el *consenso*, que permite la adopción de un acuerdo cuando se comprueba la ausencia de objeciones al mismo. No se trata de que todos lo apoyen, sino de que nadie se oponga hasta el punto de bloquear la adopción. El consenso se ha abierto camino por varias razones: las grandes potencias lo buscan desde que perdieron su confianza en pastorear las mayorías; los países en desarrollo, por la conciencia de que el compromiso con los desarrollados es más provechoso, aunque incurra en ambigüedades, aplazamientos y, en ocasiones, parezca resucitar el *veto*. Este procedimiento obliga a ampliar las consultas y buscar transacciones para llegar, finalmente, a un acuerdo general sobre la base de un denominador común, cada vez más bajo. El resultado, cuando lo hay, es un texto aceptable por todos pero que, a menudo, no entusiasma a nadie.

La adopción del texto de un tratado tiene particular importancia respecto de las *cláusulas finales* que proveen a su autenticación, conclusión definitiva y entrada en vigor, o las relativas a las reservas, funciones del depositario y otras cuestiones que, por su misma naturaleza son aplicables desde este momento (art. 24.4 CV).

163. La autenticación del texto

La autenticación es el acto jurídico mediante el cual, como define en España el Decreto 801/1972 (art. 2.d), los negociadores «certifican que ese texto es correcto y auténtico y lo establecen de forma definitiva».

La autenticación está íntimamente unida a la adopción del texto; es su manifestación documental, revistiendo de las formalidades protocolarias propias de los documentos diplomáticos la voluntad de los negociadores de considerar definitiva e inalterable la redacción del tratado. Una vez autenticado, el texto sólo podrá alterarse mediante su enmienda o modificación (v. par. 244, 245) o, de haberse deslizado errores, mediante el procedimiento de corrección establecido en el tratado o según las normas del Derecho Internacional que regulan el procedimiento y sus efectos con carácter supletorio (arts. 79 CV1969 y 80 CV1986) (v. par. 222). La autenticación responde a una práctica tradicional surgida de la posible existencia de un lapso temporal entre la adopción del texto de un tratado y la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse. Para manifestar el consentimiento resulta imprescindible contar con un texto definitivo.

Los negociadores disfrutan de absoluta libertad para elegir los procedimientos de autenticación (art. 10.1 CV) y lo normal es que el tratado incluya una cláusula al respecto. En su defecto, la Convención de Viena (art. 10.2) enumera las tres formas más frecuentes (*firma*, *firma ad referéndum* y *rúbrica*, bien del texto del tratado, bien del Acta Final de la Conferencia en la que se consigne), disponiendo su funcionamiento residual alternativo al gusto de cada negociador. Ha de recordarse, en cualquier caso, que los tratados elaborados en el seno de Organizaciones Internacionales suelen someterse a específicos procedimientos de autenticación —como la incorporación del texto, a título de anejo, a una resolución orgánica de aprobación, o la firma del presidente del órgano adoptante y del más alto funcionario de la Organización (art. 5 CV1986).

La *rúbrica* —firma abreviada reducida a las iniciales del otorgante— y la *firma ad referéndum* —firma sujeta a confirmación— suelen ser empleadas cuando el representante carece de poder suficiente para firmar o de la autorización requerida para ello. La *rúbrica* —que será seguida de firma como regla general— sirve, además, en ocasiones para la adopción de un texto que los negociadores se disponen a someter a la consideración de sus Gobiernos, interrumpiendo el proceso de formación del tratado en tanto se evacúan las consultas. La *firma* propiamente dicha —*firma simple*— es la forma tradicional de autenticación y puede efectuarse: 1) en el momento mismo de cerrarse la negociación y adoptarse el texto, 2) ulteriormente, en una fecha fijada al efecto, 3) dejando el tratado abierto a la firma en lugar determinado, ya sea indefinidamente o hasta una fecha límite, variante ésta que se ha generalizado en relación con los tratados multilaterales generales gracias a su flexibilidad.

A pesar del idéntico efecto de autenticación de todos los procedimientos, la firma tiene un peso específico mayor desde un punto de vista histórico, políti-

co y psicológico. Acto solemne rodeado de publicidad, la firma se significa, en efecto, como una promesa más firme que cualquier otra de acabar obligándose por el tratado, particularmente cuando ha sido precedida de rúbrica o de la firma del Acta Final de la Conferencia que lo consigna, suficientes ya a los fines estrictamente autenticatorios. (Lo mismo cabría decir de la confirmación de la firma *ad referéndum*). La firma expresa entonces, cuando menos, la intención de consentir, de prestar el consentimiento más adelante al tratado, hasta llegar a hablarse de una obligación *incoada*.

Ahora bien, en ocasiones la práctica permite constatar que las razones que llevan a los Estados a firmar un tratado están lejos de responder a su intención de obligarse por él en el futuro. Hay Estados que firman por mantener las apariencias de su compromiso con una determinada causa (por ej., la defensa del medio ambiente), o porque esta formalidad les permite participar en los órganos que han de completar o desarrollar el contenido del tratado. Sirva de ejemplo la actitud de Estados Unidos respecto de la CONVEMAR (1982), el Protocolo de Kyoto (1997) o el Estatuto de la CPI (1998).

De la *firma* se desprenden, por otro lado, obligaciones concretas para los signatarios. De ahí que no falten los Derechos internos —entre ellos el español— que han sometido su uso a condiciones más rigurosas. Los signatarios, en efecto, están obligados a abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin del tratado, mientras no hayan manifestado su intención de no llegar a ser partes en él (art. 18.a CV). El signatario no está obligado, en cambio, por norma alguna de Derecho Internacional general a llevar a cabo, en un plazo razonable, los actos necesarios para manifestar el consentimiento. Esta obligación puede venir impuesta, no obstante, por una regla de Derecho Internacional particular (así, art. 19.5 Carta Constitutiva de la OIT) o por una disposición de Derecho interno.

Asimismo, un tratado firmado, aun no ratificado, puede ser considerado como la fiel expresión de los puntos de vista comunes de los signatarios en la fecha de la firma, un valor apreciable cuando un acuerdo se visualiza en una perspectiva histórica (CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001).

El significado y valor político de la firma es aún más claro cuando el signatario no ha participado en la negociación y adopción del texto. Eso puede ocurrir cuando los miembros de una Organización Internacional negocian un tratado que abren a la firma de Estados no miembros (como ocurrió, por ej., con la Convención, de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y la sanción del delito del genocidio, art. 11), o cuando un círculo restringido de Estados se reserva la negociación y, convenido un texto, lo ofrecen a un grupo más amplio, incluso a todos los Estados, para su adopción y autenticación (como ha ocurrido, por ej., en materia de desarme nuclear, asumida la negociación por las grandes potencias atómicas).

En España el Decreto 801/72 sólo menciona dos formas de autenticación que podrá utilizar el representante del Estado sin necesidad de autorización especial —la rúbrica o la firma del Acta Final de la Conferencia— (art. 11). La firma requiere, en cualquier caso, la autorización del Consejo de Ministros, previa solicitud del titular de Asuntos Exteriores (art. 5.1.d de la Ley 50/97 y art. 13 del Decreto 801/1972). La firma *ad referendum* sólo puede ser utilizada por el Ministro de Asuntos Exteriores o persona por él autorizada, recabándose la ulterior aprobación del Consejo (art. 14 del Decreto 801/72).

164. La lengua de los tratados

Cuando la lengua de los negociadores no es común la autenticación suele hacerse en varias lenguas. En las relaciones bilaterales los Estados hacen del empleo de su lengua exigencia del principio de igualdad soberana. El afán por mantener una absoluta paridad dificulta la aceptación de que, en caso de duda o discrepancia entre textos igualmente fehacientes, prevalezca el redactado en la lengua de una de las partes.

Generalmente, la autenticación de los tratados multilaterales se hace en todas las lenguas oficiales de la Organización que ha auspiciado su elaboración, que son las correspondientes a las de mayor difusión en el mundo y a las de las grandes potencias. Así, por ejemplo, los Convenios auspiciados por la ONU, se autentican en sus seis lenguas oficiales (árabe, chino, español, inglés, francés y ruso).

En Derecho español, circulares del Ministerio de Asuntos Exteriores (núms. 2353, de 27 de julio de 1952, y 2882, de 28 de noviembre de 1977) dispusieron el deber de los negociadores de hacer en lengua española los tratados bilaterales y precisar en las cláusulas finales del tratado el carácter auténtico del texto español, sin perjuicio de que igualmente lo sean los redactados en otras lenguas. Asimismo, los negociadores han de procurar que otro tanto ocurra en la redacción de los tratados multilaterales.

165. La participación de la sociedad civil

Especialmente a partir de la última década del siglo XX se advierte la apertura de las Conferencias internacionales a actores de la sociedad civil, sobre todo ONG (v., por ej., res. 1996/31, reglas 41-54, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas). La participación de ONG se ha extendido a la mayoría de los ámbitos materiales que toca la acción normativa internacional, aunque se presenta con mayor vigor en determinados campos, en los que la sociedad civil está más vivamente interesada: la regulación sobre los derechos humanos, los distintos regímenes ambientales, el DI humanitario o la protección internacional del patrimonio cultural.

La práctica es de lo más variado. Más allá de las reglas que cada Conferencia elabora para permitir su acceso con estatuto de *observador*, hay formas de participación indirecta. En algunos casos, representantes de ONG y del sector privado pueden integrarse en las delegaciones oficiales de los gobiernos, que obtienen así cobertura política frente a sus opiniones públicas en temas muy sensibles. Dentro o fuera, su presencia, lejos de ser retórica, ha influido en la negociación y adopción de textos. Fue el caso, por ejemplo, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente para aves acuáticas o *Convención Ramsar* (1971), el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono (1987), el Convenio contra la Tortura (1984) y, muy particularmente, la Convención sobre las minas antipersonas (1997), y el Estatuto de la CPI (1998). Excepcionalmente ONG de países desarrollados han sido la argamasa de coaliciones de países en desarrollo y han elaborado su estrategia de negociación. Así ha podido señalarse su papel en las conferencias sobre el cambio climático, al estar detrás de la asociación de pequeños estados insulares (AOSIS) o asumir, incluso, la representación de algunos de ellos.

XLI. LA FASE FINAL

166. La manifestación del consentimiento: libertad de elección e igualdad de formas

Con la manifestación del consentimiento los sujetos expresan su voluntad de obligarse por el tratado y proceder, una vez que éste haya entrado en vigor, a su cumplimiento.

El Derecho Internacional general reconoce la libertad de elección y la igualdad entre todas las formas imaginables de expresión del consentimiento. Esta norma ha sido codificada por las Convenciones de Viena al declarar (art. 11) que el consentimiento podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación en el caso de los Estados, o la confirmación formal respecto de las Organizaciones Internacionales, la aceptación, la aprobación o la adhesión o *en cualquier otra forma que se hubiera convenido*. Piénsese, por ejemplo, en la notificación por los interesados del cumplimiento de las formalidades requeridas por los Derechos internos para la manifestación del consentimiento, o en el valor que, en ocasiones, especialmente respecto de la aceptación de enmiendas a tratados en vigor, se otorga al silencio o al simple transcurso del tiempo sin oposición.

La elección de una u otra forma de manifestación del consentimiento depende en cada caso de la voluntad, expresa o implícita, de los negociadores. Lo habitual, como demuestra la práctica, es que esa voluntad se manifieste en una de las cláusulas finales del tratado, pero también puede constar de otro modo

(arts. 12, 13, 14, 15 CV). Los negociadores suelen establecer cláusulas amplias y flexibles a fin de agilizar la entrada en vigor, potenciar la participación en los tratados multilaterales y sortear dificultades originadas por prescripciones del Derecho interno de los Estados. Además, se admite que, sea cual sea la forma convenida por los negociadores, el Estado o la Organización Internacional tienen derecho a, unilateralmente, formalizar su consentimiento de otra manera siempre que su intención en tal sentido se desprenda de los plenos poderes de su representante, se haya manifestado durante la negociación o, en relación con la firma, se haya otorgado con reserva de ratificación (aceptación o aprobación) (arts. 12.1. c, 12.2.a, 14.1.c y d y 14.2 CV 1969 y 1986 y 14.3 CV1986).

Entre las formas de manifestación del consentimiento mencionadas en el artículo 11, unas, como la *firma* y el *canje de instrumentos* constitutivos de tratado, habituales en tratados *bilaterales*, se materializan en el propio tratado; otras, como la *ratificación* (especialmente solemne y propia de los Estados), la *confirmación formal* (que es una suerte de ratificación de OI), la *adhesión*, la *aceptación* y la *aprobación*, se incorporan en un documento *ad hoc*.

167. Consentimiento incorporado en el tratado

La *firma* (arts. 10 y 12 CV), que como forma de manifestación del consentimiento no plantea especiales problemas, puede presentar algunas dificultades derivadas de su *bifuncionalidad* cuando sirve simultáneamente para autenticar el texto y expresar el consentimiento del Estado en obligarse por él. Esta utilización doble debe evitarse en tratados que, por ejemplo, requieran autorización parlamentaria.

Nada impide otorgar la firma, como manifestación del consentimiento, *ad referéndum*, siempre que sea confirmada (art. 12.2 b). En este caso la conclusión del tratado se retrotrae a la fecha de la firma sujeta a confirmación. Además, si así se ha convenido, cabe utilizar la rúbrica como forma de manifestación del consentimiento (art. 12.2 a).

El *canje de los instrumentos que constituyen el tratado* (art. 13 CV) presupone, por su misma naturaleza, un tratado materializado en dos o más instrumentos conexos. Vinculado a las relaciones bilaterales, plantea desde la perspectiva del Derecho interno problemas similares a los de la firma pero de más difícil solución, por lo que suele recaer en la práctica sobre materias secundarias.

El canje de instrumentos constitutivo de tratado como forma de manifestación del consentimiento no ha de confundirse con el canje de instrumentos (art. 16 CV) donde consta, no el tratado, sino sólo la manifestación del consentimiento (ratificación, adhesión, aceptación, aprobación) con el único propósito de perfeccionarlo (v. par. 170), ni con el canje que en ocasiones se hace para poner en marcha la aplicación provisional (v. par. 184) de ciertos compromisos incluidos en un tratado que requiere la previa autorización parlamentaria.

168. Consentimiento que se materializa en un instrumento 'ad hoc'

La *ratificación* (arts. 2.1.b y 14.1 CV) es una forma de manifestación del consentimiento unida por origen y significación a la práctica de los Estados. Se trata de un acto solemne, que emana de la más alta autoridad del Estado, expresando en un instrumento *ad hoc* su compromiso de obligarse por el tratado y cumplirlo en todos sus términos. Su equivalente en la práctica de las Organizaciones Internacionales es la *confirmación formal* (art. 2.1.b bis CV, 1986).

La *adhesión* (arts. 2.1.b y 15 CV) es una forma de manifestación del consentimiento que permite devenir contratantes de un tratado a sujetos no signatarios del mismo.

Esta forma de manifestación del consentimiento ha estado unida a la consolidación de los tratados multilaterales, aunque nada impide a los negociadores de un tratado bilateral prever la eventual adhesión de terceros. En su origen la adhesión fue concebida como un procedimiento que permitía acceder a la condición de parte en un *tratado en vigor* a un *sujeto que no había participado en su negociación* y al que, por tanto no le había sido posible la firma y posterior ratificación. Sin embargo, hoy día la adhesión puede utilizarse incluso antes de la entrada en vigor y por Estados negociadores que, por uno u otro motivo, se abstuvieron de firmar el tratado. A diferencia de la ratificación, la adhesión nunca va precedida de la firma.

Ha de distinguirse entre la adhesión como acto unilateral por el que un sujeto deviene contratante de un tratado de conformidad con la voluntad, incluso implícita (art. 15.b CV), de los negociadores, y la eventual conclusión entre las partes en un tratado y un tercero de un acuerdo cuyo objeto consiste, precisamente, en la adhesión de éste al tratado. Este procedimiento suele seguirse en los tratados denominados *cerrados* y está justificado en la medida en que la alteración subjetiva reclama una modificación o adaptación de las cláusulas convencionales (así, por ej., Tratados de adhesión suscritos por los Estados miembros de la UE y los Estados candidatos en las sucesivas ampliaciones).

La *aceptación* y la *aprobación* (arts. 2.1.b y 14.2 CV1969, y 2.1.b ter y 14.3 CV1986) son formas de manifestación del consentimiento concebidas originariamente para acelerar la entrada en vigor de los tratados. En el orden internacional, cuando un tratado ha sido previamente firmado, pueden cumplir una función sustitutiva de la ratificación, con un instrumento menos solemne suscrito por el Jefe del Gobierno o el Ministro de Asuntos Exteriores y ciertas economías ritualistas.

169. Libertad de forma y Derecho interno

Los ordenamientos jurídicos internos pueden reducir la libertad de forma predicada por el Derecho Internacional por diversos motivos, entre ellos, la intervención del poder legislativo en la conclusión de los tratados o la exigencia

de que la manifestación del consentimiento emane de la más alta autoridad del Estado. Ahora bien, la limitada previsión de formas de manifestación del consentimiento que se advierte en los ordenamientos internos, como ocurre en la mayoría de las Repúblicas latinoamericanas o en España, no ha de interpretarse necesariamente como prohibición de las formas omitidas, siempre que éstas sean compatibles con los propósitos que animan la mención de aquéllas.

En el Derecho español el Decreto 801/72 se ocupó sólo de tres formas de *manifestación del consentimiento* (firma, ratificación y adhesión), jerarquizándolas de manera que la firma sólo era utilizable en tratados exentos de la intervención de las Cortes (art. 15), la ratificación era la forma pensada para los tratados que sí la requerían (art. 17) y la adhesión para aquéllos que España no había podido firmar y ratificar (art. 22). No obstante, las formas omitidas son asimismo manejables —la práctica exhibe numerosos ejemplos— en la medida en que se circunscriban al ámbito en que facultativamente opera la firma. (TC, a. de 11 de abril de 1991).

El artículo 63.2 de la Constitución española dispone que “al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente por medio de tratados internacionales de conformidad con la Constitución y las leyes”. Aunque la jurisprudencia inicialmente entendió que todo instrumento de manifestación del consentimiento debía ir firmado por el Jefe del Estado (AN, Sala de los Penal, Secc. 2, aa. de 16 de julio y 22 de octubre de 1990), el Tribunal Constitucional (a. de 11 de abril de 1991) ha mantenido que la Constitución no obliga a tal y el Decreto 801/72 (arts. 24.2 y 25.1) permite que un instrumento de adhesión —nunca de ratificación— emane del Ministerio de Asuntos Exteriores en casos de menor importancia, tratados concluidos sin intervención parlamentaria. No obstante, la práctica abona que la intervención del Jefe del Estado, con refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores, se viene produciendo siempre respecto de todos los instrumentos (ratificación, adhesión, aceptación y aprobación), haya existido o no previa intervención de las Cortes.

170. El perfeccionamiento del consentimiento

El *iter* formativo de un tratado sólo puede considerarse terminado cuando se deja constancia en el plano internacional del consentimiento del sujeto en obligarse.

Existe una estrecha relación entre las formas utilizadas para manifestar el consentimiento y aquellas de las que se valen los sujetos para perfeccionarlo. Hay formas de manifestación del consentimiento —como el canje de los instrumentos constitutivos del tratado— que llevan dentro de sí su propio perfeccionamiento. Hay otras —como la firma— que lo llevan pegado a sus talones, al seguir a la firma el inmediato intercambio de ejemplares en que el tratado ha sido redactado. Pero cuando la forma de manifestación del consentimiento se materializa en un instrumento *ad hoc* —ratificación, adhesión, aceptación,

aprobación— separado del texto del tratado y de la fecha de su autenticación, han de darse pasos específicos para, una vez redactado, ponerlo en conocimiento de los otros interesados. Otro tanto ocurre cuando el consentimiento queda a expensas del cumplimiento de las formalidades constitucionales o legales de cada cual.

En cuanto a la elección de las formas de perfeccionamiento, dentro de una absoluta libertad, manda la voluntad de los negociadores. Ahora bien, la Convención de Viena ha establecido dos formas residuales: 1) El *canje de instrumentos donde consta la manifestación del consentimiento* entre los contratantes, que es el procedimiento tradicional de los tratados bilaterales, evacuado generalmente con cierta solemnidad, y, 2) el *depósito* de esos instrumentos, procedimiento común de los tratados multilaterales, que consiste en su entrega a un órgano o persona, el *depositario*, siendo la fecha del depósito determinante del nexo jurídico entre el depositante y los demás contratantes.

La *designación* del depositario corresponde a los negociadores. Sus funciones son variadísimas y abarcan todos los actos relacionados con el tratado. El depositario conserva el original; extiende copias certificadas y prepara las traducciones; es el receptor, custodio y transmisor de todas las comunicaciones y notificaciones hechas por los interesados... La Convención de Viena ha recalcado la internacionalidad de su misión y la imparcialidad con que ha de desempeñarla (art. 76.2). Hipotéticamente cabe concebir situaciones engorrosas, pero en la práctica los depositarios manifiestan una escasa vocación a pronunciarse sobre los efectos jurídicos de los instrumentos y notificaciones que reciben y circulan, así como de los acontecimientos que sobre éstos se producen, y los contratantes tampoco suelen hacerlo, a menos que sus intereses directos se vean comprometidos.

La Convención de Viena alude a una tercera forma de perfeccionamiento del tratado: la *notificación de la prestación del consentimiento a los demás contratantes o al depositario* (art. 16.c). A diferencia del canje y del depósito, no es una forma residual, se aplica sólo en el caso de que así se haya convenido. Su mención expresa es un reconocimiento de su creciente empleo en los tratados que prescinden de la ratificación y adhesión —no susceptibles de notificación— como formas de manifestación del consentimiento. A menos que el tratado diga otra cosa, la notificación se entenderá hecha cuando haya sido recibida por el Estado —u otro sujeto— al que fue transmitida (arts. 78.b CV1969, y 79.b CV1986). Pero si la notificación se hace a un depositario que, a su vez, deberá informar de ello a los interesados, la respuesta no es tan clara (arts. 78 c y 79 c).

En Derecho español, el *perfeccionamiento del consentimiento* compete al Ministerio de Asuntos Exteriores. El Decreto 801/72 pasa por alto la *notificación*, a pesar de la frecuencia con que se recurre a ella en la práctica. Sin duda esta omisión y las referencias al canje y al depósito (arts. 18.3, 19.2, 24.3 y 25.2) hay que entenderlas como consecuencia de la limitación de las formas de manifestación del consentimiento contempladas por el mismo Decreto.

XLII. LA FASE INTERMEDIA

171. ¿Por qué una fase intermedia?

La manifestación de la voluntad de un Estado en obligarse internacionalmente mediante un tratado es el resultado de un proceso doméstico en el que participan diversos órganos y en el que destaca por su importancia la intervención de las Cámaras legislativas.

En un tiempo pasado fue frecuente la expresión doctrinal —y constitucional— de la no idoneidad de los órganos de la representación popular para participar y controlar la acción exterior del Estado, de la que el tratado es instrumento jurídico por excelencia. La heterogeneidad e inestabilidad en la composición de las Cámaras legislativas, su limitada actividad, la publicidad de sus debates y la lentitud de su proceso decisorio, han sido citadas entre las dificultades. Partiendo, sin embargo, de postulados democráticos, no hay justificación para que los órganos de la representación popular no representen un papel, aunque deba reconocerse que la naturaleza de la acción exterior impone limitaciones y aconseja métodos particulares.

La implicación de las Cámaras legislativas ha adoptado formas diferentes. En Reino Unido se preservó el *treaty making power* como una prerrogativa de la Corona, considerándose bastante para controlar su ejercicio la experimentación de medios políticos y la dependencia gubernamental de la confianza del Parlamento. En cambio, en el continente europeo se optó por la participación de las Asambleas en la conclusión de los tratados, opción avalada, entre otras razones, porque de no darse esta intervención el respeto de las potestades legislativa y presupuestaria de las Cámaras obligaría a condicionar la eficacia interna de los tratados a su transformación posterior en ley —como sucede en el Reino Unido y en los países que siguen su modelo— o, alternativamente, a hacer del respeto de las leyes en vigor *conditio sine qua non* de su aplicación, soluciones ambas insatisfactorias desde una perspectiva internacional (v. par. 251, 293).

Siendo destacada la intervención de las Cámaras legislativas, siempre hay que tener presente el papel central que conserva el Gobierno, que dispone —normalmente en exclusiva— de la iniciativa para iniciar la tramitación parlamentaria y de la decisión final sobre la conclusión del tratado, procesos en los que participan los distintos departamentos ministeriales, con sus asesores legales (en particular, los del Ministerio de Relaciones Exteriores) y órganos consultivos (como, en España, el Consejo de Estado).

En los Estados de estructura compleja también puede estar prevista la intervención de los entes territoriales antes de la conclusión de los tratados que afecten a sus competencias (siendo lo más adecuado, cuando la afectación es general, dotar al sistema institucional de segundas cámaras legislativas compuestas por representantes de los territorios) (v. par. 177).

En los Estados que siguen el modelo de justicia constitucional los tribunales pueden cumplir un papel relevante verificando la conformidad con la Constitución del tratado cuya conclusión se proyecta (v. par. 179).

Por último, no faltan países cuyas leyes confieren a la consulta popular un papel en la conclusión de tratados (v. par. 181).

172. La intervención de las Cámaras legislativas: naturaleza de la intervención

En la actualidad casi todos los ordenamientos internos prevén la intervención parlamentaria en la conclusión de tratados, si bien presentan diferencias significativas en cuanto a su naturaleza, supuestos en que es exigible y alcance.

En el Derecho comparado encontramos preceptos que disponen la *aprobación* o *ratificación* de los tratados por el Parlamento. Estas expresiones inducen a confusión, pues pueden interpretarse en el sentido de que son las Cámaras las que *aprueban* o *ratifican* el tratado en el plano internacional, esto es, las que manifiestan el consentimiento del Estado en obligarse, lo que es absolutamente incierto. Las Cámaras legislativas de la mayoría de los países circunscriben su intervención a autorizar o no —o en su caso a aplazar— la conclusión de un tratado que ya ha sido adoptado y autenticado, concibiéndose la autorización parlamentaria como una condición de validez de la prestación del consentimiento desde una perspectiva interna, constitucional.

La autorización parlamentaria no comporta pues necesariamente (al menos en la mayoría de los países) la estipulación definitiva del tratado. Obtenida la autorización corresponderá al Gobierno decidir según su criterio si y cuándo manifiesta el consentimiento del Estado. Por el contrario, la denegación de la autorización sí vincula al Gobierno.

En España el hecho de que, normalmente, tras la autorización de las Cortes los tratados sean efectivamente concluidos es consecuencia de la práctica habitual de evacuar el trámite parlamentario sólo una vez que el Gobierno ha tomado la decisión política de obligarse internacionalmente (mediante acuerdo del Consejo de Ministros). El Decreto 801/72 está redactado sobre este presupuesto.

Por otra parte, queda en principio excluida la posibilidad de que las Cámaras introduzcan enmiendas en el texto del tratado que les es sometido. El Derecho comparado revela que esta facultad es reconocida raramente (así, por ej., al Senado de los Estados Unidos) porque obliga al Gobierno a una renegociación del tratado que resultará siempre difícil, si no imposible (caso de tratados multilaterales abiertos).

Nada impide en cambio la formulación por las Cámaras de reservas o de declaraciones interpretativas, mociones y declaraciones políticas anejas al acto de

autorización (v. par. 217), aunque no sea recomendable, como semilla de litigios, especialmente en las relaciones bilaterales (considérense, por ejemplo, desde esta perspectiva las *reservas y contra-reservas* que acompañaron los instrumentos de ratificación de Estados Unidos y de Panamá del Tratado de Neutralidad Permanente y Funcionamiento del Canal de Panamá, 1977; o la declaración del Senado de Nicaragua incluida en el instrumento de ratificación del tratado *Bárcenas-Esguerra*, con Colombia, 1928, y luego materialmente incorporada en el protocolo de canje de ratificaciones, 1930).

173. *Tratados sometidos a autorización*

Hay Constituciones que exigen la autorización parlamentaria de *todos* los tratados. Sin embargo, esta exigencia es difícilmente compatible con la actual intensidad de las relaciones internacionales, lo que explica que muchos de los países cuyas Constituciones tomaron ese rumbo hayan renunciado a él, cambiando su texto (caso de la Constitución holandesa) o su práctica (caso de Estados Unidos, Suiza o, en América latina, México).

En general, las Constituciones toman hoy una de estas direcciones: o enuncian las categorías o las circunstancias en que un tratado no requiere autorización, dejando a las Cámaras una competencia general o residual (sistema de *lista negativa*), o bien disponen las clases o categorías de tratados que la requieren (sistema de *lista positiva*).

Entre los países que siguen el sistema de *lista positiva* se encuentra España. Los artículos 93 y 94.1 de la Constitución (1978) tipifican los tratados cuya conclusión exige autorización de las Cortes, disponiendo el artículo 94.2 que en los demás casos bastará con dar información inmediata a las Cámaras.

El artículo 93 de la Constitución española (1978) dispone que mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Concebido con la cabeza puesta en las Comunidades Europeas, su ámbito de aplicación no se circunscribe, sin embargo, a los tratados de integración europea. La Comisión Permanente del Consejo de Estado señaló en el dictamen evacuado con ocasión de la adhesión al Tratado del Atlántico Norte que el artículo 93 contempla la incorporación a Organización Internacional “que pudieran tener sobre una materia que en la Constitución aparece como estatal, una capacidad de decisión directa, en el sentido de que, sin necesidad de mediación estatal, se imponga automáticamente la voluntad de la organización...” (dictamen nº 43.647, de 1981). Así, la ratificación por España del Estatuto de la CPI (1998) se tramitó por esta vía.

También el constitucionalismo latinoamericano (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Venezuela) reconoce y regula este tipo de tratados.

Por su parte, el artículo 94.1 de la Constitución española establece que la prestación del consentimiento en obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: *a)* tratados de carácter político, *b)* tratados o convenios de carácter militar, *c)* tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución, *d)* tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda pública, *e)* tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución. Esta *lista* no difiere sustancialmente de las contenidas en otras Constituciones, como por ejemplo, las de Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua o Perú.

El Gobierno está obligado a informar inmediatamente a las Cámaras de la conclusión de los tratados que no han contado con su autorización (art. 94.2). De esta manera se facilita el control parlamentario sobre la acción exterior (art. 66.2) y cabe verificar el respeto de las competencias de las Cámaras en la conclusión de los tratados. amén de facilitar su reacción política y jurídica si consideran que las competencias de las Cámaras no han sido respetadas. Ni la Constitución ni los Reglamentos parlamentarios concretan el plazo en que ha de evacuarse este deber. No obstante, la Constitución emplea un adverbio —*inmediatamente*— que deja al Gobierno sin razones para la dilación. La información ha de prestarse tan pronto como el tratado ha sido concluido. El Reglamento del Congreso precisa que el Gobierno dará cuenta de los textos de los correspondientes tratados o convenios (art. 159). No obstante, la inobservancia del deber de información carece de una específica sanción jurídica.

174. La calificación

La calificación es una operación presente en todos los sistemas en la medida en que siempre ha de identificarse a un instrumento como *tratado*. Si se quiere sortear la intervención parlamentaria respetando el orden constitucional lo más aconsejable es negar al acuerdo esta condición (v. par. 122, 127). Pero si el acuerdo es un *tratado* habrá de establecerse su compatibilidad con la Constitución. Luego, en un sistema de *lista* la operación calificadora habrá de determinar si el tratado en cuestión se subsume o no en alguno de los tipos para los que se requiere autorización parlamentaria. Y si éstos se someten a regímenes diferentes aún habrá que completar la operación concretando necesariamente el tipo que lo abduce.

Por lo que concierne a España, recrearse en la adjetivación de los tratados a la luz de los diferentes supuestos contemplados en el artículo 94.1 de la Constitución de 1978 carece de trascendencia práctica, dada la uniformidad del régimen al que se someten todos ellos; pero no cabe decir lo mismo cuando hay que pronunciarse sobre si el tratado encaja en el artículo 93 o, por el contrario, en uno de los apartados del artículo 94.1, pues su régimen varía.

La responsabilidad primaria en la calificación de los tratados corresponde al Gobierno. Es la solución congruente con un sistema de *lista*, pues si todos los tratados debieran pasar por las Cámaras antes de su conclusión a fin de proceder a su calificación, ¿para qué una *lista*? Conviene, además, tener en cuenta que, en el caso de España, el Gobierno ha de contar preceptivamente con el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado (art. 22.1 LOCE; dictamen nº 46.901, de 7 de marzo de 1985).

Una vez que un *tratado* entra en el circuito parlamentario cabe arbitrar fórmulas que permitan a las Cámaras compartir o sustituir al Gobierno en esa responsabilidad o discutir de una u otra forma sus calificaciones. En España, debe distinguirse según el tratado haya sido sometido a las Cortes para su autorización o se tenga conocimiento de él una vez estipulado.

En el primer caso, nada impide que las Cámaras modifiquen la calificación del Ejecutivo relativa a la *vía* —artículos. 93 ó 94.1— que ha de seguir la tramitación. Si el Gobierno no aceptase la *recalificación* de las Cámaras cabría pensar en el planteamiento de un conflicto de *atribuciones* ante el Tribunal Constitucional (art. 59.3 LOTC).

En el segundo, la práctica revela que cuando la Mesa del Congreso se ha manifestado disconforme con la calificación gubernamental ha procedido sin más a tramitar el tratado por la vía del artículo 94.1, previa *recalificación* del mismo al amparo del Reglamento de la Cámara (art. 31), procediendo así a su *convvalidación* o *aprobación a posteriori*. En la mayor parte de los casos se trataba de convenios y acuerdos de cooperación y asistencia técnica que comportaban gastos pero que a juicio del Gobierno, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, no incurrían en el supuesto del inciso *d*) del artículo 94.1 (tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública). El Gobierno no ha objetado este proceder de las Cortes, movido seguramente por un sentido práctico que le lleva a evitar roces con el Legislativo siempre que éste, en el fondo, esté dispuesto a endosar el tratado. Incluso, en las últimas Legislaturas, la prestación del consentimiento en obligarse por tratados calificados por el Gobierno bajo el artículo 94.2 ha sido en ocasiones pospuesta a su remisión a las Cortes, para tener la seguridad de que éstas no los recalificaban (práctica que no se conforma con el tenor literal del artículo 94.2 ni con la razón de ser del sistema de *lista*, como ya hemos advertido, pero que no deja de tener sentido para evitar conflictos interinstitucionales). En todo caso lo más juicioso es que Gobierno y Cámaras legislativas logren un grado de consenso suficiente sobre el alcance de los supuestos de tratados cuya conclusión está sometida a autorización parlamentaria.

175. Formación y formalización del acto de autorización

No son infrecuentes las Constituciones que prevén que el acto de autorización se formalice en ley. Es el caso en América Latina de Costa Rica, Colombia,

Paraguay o Venezuela. Dicha formalización no parece necesaria ni, probablemente, es la solución más apropiada. Si bien una remisión residual al procedimiento legislativo por motivos de economía procesal puede ser aconsejable, su aplicación mecánica no es compatible con la peculiar naturaleza del acto de autorización. No ha de insistirse en las peculiaridades de dicha ley donde se recurre a ella: debe excluirse la iniciativa parlamentaria o popular; su efecto no es normalmente obligatorio, en el sentido de forzar al Gobierno a prestar el consentimiento, sino permisivo; las Cámaras no pueden introducir enmiendas, dirigidas a modificar el texto del tratado... De ahí que deban considerarse positivamente las Constituciones que configuran la autorización (o *aprobación*) como un acto *ad hoc* de la Cámara (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú) o, en los sistemas bicamerales, de las Cámaras (Argentina, Bolivia, Brasil, República Dominicana, Uruguay).

En el caso de España la Constitución de 1978 mantiene la forma de la ley (orgánica) para los tratados contemplados por el artículo 93, pero para los tratados encuadrados en el artículo 94.1 se decanta por un acto *ad hoc*, cuya aprobación debe seguir, además, un procedimiento particular (art. 74.2 de la Constitución; arts. 155-156 del Reglamento del Congreso; arts. 144-145 del Reglamento del Senado).

El régimen de autorización previsto para los tratados del artículo 93 contiene algún elemento disparatado, destacando al respecto la solución dada al eventual conflicto entre ambas Cámaras acerca de la concesión o no de la autorización. Al inclinarse por la opinión de una de ellas —el Congreso— era lógico esperar que la desestimación del punto de vista de la otra —el Senado— se amparase en el reforzamiento —el mantenimiento al menos— de la mayoría que en un primer momento fue exigida. Pero, sorprendentemente, el listón se rebaja y, así, la conclusión de un tratado al que se opone la mayoría absoluta de los senadores podría ser autorizada a los dos meses y un día por la mayoría simple de los diputados. Se comprende que ante una regulación tan absurda los redactores del Reglamento del Congreso se sintieran legitimados para corregir discretamente lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución, requiriendo para el levantamiento del veto *en todo caso* la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara (art. 132).

El artículo 74.2 ofrece al Senado —respecto de los procedimientos de autorización de los tratados *sub* artículo 94.1— una participación más decorosa (TC, s. 155/2005). Sin mayoría de senadores presentes a su favor los tratados de artículo 94.1 no pueden, en principio, pasar el trámite; por el contrario se exige la mayoría absoluta de los miembros del Senado para impedir que se cuele directamente un tratado del artículo 93. El conflicto entre las Cámaras conduce, en el primer caso, a una Comisión Mixta; en el segundo, el conflicto carece de vías de compromiso. Cuando el compromiso se hace imposible, la preferencia por el Congreso implica en los supuestos del artículo 94.1 la elevación de la mayoría

requerida (de simple a absoluta), lo que no ocurre en el caso de los tratados del artículo 93.

La regulación del artículo 93 es aún más criticable considerada en su contexto. La exigencia de una ley orgánica tenía sentido cuando el anteproyecto de Constitución preveía para la conclusión de otros tratados —los tipos del vigente artículo 94.1— una autorización mediante ley (ordinaria) o, por lo menos, siguiendo sus mismos trámites, pues traducía el propósito de hacer más rigurosas las condiciones para los tratados de mayor trascendencia. Este planteamiento quebró, sin embargo, desde el momento en que se aprobó un procedimiento especial para la autorización de los tratados del artículo 94.1.

176. Alcance de la autorización

La autorización concedida para la conclusión de un tratado ampara el texto del tratado y los instrumentos que lo acompañan, puestos en conocimiento de las Cámaras. Pero ¿cubre también los acuerdos posteriores que lo interpretan, desarrollan, prorrogan o modifican? Piénsese en la creciente marea de los acuerdos-marco o en la cada vez más frecuente aparición de cláusulas convencionales en que se prevé la constitución de Comisiones Mixtas de seguimiento cuyas actas tienen un efecto supresivo, modificativo, aditivo o interpretativo sobre el texto de un tratado, sus anejos o protocolos... En particular, merecen ser destacados los tratados que habilitan a las autoridades administrativas para concluir entre sí acuerdos destinados a adaptar, enmendar o completar las disposiciones técnicas contenidas en aquél, acomodándolas de forma ágil y rápida a la realidad cambiante. La práctica española ofrece numerosos ejemplos de tales *acuerdos administrativos*.

Cabría entender que estos acuerdos no son realmente algo nuevo, sino que responden a mecanismos previstos convencionalmente. A nadie se oculta, sin embargo, que protocolos adicionales, anejos técnicos, canjes de notas interpretativas o complementarios, actas... pueden ser utilizados por el Gobierno para hurtarse al control parlamentario. Esta observación conduce justamente a considerar con carácter general que si esos acuerdos, por su propio mérito, caen dentro de una de las categorías para las que la Constitución requiere la autorización parlamentaria habrán de someterse a ella, a menos que al autorizar la conclusión del tratado principal las Cámaras hayan dispuesto expresa —o implícitamente— otra cosa. En todo caso las Cortes deberán recibir información inmediata de la estipulación de estos acuerdos.

La exigencia de intervención parlamentaria debe entenderse aplicable, además, a la formulación de ciertos actos unilaterales del Estado relacionados con las disposiciones de un tratado. Piénsese, por ejemplo, en las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia conforme al artículo 36.2 de su Estatuto (v. par. 472, 473). (Comisión Permanente del Consejo de Estado, dictamen nº 53.158, de 1989).

177. Los entes territoriales del Estado

Como ya hemos indicado, los entes territoriales de los Estados de estructura compleja han visto reconocido un limitado *ius ad tractatum* en algunos países y son a menudo asociados por los órganos centrales a la *negociación* de los tratados que afectan a sus competencias (v. par. 153, 161). Con independencia de ello, en la medida en que tales Estados suelen contar con un sistema bicameral, siendo habitualmente el Senado una Cámara compuesta de representantes de los territorios, los entes territoriales participan a través de estas Cámaras en el proceso de autorización de la conclusión de los tratados. Así ocurre en Alemania, en Argentina, en México...

Esta participación —indirecta— puede ser, sin embargo, insuficiente. Sirve para acrisolar las actitudes de los Estados federados, los cantones o las regiones sobre los asuntos que son competencia de los órganos centrales del Estado y para representar los intereses regionales en su conjunto; pero no permite sostener adecuadamente los de un territorio en particular, ni para fiscalizar satisfactoriamente las acciones gubernamentales que afecten a sus competencias exclusivas. En España las insuficiencias de la participación conjunta de los entes territoriales a través del Senado son más acusadas porque el Senado, como Cámara de representación territorial, representa más a las provincias que a las Comunidades Autónomas y, además, la Constitución lo ha concebido en situación de inferioridad frente al Congreso.

De ahí que algunos Estados de estructura compleja someten a la autorización de los órganos competentes de sus entes territoriales la conclusión de los tratados que afectan de manera singular a sus competencias, pues las obligaciones pactadas condicionarán en adelante su ejercicio, correspondiendo a los entes territoriales, por añadidura, su ejecución y la modificación de las leyes y disposiciones que las contradigan (v. par. 257).

Así, en Alemania, la Ley Fundamental dispone que, antes de concluir un tratado que afecte a los intereses específicos de un *Land*, la Federación debe darle oportuna audiencia (art. 32.2). Además, en virtud del Acuerdo de Lindau (1957) entre el Gobierno Federal y los *Länder*, se requiere la autorización de éstos para la conclusión de los tratados que afecten a sus competencias exclusivas (señaladamente cuando se trata de convenios culturales). En España, no se ha llegado, hasta ahora, al extremo de exigir para tales tratados la autorización de las Asambleas regionales.

XLIII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

178. Constitucionalidad intrínseca y constitucionalidad extrínseca

La conclusión de un tratado puede ser inconstitucional desde el punto de vista *intrínseco* o *material*, por la incompatibilidad de su contenido con los pre-

ceptos constitucionales, y desde un punto de vista *extrínseco* o *formal*, ya sea por incompetencia o exceso de poder del órgano que manifestó el consentimiento o por vicios procesales en el *iter* formativo de la voluntad estatal (por ej., la conclusión sin autorización parlamentaria de un tratado que, según la Constitución, la requiera).

Hay ordenamientos estatales (por ej., Holanda) que prohíben expresamente el control de constitucionalidad de los tratados; hay también otros que lo ignoran, pero no faltan los que lo regulan, con variables sobre el órgano, el objeto y el momento del control, entre ellos la mayor parte de las Repúblicas latinoamericanas y España.

El control de la constitucionalidad *extrínseca* o *formal* de un tratado guarda estrecha relación con la fase *intermedia*, pues su objeto es el cumplimiento de las normas constitucionales que rigen su celebración. Sin embargo, es difícil concebir mecanismos que permitan verificar dicho control durante la propia fase *intermedia*, a menos que se asocien al control de la constitucionalidad *intrínseca* o *material*. La inconstitucionalidad *intrínseca* de un tratado siempre arrastra su inconstitucionalidad *formal*.

179. El control preventivo de constitucionalidad

El afán por proteger los preceptos constitucionales debería conducir a todos los Estados a establecer controles preventivos de la constitucionalidad de los tratados, experimentables antes de que se proceda a la manifestación del consentimiento. Las ventajas del control preventivo son tales que hay países, como Alemania, donde no habiendo sido previstos por la Ley han sido introducidos por la jurisdicción constitucional a través de su jurisprudencia. En palabras del Tribunal Constitucional español (decl. 1/1992) el control preventivo satisface “la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional”.

Hay países, como Holanda (y en América latina, Perú y Honduras), que admiten la conclusión de un tratado contrario a la Constitución, siempre que se someta al procedimiento de la revisión constitucional, una medida de inteligente y práctica flexibilidad; pero lo común es exigir la revisión constitucional previa a la conclusión del tratado (aunque siempre cabe la opción de renegociarlo o, en su caso, concluirlo con las *reservas* que salven la contradicción). En este grupo se sitúa España (art. 95 de la Constitución) y numerosos países latinoamericanos (Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Venezuela).

La mayor parte de los países que regulan este control son restrictivos en la atribución de la legitimación para activarlo. Hay quienes sólo la conceden al Ejecutivo (Bolivia, Ecuador) o al Ejecutivo y a las Cámaras (Chile, España, Venezuela) con el fin de evitar su aprovechamiento como medio de *filibusterismo* parlamentario. En España, si el tratado está siendo tramitado en el Congreso,

habrá de ser el pleno quien acuerde el requerimiento; para ello será necesaria la iniciativa de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los diputados (art. 157.1 de su Reglamento). En el Senado, en cambio, basta con que la iniciativa parta de un grupo parlamentario o de veinticinco senadores (art. 145 de su Reglamento). La intervención del Tribunal Constitucional implica la interrupción automática de la tramitación parlamentaria (arts. 157 del Reglamento del Congreso y 147 del Reglamento del Senado). El control previo sigue el modelo de *justicia rogada*, de manera que el Tribunal Constitucional no puede ampliar de oficio el objeto de control (las disposiciones del tratado consideradas), aunque sí los motivos de impugnación (la *causa petendi*).

El Tribunal Constitucional ha admitido, en los dos únicos casos en que ha tenido que pronunciarse (ambos a instancias del Gobierno) que en el requerimiento se pueda pedir su pronunciamiento sobre el cauce de reforma de la Constitución (procedimiento ordinario —art. 167— o agravado —art. 168—), para el caso de que declare la incompatibilidad del tratado con la Ley Fundamental (declaraciones 1/1992 y 1/2004). Su *declaración*, al igual que los pronunciamientos de los órganos de control constitucional de los países latinoamericanos mencionados, tiene carácter vinculante. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que en relación con los tratados del artículo 93 el control previo puede también llevarse a cabo por otra vía indirecta, planteando un recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica de autorización del tratado.

El control previo de la constitucionalidad de los tratados ha de verificarse dentro de límites temporales determinados. En el caso de España la solicitud debe plantearse una vez que el texto esté definitivamente fijado y antes de que se haya prestado el consentimiento del Estado en obligarse por él (art. 78.1 LOTC). De rebasarse ese límite un control *preventivo* no tendría objeto. Lo lógico es requerir —y evacuar— la declaración antes de que se haya producido la autorización parlamentaria de la conclusión del tratado (Chile, Ecuador).

180. El control a posteriori de la constitucionalidad extrínseca

Aunque está claro que los controles han de ser preferiblemente previos al perfeccionamiento de los tratados, no siempre es posible que aseguren la constitucionalidad extrínseca; es incluso imposible cuando la inconstitucionalidad extrínseca se consuma, precisamente, con la conclusión del tratado.

Por el contrario, los controles *reparadores* —allí donde existen— pueden operar en toda su extensión al servicio de la constitucionalidad extrínseca de los tratados (además de la constitucionalidad intrínseca); estos controles —en el caso de España, el *recurso de inconstitucionalidad* y la *cuestión de inconstitucionalidad*— serán examinados cuando consideremos la respuesta de los ordenamientos estatales a los posibles conflictos entre un tratado y el Derecho interno (v. par. 292). Es obvio, en todo caso, que una declaración de inconstitucionalidad

intrínseca o *material* habrá de comportar inevitablemente la inconstitucionalidad *extrínseca* o *formal* del tratado (TC, a. de 1 de abril de 1991; s. 155/2005).

Las consecuencias de una declaración de inconstitucionalidad en el orden internacional serán también consideradas más adelante, cuando examinemos las causas de nulidad de los tratados (v. par. 221).

XLIV. LA CONSULTA POPULAR

181. El control directo de la conclusión de los tratados

Histórica y doctrinalmente el control directo, mediante consulta popular o referendo, de la conclusión de los tratados ha sido objetado arguyendo la falta de preparación del pueblo para expresar un juicio responsable sobre temas delicados, los inconvenientes de pechar con una opinión pública dividida, incluso manipulada, a la que no puede llegar toda la información, el retraso en la conclusión del tratado... Hay países (en América latina, Colombia, Paraguay) que expresamente prohíben la sumisión a referéndum de la conclusión de tratados. Pero las objeciones, de ser atendidas, no son exclusivamente aplicables al referendo sobre actos internacionales y, en todo caso, conducen, más que a excluirlo, a reservarlo para casos excepcionales.

Son pocas las Constituciones que regulan expresamente la consulta popular en la conclusión de tratados, interpretándose que es aplicable el régimen general de las consultas facultativas. Entre las que contienen disposiciones particulares la Constitución helvética es, seguramente, la que ofrece una regulación más minuciosa y progresiva. En Suiza, la adhesión a Organizaciones de seguridad colectiva y a comunidades supranacionales ha de someterse necesariamente al voto del pueblo y de los cantones. Por otra parte, ocho de éstos o, alternativamente, cincuenta mil ciudadanos pueden forzar un referendo en relación con la conclusión de tratados de adhesión a otras Organizaciones Internacionales, de duración indeterminada y no denunciabiles o que entrañen “una unificación multilateral del Derecho”, así como de cualquier otra clase convenida por las dos Cámaras de la Asamblea Federal (arts. 140 y 141 de la Constitución de 1999). En 1986, los ciudadanos helvéticos manifestaron su preferencia por mantener a la Confederación fuera de las Naciones Unidas y, en 1992, por no concluir el Tratado constitutivo del *Espacio Económico Europeo*. Sin embargo, en 2002 se pronunciaron finalmente a favor de su ingreso en Naciones Unidas, que se formalizó ese mismo año.

En América latina la Constitución de Panamá dispone que los tratados relativos al Canal deben someterse a referendo nacional, que no podrá celebrarse antes de los tres meses siguientes a su aprobación legislativa (art. 319). En 1977 los panameños se pronunciaron sobre el tratado con los Estados Unidos relativo a la retrocesión de soberanía del Canal de Panamá (v. par. 383).

En Europa, otras Constituciones conciben el referendo como una vía alternativa —o subsidiaria— para —si la consulta es positiva— permitir la conclusión de tratados de particular importancia que no han alcanzado en los Parlamentos nacionales la requerida mayoría reforzada. Es el caso de la Constitución de Dinamarca (1953) que, en relación con los tratados de transferencia de competencias a una Organización Internacional, prevé una aprobación por referéndum si en el *Folketing* se ha alcanzado la mayoría necesaria para la aprobación de los proyectos de ley ordinarios pero no se ha llegado a los cinco sextos de sus miembros (art. 20.2).

De hecho, en los últimos años el recurso al referendo para la conclusión de tratados ha sido relativamente frecuente, sobre todo en el marco del proceso de integración europea, aunque considerados los resultados ha servido, más que a la integración, a la desintegración. Baste mencionar ahora los *noes* de Dinamarca (al TUE, 1992), Irlanda (al Tratado de Niza, 2001), Francia y Holanda (al Tratado estableciendo la *Constitución Europea*, 2004) y, nuevamente, Irlanda (al Tratado de Lisboa, 2008). Estos resultados *enterraron* la llamada *Constitución para Europa* y la supervivencia de los otros requirió un trabajo diplomático, político y mediático de paciente persuasión para que los ciudadanos, convocados de nuevo a las urnas, rectificaran...

La Constitución española de 1978, al igual que las precedentes, no cuenta con preceptos sobre el referéndum en la conclusión de tratados. No obstante, su artículo 92 dispone que el Rey podrá, a propuesta del Presidente del Gobierno previamente autorizado por el Congreso, someter a referéndum consultivo las decisiones políticas de especial trascendencia. Se trata de un referéndum facultativo cuyo resultado no es jurídicamente vinculante. Y nada impide en términos constitucionales que la decisión afecte a la política exterior, pues ninguna materia ha sido excluida de antemano. En la medida, pues, que la conclusión de un tratado se considere decisión política de especial importancia, el artículo 92 es aplicable. La caracterización previa de una decisión como *de especial importancia* carece de interés práctico; lo será cualquier decisión que el Presidente del Gobierno, con el beneplácito del Congreso, considere oportuno someter a consulta popular. De hecho se han celebrados dos. Una sobre la permanencia en la OTAN (1986) y otra sobre la ratificación de la llamada *Constitución para Europa* (2004).

No hemos de olvidar, por otro lado, que en los supuestos en que la celebración de un tratado requiera la previa reforma de la Constitución, dicha reforma puede exigir la convocatoria de un referendo. Ese referéndum, obligatorio de seguirse el procedimiento agravado de reforma (art. 168 de la Constitución), podrá ser solicitado, si se sigue el procedimiento ordinario, por una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras dentro de los quince días siguientes a su aprobación parlamentaria (art. 167).

XLV. LA ENTRADA EN VIGOR

182. *Noción y relación con el perfeccionamiento del consentimiento*

Se entiende por entrada en vigor el momento en el que un tratado adquiere plena eficacia jurídica, esto es, deviene obligatorio y es susceptible de aplicación, en los términos previstos por sus disposiciones, entre las *partes*. Esta afirmación no se debilita por el hecho de que, como veremos (v. par. 184), sea posible convenir la aplicación *provisional*, total o parcial, de un tratado antes de que aquélla tenga lugar (art. 25 CV).

Son los negociadores los que, en el tratado o en un acuerdo aparte, fijan su entrada en vigor (art. 24.1 CV). En su defecto, un tratado entrará en vigor «tan pronto como haya *constancia del consentimiento de todos* los Estados negociadores en obligarse por el tratado (art. 24.2); regla inobjetable en los tratados bilaterales o multilaterales restringidos, pero que sería abortiva en los multilaterales generales o abiertos. De ahí que en la práctica esta regla residual no se les aplique, provistos todos de cláusulas expresas sobre su entrada en vigor, la mayoría de las cuales la hace depender de que un cierto número de sujetos haya perfeccionado su consentimiento.

El que el umbral mínimo sea más o menos alto y cualificado depende de múltiples factores, entre los que siempre se cuentan el objeto del tratado y los efectos que con la entrada en vigor se persiguen. Un umbral bajo facilita una rápida entrada en vigor que puede ser ejemplar y estimulante; es lo que ocurre, por ejemplo, con los principales Convenios del Derecho Internacional humanitario (v. par. 558). Sería, por el contrario, imprudente utilizar el mismo patrón con los grandes Convenios codificadores del Derecho Internacional. Los Convenios sobre Derecho Diplomático (1961) y Consular (1963) fijaban su umbral en veintidós; las Convenciones sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986) en treinta y cinco; la CONVEMAR(1982) y el Estatuto de la CPI (1998) en sesenta... Consideraciones de efectividad inclinan a atender en ocasiones a la *calidad* de los contratantes, como ocurre, por ejemplo, con el Tratado de No Proliferación de armas nucleares (TNP, 1968), para cuya entrada en vigor se exigía que entre los contratantes figurasen Estados Unidos, Reino Unido y la, por aquel entonces, Unión Soviética. En la práctica es posible encontrar tratados que condicionan su entrada en vigor a la verificación de determinadas circunstancias relacionadas con el objeto del tratado. Así, por ejemplo, el Protocolo de Kyoto (1997) exigió para su entrada en vigor cincuenta y cinco contratantes representando un 55% al menos del total de las emisiones de dióxido de carbono correspondientes a 1990.

De la práctica se induce el aumento progresivo de cláusulas que diferencian la entrada en vigor hasta que ha transcurrido un lapso de tiempo —un mes, tres, seis...— desde el perfeccionamiento del consentimiento de las partes o de un número determinado de contratantes (si el tratado es multilateral), generalmente con la finalidad de permitir la evacuación de los trámites internos que requiere

su aplicación. Hay en estos casos una confusión entre la entrada en vigor del tratado como detonante de la obligatoriedad del tratado y como premisa de su aplicación (v. par. 247, 249).

183. Tratados multilaterales: entrada en vigor general y particular

En los tratados bilaterales suele darse una simultaneidad entre el perfeccionamiento del consentimiento y la entrada en vigor. Los sujetos son contratantes y partes del tratado al mismo tiempo. En cambio, en los tratados multilaterales se produce una dislocación entre el perfeccionamiento del consentimiento y la entrada en vigor. Mientras hay un goteo de contratantes que quedan a la espera —a veces larga— de devenir partes. España, por ejemplo, fue contratante de la Convención de Viena (1969) desde el 2 de mayo de 1972 hasta el 27 de enero de 1980, fecha en la que se produjo la entrada en vigor de la Convención. En ese tiempo, hasta que se alcanza la condición de *partes*, el consentimiento es revocable.

En los tratados multilaterales la adquisición simultánea de la posición de contratante y parte es una posibilidad envuelta en una membrana que ha de romper el Estado con cuyo consentimiento se suma la cifra requerida para la entrada en vigor *general* del tratado respecto de quienes ya han perfeccionado su consentimiento. En el *Tratado de Tratados* fue Togo el trigésimo quinto contratante y en la CONVEMAR Guyana el sexagésimo. Rota la membrana, quienes perfeccionen su consentimiento con posterioridad también serán a un tiempo contratantes y partes, pues para ellos la entrada en vigor —*particular*— se verifica, a menos que el tratado disponga otra cosa, en la fecha de la constancia del consentimiento (art. 24.3 CV).

El desajuste entre el perfeccionamiento del consentimiento y la entrada en vigor que se produce en los tratados multilaterales adquiere significación cuando se considera la obligación que se impone a los contratantes de abstenerse de actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado, siempre que la entrada en vigor no se retarde indebidamente (art. 18.b CV), y que responde a un desarrollo progresivo del principio de la buena fe que, además, ha de inspirar la interpretación del límite temporal impuesto.

XLVI. LA APLICACIÓN PROVISIONAL

184. Noción y límites

La aplicación provisional de un tratado consiste en la observancia de todas o algunas de sus disposiciones antes de su entrada en vigor, normalmente a partir de la fecha de autenticación del texto o en una fecha inmediatamente posterior a la de la autenticación, entre todos o algunos de los signatarios.

A pesar de ser relativamente reciente en la práctica internacional, el recurso a la aplicación provisional ha aumentado vertiginosamente, al proponerse como un buen remedio para superar la contradicción entre la lentitud del proceso interno de formación de la voluntad de los sujetos en obligarse y la conveniencia de una inmediata operatividad de todas o algunas de sus cláusulas en el acelerado tráfico internacional de nuestros días.

Los límites materiales y temporales de la aplicación provisional son determinados por los negociadores, pero por su propia naturaleza concluye con la entrada en vigor —*general* o *particular*— del tratado o el transcurso del plazo fijado sin que haya acuerdo de los signatarios sobre su prórroga. Se presume, además, que cada cual conserva la facultad de poner fin unilateralmente a dicha aplicación mediante la notificación a los demás de su intención de no llegar ya a ser parte en el tratado (art. 25.2 CV). La posibilidad de aplicación provisional sin ulterior entrada en vigor constituye, por tanto, una realidad a tener en cuenta.

De la práctica se induce que cabe la concurrencia entre la aplicación provisional del tratado para unos y su entrada en vigor para otros. También se presume que el tiempo consumido por la aplicación provisional cuenta para el cómputo de su duración, si era limitada, y de los plazos de reconducción del tratado, si ha sido prevista. Más difícil es pronunciarse acerca de los efectos (*ex tunc* o *ex nunc*) de la terminación de la aplicación provisional cuando no es consecuencia de la entrada en vigor del tratado. La solución dependerá de la índole de las obligaciones pactadas y satisfechas.

185. Las reglas de Derecho interno

El Derecho Internacional deja en manos de los Derechos estatales o, en su caso, de las reglas propias de una Organización Internacional, si y en qué medida los representantes de un sujeto puedan convenir la aplicación provisional de un tratado. De hecho, es posible encontrar Estados (Colombia, Venezuela) cuyo ordenamiento interno prevé la posibilidad de aplicar provisionalmente algunos o todos los tratados internacionales, y otros (Costa Rica, Guatemala) que se pronuncian en sentido contrario. Por lo general, no es erróneo afirmar que los ordenamientos internos se han visto sorprendidos por las iniciativas gubernamentales, lo que unido a la falta de reacción de otros poderes, particularmente el Legislativo, ha supuesto la consolidación de la aplicación provisional antes de su recepción legal.

En España, el Decreto 801/72 (arts. 20.2 y 30) aludió a la aplicación provisional dando por supuesta su permisibilidad, pero su regulación no se produjo hasta 1997. La Ley 50/97 (art. 5.1, d) pone en manos del Consejo de Ministros la decisión de acordar la aplicación provisional de los tratados.

Dado que la regulación es mínima, cuando no inexistente en muchos países, y se han detectado abusos y desviaciones, cabe hacer desde un punto de vista de política legislativa las siguientes consideraciones:

- 1) La aplicación provisional de los tratados es un recurso excepcional al que ha de accederse sólo en circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad.
- 2) Si en el orden interno hay materias para las que ni siquiera en estas circunstancias se permite actuar al Gobierno mediante Decreto-Ley, con igual motivo ha de rechazarse que pueda convenir la aplicación provisional de tratados que las afecten.
- 3) Igualmente, deberían excluirse del ámbito de la aplicación provisional los tratados de obligada autorización parlamentaria cuya ejecución sea susceptible de provocar situaciones irreversibles o difícilmente reversibles que, en definitiva, acaban colocando a las Cámaras ante hechos consumados.
- 4) Ha de mirarse con recelo la aplicación provisional de tratados que suponen una merma de derechos reconocidos a los ciudadanos por tratados anteriores.
- 5) Convenida la aplicación provisional de un tratado cuya conclusión requiera autorización de las Cámaras legislativas, el tratado ha de serles inmediatamente remitido, al objeto de que se inicie sin demora su tramitación. Sería también procedente fijar a la aplicación provisional un límite temporal máximo.
- 6) De ser denegada la autorización, el Gobierno ha de notificar de seguido a los demás sujetos interesados su intención de no llegar a ser parte, terminando en ese momento su aplicación provisional.
- 7) La recepción en el orden interno de las obligaciones contenidas en los tratados aplicados a título provisional y su prevalencia o no sobre los preceptos de rango legal podrían ser sometidas a reglas particulares.

XLVII. REGISTRO Y PUBLICACIÓN INTERNACIONAL

186. *El registro*

Las partes en un tratado tienen la obligación de transmitir su texto al Secretario General de las Naciones Unidas para su registro y publicación (art. 102.1 de la Carta de las NU; arts. 80.1 CV1969, y 81.1 CV 1986). En España, el Decreto 801/72 (art. 28) ordena al Ministerio de Asuntos Exteriores la adopción de las medidas pertinentes para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 102 de la Carta de Naciones Unidas Su propósito es evitar los tratados *secretos*. La idea ha prosperado y junto al registro central y general de Naciones Unidas, se han abierto registros particulares de organismos especializados (como la OACI) y organizaciones regionales (como la OEA).

La práctica totalidad de los tratados multilaterales generales contiene cláusulas expresas de registro. En los tratados bilaterales esas cláusulas son infrecuentes, pero el registro es también un derecho que cualquiera de las partes puede ejercer por su cuenta y que, de hecho, se ejerce, pues según las estadísticas se registran tres de cada cuatro tratados estipulados en el mundo.

Ahora bien, el registro (y, por supuesto, la publicación) de los tratados no constituyen condiciones para su validez (CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 1994) ni son actos imprescindibles en su formación. La única consecuencia que cabe deducir del incumplimiento de la obligación de registro en el ámbito internacional, toda vez que las Convenciones de Viena se han abstenido de prever sanción alguna al respecto, es la imposibilidad de invocar los tratados no registrados ante los órganos de las Naciones Unidas (art. 102.2 de la Carta). Aunque esto incluye a la Corte Internacional de Justicia, es dudoso que el Tribunal se acoja a esta disposición para ignorar en su proceso decisorio un tratado válido, vigente y preexistente.

187. La publicación

La publicación de los tratados “a la mayor brevedad posible” (art. 102.1 de la Carta)— es el complemento necesario y natural del registro. Según el Reglamento adoptado en 1946 (art. 12), todos los tratados registrados debían ser publicados en inglés y francés; no obstante las dificultades surgidas a consecuencia de su volumen y consiguiente retraso en la publicación llevaron a la Asamblea General (Res. 33/141, de 1978) a permitir la no publicación *in extenso* de ciertos tratados de importancia menor.

La participación en los tratados multilaterales

XLVIII. CONSIDERACIONES GENERALES

188. Tratados generales y abiertos

Entre las diversas clasificaciones que pueden hacerse de los tratados la más significativa es la que los distingue en *bilaterales* y *multilaterales*, desdoblándose éstos en *generales* y *restringidos y/o abiertos* y *cerrados*, según su vocación de atraer o no la participación de todos los Estados del mundo (o de una determinada región) y los métodos para servir este fin. Estas distinciones se proyectan en un buen número de disposiciones de las Convenciones de Viena de 1969 y 1986. Ahora se trata de considerar las medidas para fomentar la participación en los tratados multilaterales, especialmente los generales y/o abiertos, que aspiran a tener un valor normativo para todos los sujetos de un espacio, universal o regional.

Teniendo en cuenta la ausencia de un poder *legislativo* en la sociedad internacional y el efecto *relativo* de los tratados, que obligan sólo a las partes, se entiende que la suerte de un tratado que pretende regular las relaciones entre un amplio número de Estados depende de la participación efectiva de éstos y que, por eso mismo, sus negociadores estén muy interesados en que el tratado incluya cláusulas que faciliten dicha participación. A este propósito responde la configuración de *cláusulas abiertas* (invitaciones más o menos generalizadas) a la manifestación del consentimiento. Pero la extensión de estas cláusulas en beneficio de sujetos no estatales y la afirmación de que, al margen de ellas, los Estados gozarían de un *derecho* a ser partes en los tratados multilaterales generales, con base en el principio de igualdad soberana, han sido polémicas (v. par. 189, 190).

Para fomentar la participación, amén de la fiscalización del proceder de los sujetos invitados a ser partes, las resoluciones incitadoras de las Organizaciones Internacionales que auspician los tratados, o las campañas anuales de promoción que desde el 2000 organiza la Secretaría General de las Naciones Unidas, los negociadores han ideado y convenido estipulaciones escapatorias o de modulación del contenido del tratado. Cláusulas *facultativas*, de *exclusión*, de *excepción* y *restrictivas*, cláusulas que permiten la *opción* entre distintas disposiciones o su *modificación* en las relaciones entre sólo algunos contratantes, aparecen solas o combinadas, al extremo que en ocasiones resulta difícil delimitarlas e, incluso, inventariarlas pues —como dijo Michel Virally— “la imagina-

ción de los juristas y diplomáticos en este ámbito ha demostrado ser ilimitada” (v. par. 191-195).

Al margen de estas cláusulas, el Derecho de los Tratados cuenta con instituciones típicas ideadas con la misma finalidad. La *reserva* es, entre otras posibles, la técnica flexibilizadora por excelencia (v. par. 196-213), colindante con las *declaraciones interpretativas*, endiabladamente imbricadas en la práctica con ellas (v. par. 214-216). Sintomático es que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) retomara esta cuestión en su programa de trabajo y acordara elaborar una *Guía de la práctica con directrices* para clarificar y completar las reglas de la Convención de Viena.

El afán por ensanchar el círculo de contratantes puede acabar, sin embargo, poniendo a prueba la satisfacción del objetivo normativo general perseguido, pues los métodos adoptados para favorecer la universalidad arriesgan provocar una asimetría y fragmentación de obligaciones y, como consecuencia, la disipación de la norma.

La cuestión de la participación se plantea en términos distintos cuando afecta a tratados *multilaterales restringidos*, dada la importancia que para cada uno de los participantes tiene tanto la identidad de los demás como la fijación del contenido del tratado. De ahí que, en este supuesto, la participación se circunscriba a Estados *eo nomine* o a procedimientos de invitación formal adoptados por unanimidad (por ej., art. 10 del Tratado del Atlántico Norte, 1949) y que las reservas, o no se permitan o se sometan a un régimen especial (v. par. 209).

XLIX. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN

189. Las cláusulas abiertas [Cláusula todos los Estados]

En relación con los *Estados* la participación universal sobre bases no discriminatorias está dentro de la lógica de los tratados multilaterales generales. El discurso no ha de ser distinto en un plano regional respecto de tratados que, en ese ámbito, tienen condición de *generales*.

Esta *universalidad* puede propiciarse mediante la inclusión de *cláusulas abiertas* a la participación de todos los Estados (por ejemplo, arts. 25.1 de la Convención de NU contra la tortura, 1984, y 21.1 de la Convención Interamericana contra el terrorismo, 2001, abierta a todos los Estados miembros de la OEA). Yendo más lejos, se ha sostenido un *derecho* de participación con independencia de cláusula convencional que así lo disponga, fundado en el principio de igualdad soberana.

La práctica de los años de la *guerra fría* estuvo envenenada por el conflicto entre los países socialistas y No Alineados, que trataban de impulsar mediante *cláusulas abiertas* el reconocimiento y consolidación de sujetos, como la RD

Alemana, Corea del Norte o Vietnam del Norte, y los países occidentales que, para impedirlo, se oponían a ellas, inclinándose por la exigencia de una *invitación* de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Una vez superadas las descalificaciones recíprocas de aquel período, la cláusula *todos los Estados* se ha impuesto como un componente normal en los tratados multilaterales generales y hoy se la presume implícita en los tratados multilaterales generales que no se pronuncian al respecto.

Esto no significa, sin embargo, que haya cristalizado, al amparo de una norma general, el *derecho* de todos Estados a participar en los tratados multilaterales, pues supondría coartar el albedrío de los negociadores para designar, de uno u otro modo, los sujetos con los que están dispuestos a comprometerse o, incluso, para emanar declaraciones obstativas a la participación de Estados —o gobiernos— no reconocidos.

190. La participación de otros sujetos

Los otros sujetos de la sociedad internacional están lejos de conseguir el reconocimiento de una amplia, general e incondicional participación en los tratados multilaterales abiertos a la generalidad de los Estados.

Las Organizaciones Internacionales han tropezado con la fuerte oposición de los Estados para acceder como partes a los tratados multilaterales, aunque éstos les afecten y/o interesen por su contenido. La participación de las Organizaciones en pie de igualdad con los Estados origina, desde luego, complicaciones técnicas que requieren esfuerzos adicionales en la negociación y redacción del texto, así como en el establecimiento de los métodos de control y de arreglo de las controversias a las que pudiera dar lugar la aplicación e interpretación del tratado. Pero ninguno es insoluble y la práctica muestra avances considerables a este respecto.

Permitir la aceptación de las disposiciones de un tratado por una Organización sin que ello supusiera su participación en el mismo fue una primera medida que, por ejemplo, se siguió al regular las actividades del espacio ultraterrestre. Más tarde se ha ido regularizando la práctica de admitir como contratantes a las Organizaciones Internacionales previamente invitadas, especialmente las de integración, con formulaciones más o menos genéricas (véanse, por ej., arts. 84.1 y 2 CV1986; 305.1.f y Anexo IX CONVEMAR; 22 de la Convención Marco de las NU sobre cambio climático).

Aun así el derecho de participación de las Organizaciones Internacionales en los tratados multilaterales generales suele someterse a condiciones discriminatorias. La misma Convención de Viena de 1986, siguiendo un criterio muy extendido, sólo computa los instrumentos de ratificación o adhesión de los *Estados* llamados a ser partes, y no los de las Organizaciones Internacionales, entre los treinta y cinco precisos para su entrada en vigor (art. 85.1), razón por la cual este hecho, a pesar del largo tiempo transcurrido, aún no se ha producido. Por

otro lado, el ejercicio del derecho a ser parte que la CONVEMAR (1982) reconoce a las Organizaciones Internacionales de integración se subordina (Anexo IX) a que ya sean partes en la misma la mayoría de sus Estados miembros; como consecuencia, estipula que la Organización no podrá conservar el *status* de parte si todos sus miembros dejan de serlo.

Los *movimientos de liberación nacional* y los *pueblos coloniales*, admitidos habitualmente como de *observadores* en Organizaciones y Conferencias tendientes a la formación de tratados multilaterales generales, han encontrado fuertes resistencias cuando se ha planteado su participación como contratantes (véanse, por ej., arts. 305.1, *b* y *e* CONVEMAR y res. III.1, *a*, de la III Conferencia de las NU sobre el Derecho del Mar).

A lo que de momento han podido aspirar los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera —y las autoridades que los representan— es a que se les reconozca —siguiendo un modelo aplicado a las Organizaciones Internacionales— la posibilidad de obligarse por las disposiciones de algunos tratados multilaterales generales mediante una declaración al efecto, pero sin acceder formalmente a la condición de partes. Así, por ejemplo, mediante declaración de 7 de julio de 1982 Palestina expresó su compromiso unilateral de aplicar el Convenio IV de Ginebra (1949), relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, lo que Suiza, Estado depositario, consideró válido; pero cuando el 14 de junio de 1989 la OLP solicitó adherirse, entre otros, al Convenio IV, en nombre del Estado palestino, el depositario estimó que “no estaba en condiciones de decidir si la solicitud ...podía considerarse como instrumento de adhesión” (v. CIJ. *Muro*, 2004) (v. par. 561).

L. CLÁUSULAS DE MODULACIÓN DEL CONTENIDO DEL TRATADO

191. *Noción*

Para facilitar la más amplia participación en los tratados multilaterales los negociadores recurren a menudo a cláusulas cuyo objeto es excluir, suspender, suavizar y matizar su contenido obligacional o permitir la opción por contenidos alternativos. De esta manera, *modulando* los compromisos pueden disolverse las reticencias de los Estados (y otros sujetos) recelosos del efecto de las obligaciones asumidas sobre sus intereses o sobre su libertad para afrontar eventuales conflictos.

Los negociadores gozan de absoluta libertad en la concepción de las cláusulas, atendiendo a una amplia gama de consideraciones y objetos, a menudo solapados: el tipo de tratado, su función, alcance y duración dentro del mismo, su definición concreta o genérica, el control de su ejercicio... A ello se une una gran confusión conceptual y terminológica. Examinaremos a continuación

las cláusulas más recurrentes que permiten a los contratantes *personalizar* los compromisos derivados del tratado.

192. Cláusulas facultativas y de exclusión

Las *cláusulas facultativas* (*opting* o *contracting in*) condicionan la obligatoriedad de ciertas disposiciones o partes del tratado a su expresa aceptación, que puede ir acompañada de limitaciones o condiciones, expresamente permitidas o no. La más célebre es la prevista en el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, conocida justamente como *cláusula facultativa u opcional*, estipulando el derecho de todo Estado parte de aceptar como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto de cualquier Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte (v. par. 472).

Las *cláusulas de exclusión* (*opting* o *contracting out*) permiten a los contratantes —o a algunos de ellos— excluir la aplicación de ciertas disposiciones o partes del tratado, obligatorias de no mediar una expresa declaración de voluntad en tal sentido. La Convención de Viena prevé que un sujeto consienta en obligarse respecto de una parte “si el tratado lo permite o los demás contratantes convienen en ello” (art. 17.1).

Aunque los negociadores gozan de libertad a la hora de limitar o dejar abierto *sine die* el plazo para formular estas declaraciones, razones de seguridad jurídica invitan a exigir —según refleja una abundante práctica convencional— que la fecha límite para una declaración hecha de conformidad con una cláusula de *exclusión* sea la de su entrada en vigor. De no ser así, la declaración debería considerarse más bien (CDI) una “denuncia parcial”, que no es desconocida por la práctica convencional (v., por ej., Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, 1989, art. 30).

En cambio, la declaración formulada en virtud de una cláusula *facultativa* podrá habitualmente hacerse tanto antes como después de la entrada en vigor del tratado, pues ya no se trata de *restar*, sino de *sumar* respecto de otros sujetos partes dispuestos de antemano a *sumar juntos*.

Anverso y reverso de una misma moneda, cláusulas *facultativas* y de *exclusión* son concebibles tanto en relación con disposiciones sustantivas como de orden adjetivo, pero es en la esfera procesal donde desarrollan su *hábitat* natural. Por eso los supuestos más ilustrativos los aportan la aceptación o exclusión de los mecanismos de control o el arreglo de las controversias previstos en los tratados, llegando incluso a incorporar un mismo tratado ambas técnicas (v., por ej., la Convención contra la tortura, 1984, arts. 21 y 22).

193. Cláusulas de Opción

Los tratados multilaterales también pueden disponer de cláusulas cuyo objeto consiste en permitir, mediante declaración unilateral, optar entre diferentes

disposiciones, siempre que estén perfectamente delimitadas. En este sentido el artículo 17.2 de la Convención de Viena dispone que la opción sólo surtirá efecto “si se indica claramente a qué disposiciones se refiere”, lo que abarca tanto disposiciones *stricto sensu* (artículos o párrafos) como capítulos, partes o anexos del tratado.

La opción, de acuerdo con la práctica, puede ser: 1) *Cumulativa*, si permite elegir entre el tratado en su totalidad o algunas de sus partes (v., por ej., Acta General de Arbitraje, 1928, rev. 1949, art. 38.1), supuesto difícil de distinguir de una cláusula *facultativa*; y, 2) *Alternativa*, si la cláusula brinda la posibilidad de *elegir* entre dos o más (conjuntos de) disposiciones recíprocamente excluyentes (v., por ej., Convenio 96 de la OIT, relativo a las agencias tributarias de colocación, art. 2).

194. Cláusulas de salvaguardia y derogatorias

Estas cláusulas permiten a una parte suspender la aplicación de obligaciones de un tratado mediando determinadas circunstancias excepcionales.

Se suelen denominar de *salvaguardia* las cláusulas que facultan a las partes para decidir la suspensión una vez han apreciado discrecionalmente la ocurrencia de las circunstancias requeridas para ello y la han notificado a las demás por los cauces previstos por el tratado. Las controversias que el ejercicio de esta facultad puede originar se someterían a los medios de arreglo particulares dispuestos por el tratado y, en su defecto, a los generales del Derecho Internacional.

Se suelen denominar cláusulas *derogatorias* o *derogaciones* las que someten el ejercicio del derecho de suspensión a la autorización o al control de las demás partes o de los órganos establecidos por el tratado.

No obstante no hay que amarrarse a una terminología movедiza (y equívoca), sino a los elementos presentes en cada caso, a saber, la mayor o menor precisión de las circunstancias que permiten la suspensión y la mayor o menor discrecionalidad consentida a las partes en su apreciación, la duración y eventuales prórrogas de la suspensión... Así, lo que se denomina *salvaguardia* en los tratados de contenido económico (por ej., art. XIX GATT) puede aparecer en los tratados de derechos humanos bajo la rúbrica de *derogación* (por ej., art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), o de *suspensión*, término más acorde en lengua española con los efectos de la disposición (por ej., art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Hay que distinguir en todo caso estas cláusulas de las que limitan el alcance de una obligación mediante excepciones y restricciones. Por ejemplo, el artículo VI del *Pacto de Bogotá* (v. par. 474) dispone que no son aplicables los procedimientos de arreglo de las controversias que son su objeto a “los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes o por laudo arbitral, o por sentencia de tribunal

internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del Pacto” (CIJ, *Controversia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia, 2007). En estos supuestos se está estableciendo el contenido mismo de la obligación, no *modulando* el contenido ya establecido de la misma. Obviamente su apreciación en cada caso concreto puede originar controversias susceptibles de someterse a los medios particulares de arreglo dispuestos por el tratado o, en su defecto, a los generales del Derecho Internacional.

Nuevamente hay que llamar la atención sobre la terminología, traicionera, y la operación calificadora, a menudo polémica. Así, la llamada *excepción de orden público*, característica del Derecho Internacional privado, que permite excluir la aplicación de una ley extranjera reclamada en principio por las normas de conflicto del foro, no es una *excepción* a pesar de su nombre, sino una *salvaguardia*, si nos atenemos a las descripciones que hemos hecho.

195. Acuerdos modificativos entre algunas partes

Hay, finalmente, tratados multilaterales que disponen de cláusulas cuyo objeto consiste en prever, para aceptarlos o para prohibirlos, *acuerdos modificativos* de sus disposiciones en las relaciones entre algunas —no todas— las partes contratantes, característica que marca su diferencia con el procedimiento previsto en la Convención de Viena para la *enmienda* del tratado original, potencialmente extensible a todas las partes en él (v. par. 244-246).

La aceptación de *acuerdos modificativos* responde a diferentes propósitos. Uno consiste en permitir a los sujetos contratantes hacer más estrecha su cooperación para satisfacer los objetivos del tratado dentro de los límites y condiciones (formales, materiales, de procedimiento...) que éste haya fijado. Como consecuencia, junto a las relaciones jurídicas *generales* entre todas las partes en el tratado, cohabitan las relaciones *especiales* entre las partes en el acuerdo complementario. La relación entre el acuerdo general y el particular puede concebirse como la existente entre un estándar mínimo y el desarrollo y *profundización* de éste. Las llamadas *cooperaciones reforzadas* de la Unión Europea (Art. 20 TUE, 326-334 TFUE) pueden servir de ejemplo.

Otro propósito de un acuerdo modificativo puede ser el de permitir una selección entre sujetos partes del tratado con quienes, por consideraciones de homogeneidad, vinculación previa o vecindad, se desea activar el régimen convencional, adaptándolo a sus características. A la consecución de este objetivo responde la denominada técnica o régimen de *bilateralización*: el acuerdo complementario no sólo adapta el régimen convencional a las necesidades y conveniencias de los interesados, ampliándolo o reduciéndolo en puntos convenidos, sino que sin él no sería posible la aplicación del tratado multilateral entre las partes. En este caso, a diferencia del anterior, la existencia de un acuerdo complementario es requisito *sine qua non* para la aplicación del tratado. Los convenios gestados en el marco de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional privado son

particularmente proclives a recurrir al régimen de *bilateralización* (v., por ej., Convenio relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil, 1971, art. 23).

Si el tratado no se pronuncia, la Convención de Viena se muestra dispuesta a admitir los acuerdos modificativos siempre que: 1) no afecte al disfrute de los derechos que a las otras partes concede el tratado, ni al cumplimiento de sus obligaciones; y 2) no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y fin del tratado en su conjunto (art. 41.1).

Para garantizar el estatuto de quienes quedan al margen del acuerdo modificativo, la Convención (art. 41.2) impone a las partes en él la obligación de notificar a las demás su intención de celebrarlo, así como su contenido y repercusión sobre el tratado, lo que puede interpretarse en el sentido de que la notificación ha de tener lugar en todo caso antes de la conclusión del acuerdo, si bien “a partir del momento en que la negociación haya alcanzado cierta madurez”, según afirmó la CDI en 1966.

La Convención de Viena deja, no obstante, abiertas varias cuestiones: 1) una es la determinación del objeto y el fin del tratado, que puede ser problemática en tratados que enuncian obligaciones interdependientes (por ej., un tratado de desarme) y absolutas, cuyo cumplimiento no depende del cumplimiento de los otros contratantes (por ej., un tratado sobre derechos humanos); 2) otra es la relativa al efecto jurídico de la objeción al acuerdo modificativo hecha por uno de los notificados; 3) por último, la sanción que podría entrañar la violación del tratado: si el incumplimiento de las condiciones del artículo 41 no basta para invalidar el acuerdo modificativo, de él podría deducirse la responsabilidad internacional de sus autores (v. par. 297, 302) y, eventualmente, la consideración de la terminación o suspensión de la aplicación del tratado en relación con los infractores como consecuencia de su violación grave (v. par. 232, 237).

En definitiva, la apreciación de las condiciones para la celebración de acuerdos modificativos puede ser muy controvertida, como lo son las cláusulas que los admiten, condicionados a su *compatibilidad* con el objeto y fin del tratado, sin disponer de medios para apreciarla en cada caso concreto

LI. LAS RESERVAS

196. *La noción y sus elementos*

Podemos definir la *reserva* como una *declaración unilateral* formulada *por escrito* por un sujeto de Derecho Internacional *al manifestar el consentimiento* en obligarse por un *tratado multilateral*, con objeto de *excluir o modificar los efectos jurídicos* de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a dicho sujeto, *sea cual sea la denominación* que reciba la declaración (art. 2.1.d CV).

Si descomponemos, como hicimos con el tratado (v. par. 114), los elementos de esta definición, advertimos que la reserva: 1) Es una declaración *unilateral*; 2) y *formal*, que se hace por escrito; 3) al *manifestarse el consentimiento* en obligarse por un tratado; 4) *multilateral*; 5) con objeto de *excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones* en su aplicación al sujeto que la formula; 6) siendo irrelevante, en principio, su *enunciado o denominación*. Todos estos elementos o rasgos definitorios requieren, sin embargo, ser precisados y, en su caso, matizados y completados.

197. La reserva: una declaración unilateral

La reserva es una declaración unilateral (y habitualmente individual, aunque nada impide una formulación conjunta por varios Estados u OI). Se caracteriza, frente a otros actos unilaterales ya considerados, por su *dependencia* de un tratado, sea en su formulación, sea en la producción de efectos jurídicos. La indisociabilidad de la reserva respecto del tratado al que se formula y la imposibilidad de proyectar sus efectos fuera del mismo ha sido firmemente sostenida por la CIJ (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988; *Aplicabilidad de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las NU*, 1989).

Dada su naturaleza unilateral, su contenido no esté pactado de antemano. La denominada *reserva negociada*, es decir, la previsión de su contenido e, incluso, de los sujetos facultados a prevalerse de ella, frecuente en la práctica de Organizaciones como el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, son más bien una especie de *opción*.

198. La reserva: Una declaración formal, por escrito

La reserva es una declaración formal que se hace por escrito y se comunica, por su autor directamente o por el depositario (si lo hubiere), a los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes en el tratado con el propósito de informarles y dar pie a su reacción. Todos los actos relacionados con la reserva (objeción, aceptación expresa, retirada de la reserva) se hacen también por escrito y se comunican a los sujetos mencionados por las mismas vías (arts. 23.1, 4 y 78.a CV). Las comunicaciones por correo electrónico o telefax han de ser confirmadas por nota diplomática o notificación al depositario. (CDI, *Guía...*, directriz 2.1.6).

La reserva (y los demás actos con ella relacionados) se entenderá hecha cuando haya sido recibida por el sujeto al que fue transmitida (art. 78.b CV), lo que es relevante (por ej., para determinar el comienzo del plazo para formular objeción). Las comunicaciones por correo electrónico o telefax se entienden hechas en esta fecha, una vez confirmadas (directriz 2.1.6).

199. El momento de su formulación: la manifestación del consentimiento

Según la definición de Viena la reserva ha de formularse en un momento determinado: el de la manifestación del consentimiento del sujeto en obligarse por el tratado (arts. 2.1,*d* y 19.1 CV), o —de ser ese el caso— el de la notificación de sucesión del nuevo Estado (arts. 2.1,*j* y 20 CV de 1978). Es habitual por eso que las reservas se integren en el mismo instrumento donde consta la voluntad del Estado y se comuniquen al perfeccionar dicho consentimiento. Se trata de una norma consuetudinaria exigida por la seguridad jurídica que reclama la estabilidad de las relaciones convencionales y el mismo principio *pacta sunt servanda*, puestos en peligro si las partes en un tratado pudieran en todo momento cuestionar las obligaciones convencionales contraídas mediante la formulación de nuevas reservas (CIJ, *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988; CIDH, *Restricciones a la pena de muerte*, 1983).

a) Reservas embrionarias

Las mismas disposiciones de Viena se hacen eco de este límite *ratione temporis* cuando exigen que la reserva formulada al firmar (esto es, al autenticar el texto del tratado) denominada *reserva embrionaria*, sea confirmada formalmente por su autor al manifestar el consentimiento en obligarse, considerando la fecha de esa confirmación determinante de su régimen jurídico (art. 23.2 CV). No obstante, la reserva *embrionaria* ofrece, junto a su interés político, excluyendo las sorpresas, una cobertura jurídica a las reacciones de los demás, pues su aceptación expresa u objeción no requieren confirmación una vez la reserva se ha formalizado (art. 23.3 CV).

El carácter supletorio de las reglas de Viena permite, no obstante, que los negociadores de un tratado autoricen la formulación de reservas antes o, incluso, después de este momento. Lo primero implica prescindir, al manifestar el consentimiento, de la confirmación de la reserva formulada al firmar. La CDI sugiere la generalización de esta práctica (*Guía...*, directriz 2.2.3).

b) Reservas tardías

Si el tratado permite la formulación de reservas tras la manifestación del consentimiento, suele circunscribirla a las expresamente autorizadas o, en relación con las no previstas, a la aceptación —incluso expresa— de los demás contratantes. Disposiciones de este tenor, sin ser frecuentes, pueden encontrarse en convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, el Consejo de Cooperación Aduanera y el Consejo de Europa.

Pero en defecto de cláusula convencional ¿serán admisibles las reservas *tardías*? Aunque la práctica de algunos depositarios, como la de la Secretaría del

Consejo de Europa, es hostil, por considerar que su admisión sienta un precedente peligroso que “amenazaría la seguridad jurídica y menoscabaría la aplicación uniforme de los tratados europeos”, el Secretario General de Naciones Unidas ha desarrollado una práctica permisiva siempre que medie la *aceptación unánime* de los demás contratantes, que se presume en ausencia de objeción en un plazo de doce meses. La CDI aconseja respaldar esta práctica (*Guía...*, directriz 2.3).

En cuanto a los efectos de la objeción a una reserva *tardía* la unanimidad exigida implica que su rechazo por tan sólo un contratante ocasiona que el tratado entre o siga en vigor “con respecto al Estado o la Organización Internacional que haya formulado la reserva sin que ésta sea efectiva” (directriz 2.3.3). Las mismas reglas se aplican a “la modificación de una reserva existente que tenga por objeto ampliar su alcance” (directriz 2.3.5).

En defecto de previsión convencional podríamos preguntarnos si un Estado puede *reservarse*, en el momento de manifestar su consentimiento, la facultad de formular reservas al tratado más adelante, como hizo Alemania respecto de la propia Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969), sin que nadie lo objetara. Esta clase de reserva suscita severos reparos doctrinales, al instaurar una precariedad permanente gobernada por la soberanía del Estado, y aunque el régimen vigente de la institución no lo impide expresamente, debe considerarse sometida a las reglas aplicables a las reservas *tardías*.

200. Su objeto: *excluir o modificar efectos jurídicos*

El objeto de la reserva consiste en *excluir o modificar* los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en relación con su autor, siempre que ello sea posible; lo que sin duda encuentra un límite en el *ius cogens* internacional y en la misma compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado (art. 19.c CV).

La vinculación de la reserva a *ciertas disposiciones del tratado* destierra las *reservas generales*, es decir, las redactadas en términos “demasiado vagos o amplios para que pueda apreciarse el sentido y el ámbito de aplicación exactos” (TEDH, *Belilos c. Suiza*, 1988). La especie más extendida de este género es la declaración mediante la que un Estado proclama la superioridad de su Derecho interno, religión, cultura o valores sobre los compromisos derivados del tratado (de la que encontramos demasiadas manifestaciones en las reservas formuladas por países de religión islámica, en particular, a tratados de derechos humanos que ponen el dedo en la llaga del controvertido multiculturalismo). Al quedar fuera de la noción de *reserva*, estas declaraciones no pueden beneficiarse de su régimen y efectos.

La CDI (*Guía...*, directriz 1.1.1, 3 y 4) propone, no obstante, integrar las llamadas *reservas transversales*, dirigidas a la totalidad del tratado pero circunscritas a aspectos específicos del mismo (como ciertas categorías de perso-

nas u objetos: los miembros de las fuerzas armadas, los buques y aeronaves de Estado...), a circunstancias determinadas (como las derivadas por un conflicto bélico), relativas al *status* particular de su autor o de su ordenamiento interno (por ej., preservando su *status* de neutralidad), o excluyendo o modificando la aplicación del tratado a un determinado territorio. La CDI justifica su propuesta aduciendo que la inclusión de estas declaraciones en la noción de *reserva* no es un salvoconducto para su validez (directriz 1.6). “Una reserva...sólo puede ser declarada ilegítima si se trata de una reserva”, insiste la Comisión.

a) *Reservas de exclusión*

Hay reservas de *exclusión* y reservas de *modificación*. Las primeras, según se desprende de la Convención de Viena, tienen por objeto descartar la aplicación de cláusulas determinadas de un tratado, algunos de sus párrafos o apartados. Las cláusulas, párrafos o apartados pueden ser uno o varios, pero —a menos que cambie de naturaleza— la reserva no ha de pretender la exclusión de *partes* enteras del tratado. De ser ese el caso estaremos en el supuesto previsto por el art. 17.1 de la Convención de Viena (cláusulas de exclusión) ya considerado. Qué se entiende por una *parte* de un tratado es, sin embargo, una cuestión abierta cuya solución no deja de presentar dificultades. Cabe proponer que será una *parte* del tratado lo que *parte* el tratado denomine, pero también un número sustancial de artículos aunque estén en partes o capítulos distintos...

Atendiendo a la identidad de fundamento y objeto que persiguen reservas y cláusulas de exclusión, y su complicada calificación, la CDI se ha inclinado por incorporar las declaraciones hechas con base en una cláusula de exclusión a la noción de reserva (directriz 1.1.8). Se trataría de reservas aceptadas de antemano y no susceptibles, por tanto, de objeción. Sin embargo, esta asimilación parece, no sólo forzada en el marco de la Convención de Viena, sino desmentida por la práctica, en la que no es difícil encontrar tratados con *cláusulas de exclusión* y, simultáneamente, de *prohibición* de reservas (v., por ejemplo, Estatuto de la CPI, arts. 120 y 124). Incluso hay Organizaciones, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha puesto en conocimiento de la CDI su práctica opuesta a la pretendida asimilación.

b) *Reservas de modificación*

Las reservas de *modificación* tienen por objeto, no ya excluir, sino limitar o reducir los efectos jurídicos de disposiciones determinadas de un tratado (o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos).

Aunque el art. 2.1 *d* de la Convención de Viena habla sólo de *modificar*, su sentido es necesariamente restrictivo. La CDI lo subraya (*Guía...*, directriz 1.1.5). Se trata de desterrar la controvertida *reserva extensiva*, que contraría el espíritu mismo de la institución. La reserva aspira a facilitar la participación

en el tratado marginando o suavizando obligaciones. No puede serlo una declaración que propone nuevos y adicionales compromisos.

Otras directrices de la *Guía* insisten en la misma pretensión. Así, la declaración unilateral por la que su autor pretende “asumir obligaciones que van más allá de las que le impone el tratado”, ampliando o ensanchando su alcance, no es una reserva, sino que “constituye un compromiso unilateral” regido por las normas jurídicas aplicables a este tipo de actos (directriz 1.4.1). Tampoco es reserva la declaración que tiene por objeto “agregar nuevos elementos al tratado”, sino que “constituye una propuesta de modificación del contenido del tratado” (directriz 1.4.2). Sí es reserva la declaración que tiene por objeto “cumplir una obligación en virtud del tratado de una manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado” (directriz 1.1.6), advirtiéndose que la *propuesta de sustitución* debe implicar asumir una obligación menor que la prevista en el tratado, pues caso contrario entraríamos de nuevo en el terreno vedado de la declaración expansiva.

201. Su vinculación a los tratados multilaterales

La reserva está vinculada a los tratados multilaterales. Con independencia de que las reglas pertinentes de la Convención de Viena (arts. 19 a 23) están redactadas pensando exclusivamente en los tratados multilaterales, así lo reclaman la naturaleza, función y efectos jurídicos de la institución. Al adoptarse el texto de un tratado bilateral de común acuerdo, las reservas son en este momento impensables. Su formulación posterior, con ocasión de la manifestación y perfeccionamiento del consentimiento, revelaría la ruptura del acuerdo preexistente sobre el texto del tratado, lo que constituiría una oferta de renegociación que, de ser aceptada, permitiría la conclusión del tratado y, de no serlo, la impediría. La CDI corrobora este planteamiento (*Guía...*, directriz 1.5.1).

202. Su denominación

La denominación que se dé a una declaración unilateral formulada a un tratado no prejuzga en uno u otro sentido su condición de reserva (art. 2.1.d CV). Es el efecto que la declaración persigue, y no el nombre que reciba, lo que determina su naturaleza y régimen jurídico.

Ahora bien, considerando la existencia de supuestos de difícil y controvertida calificación, en gran parte debida a las manipulaciones de los sujetos interesados, podría presumirse que a un Estado le son oponibles las cabeceras que emplea y a los demás los actos hechos o dejados de hacer en relación con ellas. Si un Estado llama *reserva* a su declaración, es lógico esperar que los demás reaccionen frente a ella como a la reserva corresponde (aceptándola u objetándola); pero no lo será en caso contrario. Si un Estado no reacciona frente a lo que el declarante llama *reserva*, habrá de probar que, a pesar del nombre, no es

tal. Si un Estado insiste en que es *reserva* lo que bautizó de otra manera, habrá de demostrarlo.

La imposición de límites a la indiferencia del nominalismo tiene particular relevancia por lo que hace a la distinción entre reservas y declaraciones interpretativas, a la que nos referiremos más adelante (v. par. 215).

203. Régimen jurídico

El régimen jurídico de las reservas ha cambiado radicalmente con el paso de los años. Hasta 1950 rigió el *principio del consentimiento unánime*, en virtud del cual las reservas no previstas en el tratado no eran admitidas de no mediar la aceptación expresa de todos los Estados interesados (contratantes y facultados para llegar a ser partes). Ello implicaba que una sola objeción impedía al reservante devenir contratante y, consecuentemente, lo excluía del círculo subjetivo del tratado. Favorable a la unidad e integridad del tratado, la aplicación del principio fue dulcificada a partir de las Conferencias de la Paz de La Haya (1899 y 1907) con la presunción irrevocable de aceptación de las reservas no objetadas en un determinado plazo (establecido, en el silencio del tratado, por el mismo depositario).

En el ámbito regional americano se abrió paso un sistema menos rígido, denominado *regla panamericana mínima*, que permitía la entrada en vigor del tratado multilateral entre el Estado que formulaba la reserva y los que la aceptaban, pero no entre el reservante y los que la objetaban. Sobre la unidad e integridad del tratado prevalecía el afán por ampliar la participación en el tratado compensado con el reconocimiento de que las reservas no podían ser impuestas contra su voluntad a los demás Estados.

Las dudas surgidas respecto de la entrada en vigor de la Convención sobre la prevención y represión del delito de genocidio (1948), debidas a la formulación de reservas y objeciones por contratantes y signatarios, llevaron a la Asamblea General a solicitar de la Corte Internacional de Justicia un dictamen que, emitido el 28 de mayo de 1951, señaló un nuevo rumbo. Lejos de confirmar el principio del consentimiento unánime, la Corte declaró que éste no se había convertido en norma de Derecho Internacional y que, en el silencio del tratado (caso de la Convención de genocidio), era la *compatibilidad de la reserva con su objeto y fin* el criterio que debía regir, de un lado, su formulación y, de otro, la reacción de los demás contratantes mediante su aceptación u objeción. Siendo éste un juicio descentralizado y, por ende, discrecional, la misma Corte asumió que ante reservas idénticas la reacción de los demás podía ser —y de hecho es— dispar, pero la exclusión absoluta del reservante del círculo subjetivo del tratado sólo podía ser la consecuencia de una objeción unánime o de una decisión de carácter jurisdiccional, hipótesis ambas muy improbables.

El principio formulado por la Corte, pese a la incertidumbre que genera acerca de lo que es o no compatible con el tratado (o, tal vez, por eso), fue inme-

diatamente endosado por la Asamblea General y, más tarde, por la CDI en el proyecto de arts. (1966), base de la Convención de Viena (1969). No obstante, la Convención (arts. 19-23) aún fue más lejos, en un sentido muy favorable para el reservante.

Pese a su carácter supletorio, las reglas de la Convención tienen gran trascendencia por la escasez de cláusulas de reservas, debida a la dificultad política y técnica de su redacción, y —sobre todo— a las lagunas e imprecisiones que presentan.

204. Reservas previstas: prohibidas y autorizadas

La consideración de las reglas sobre formulación y admisibilidad de reservas ha de ordenarse atendiendo a que el tratado haya previsto o no tal formulación. A esta distinción se refiere el artículo 19 de la Convención de Viena, que permite la formulación de reservas a menos que estén prohibidas por el tratado, expresa o implícitamente (art. 19 *a* y *b*) o, en su defecto, sean incompatibles con su objeto y fin (art. 19 *c*).

Examinaremos, en primer lugar, las reservas previstas por el tratado, sea para prohibirlas, sea para autorizarlas.

a) Reservas prohibidas

La *prohibición expresa* de formular reservas (art. 19 *a* CV) puede ser general, admitir excepciones o circunscribirse a determinadas disposiciones o tipo de reservas (identificadas normalmente en función de su categoría u objeto).

La prohibición general de formular reservas casa a la perfección con la labor de codificación y desarrollo progresivo; de ahí que en Naciones Unidas haya prosperado en señeros instrumentos de última generación sobre desarme (Convención sobre la prohibición de minas anti-personas, 1997, art. 19), protección del medio ambiente (Convención Marco sobre el cambio climático, 1992, art. 24, y Protocolo de Kyoto, 1997, art. 26), derechos humanos (Protocolo Facultativo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1999, art. 17) y Derecho Internacional humanitario (Estatuto de la CPI, art. 120). En otras ocasiones la prohibición trata de evitar que por esta vía un Estado acabe defraudando obligaciones aceptadas en un *quid pro quo*. Así la CONVENMAR (1982) dispuso (art. 309) la prohibición de reservas “salvo las expresamente autorizadas por otros artículos”.

La prohibición de formular reservas también puede ser *implícita*: una cláusula disponiendo que pueden hacerse *únicamente* determinadas reservas (art. 19 *b*), excluye todas las demás.

La reserva prohibida, si se formula, será ineficaz por sus propios méritos. Para que produzca efectos jurídicos —y siempre que no afecte a *ius cogens*—

sería indispensable el consentimiento expreso y unánime de los demás contratantes. Cosa distinta es que la aceptación expresa por un Estado de la reserva prohibida formulada por otro permita establecer entre ambos las bases de un acuerdo modificativo del tratado en la medida en que éste sea posible (v. par. 195).

En la práctica, el problema es de calificación. Hay prohibiciones cuya aplicación es poco menos que mecánica (por ej., las identificadas por el número de los artículos) por ser, en la terminología reciente de la CDI, *manifiestamente inválidas* (*Guía...*, directriz 2.1.8), pero otras obligan a estimaciones subjetivas, como las que rechazan las reservas de carácter general (así, por ej., Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, art. 57) y/o se limitan a remitir al criterio supletorio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado (por. ejemplo, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979, art. 28.2), circunstancia en la que el tratamiento de la reserva prohibida tiende a confundirse con el de la no prevista. Y no digamos cuando la reserva prohibida trata de emboscarse tras la pantalla de una declaración interpretativa, a lo que particularmente invita la prohibición general de formular reservas al tratado (v. par. 215).

b) Reservas autorizadas

En el caso de reservas *expresamente autorizadas*, sea con carácter general o puntual, no se exige la aceptación ulterior de los demás contratantes, a menos que el tratado disponga otra cosas (art. 20.1 CV). La Convención no ofrece base para hablar de *reservas implícitamente autorizadas*. Las reservas *no prohibidas* han de ser compatibles con el *objeto y fin* del tratado y, por lo tanto, su tratamiento es el de las reservas *no previstas* por el tratado (CDI, *Guía...*, directriz 3.1.3).

La autorización expresa de reservas no implica — a menos que el tratado especifique su contenido (reservas *negociadas*)— que los contratantes se hayan despojado de la facultad de objetarlas y estén obligados a pasar por todas ellas, primero porque estas reservas no escapan a la exigencia de compatibilidad con el *objeto y fin* del tratado (*Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977; CDI, *Guía...*, directriz 3.1.3 y 4) y también porque siempre será posible objetar por consideraciones políticas o de pura conveniencia u oportunidad. Cuando se ignora qué y cómo se va a reservar, es lógico entender que los Estados conservan la facultad que les permite parar sus efectos atendiendo a sus propios intereses. Pensemos además (P.H. Imbert) en los Estados que no han participado en la negociación de la autorización o han figurado en la minoría contraria a su adopción.

205. *Reservas no previstas: su compatibilidad con el objeto y el fin del tratado*

Imprevisión no equivale a prohibición. Un Estado puede formular una reserva no prevista en la medida en que no “sea incompatible con el objeto y el fin del tratado” (art. 19 *c*). El principio ha adquirido en la actualidad carácter general y alcance universal siendo, según dice la CDI, “el que reviste la mayor importancia a los fines de la determinación de la licitud de las reservas” (*Conclusiones preliminares sobre las reservas a los tratados multilaterales normativos, incluidos los tratados de derechos humanos*, 1997). Aplicarlo no es una tarea fácil.

Una reserva, se dice, es incompatible con el objeto y fin “si afecta a un elemento esencial del tratado, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometa la razón de ser del tratado” (CDI, *Guía...*, directriz 3.1.5) Hay que determinar el *objeto y fin* del tratado (“de buena fe, teniendo en cuenta (sus) términos en el contexto de estos” (3.1.6), acumulando toda suerte de herramientas exegéticas, de la gramática común a los trabajos preparatorios, del *nomen iuris* a su estructura general y a la práctica ulterior. A partir de ahí será posible establecer la compatibilidad con él de la reserva formulada y, con ello, su validez.

De antaño jurisprudencia y doctrina han hecho notables esfuerzos para tratar de identificar tratados que por su *naturaleza* o *carácter* son incompatibles con la formulación de reservas. Alejandro Álvarez, disidente en la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre *Reservas* (1951), citó al efecto los tratados constitutivos de una Organización Internacional, los relativos al *status* territorial de los Estados, los que proclaman principios fundamentales de Derecho Internacional y los humanitarios. Se ha afirmado también la incompatibilidad de las reservas con un tratado que pretende codificar normas generales (CIJ, *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969). Se ha sugerido, asimismo, la incompatibilidad cuando las reservas se formulan a disposiciones cuya adopción fue *conditio sine qua non* para la aceptación de otras disposiciones del tratado...

Hoy la cuestión ha adquirido renovados bríos al calor, especialmente, de las decisiones adoptadas por órganos de supervisión de tratados de derechos humanos. Además de recordar la prohibición de reservar normas imperativas, pues resulta inconcebible que un Estado pueda mediante una reserva eximirse de la aplicación de una norma que “no admite acuerdo en contrario” (art. 53 CV), se ha sugerido que tampoco pasarían el *test* del *objeto y fin* del tratado las reservas de contenido vago y/o carácter general; las reservas a disposiciones que expresan derecho consuetudinario; las formuladas a tratados de derechos humanos (*Observación General 24* del CtDH, 1994); las que pretenden cercenar o limitar la obligación de adoptar medidas internas de desarrollo de normas y obligaciones internacionales *not self-executing* (frecuentes en la práctica de Estados Unidos) por ser contrarias al principio *pacta sunt servanda*; las que obstaculizan la

actuación de los órganos de supervisión del cumplimiento del tratado dispuestos por éste con carácter obligatorio...(CDI, *Guía...*, directriz 3.1.7-13).

206. *Evaluación de la validez de las reservas*

El esfuerzo por destripar el *objeto y fin* de los tratados e identificar categorías alérgicas a las reservas es meritorio en su planteamiento, discutible en sus aproximaciones y poco relevante en sus resultados, mientras no existan mecanismos centralizados para determinar la *admisibilidad objetiva* —la *validez material*— de la reserva y perviva su abandono en manos de cada contratante, facultado no sólo a una apreciación discrecional de su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, sino también a objetarla por meras consideraciones de oportunidad y conveniencia.

Los sujetos contratantes no son, ciertamente, los únicos legitimados para pronunciarse sobre la admisibilidad o validez material de las reservas. Órganos judiciales y arbitrales internacionales competentes en un litigio pueden pronunciarse sobre el particular, si lo requiere la decisión, en términos vinculantes para las partes en el proceso (CDI, *Guía...*, directriz 3.2.5). La misma competencia se suele reconocer a los órganos de vigilancia o supervisión de la aplicación de un tratado en la medida requerida por el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites que el propio tratado o los contratantes en acuerdo aparte hayan convenido. Pero, en defecto de una expresa previsión convencional, el pronunciamiento de tales órganos sobre la validez de una reserva no obliga a los contratantes y no coarta su competencia para hacer sus propios juicios (CDI, *Guía...*, directrices 3.2.1-4).

La libertad de formular reservas se corresponde con el derecho de los demás sujetos contratantes y facultados para llegar a ser partes de aceptarlas u objetarlas. Para buscar una significación al artículo 19.c de la Convención de Viena debería admitirse una de dos: o bien que la impugnación de una reserva por incompatibilidad con el *objeto y fin* del tratado no está sometida al plazo preclusivo de doce meses dispuesto por la Convención (art. 20.5), o bien que no cabe objetar una reserva inmotivadamente, por simples consideraciones de oportunidad o conveniencia (v. CDH, *Documento de trabajo definitivo sobre las reservas formuladas a tratados de derechos humanos*, 2004). La Convención no ofrece, sin embargo, una base de sustentación para lo uno ni para lo otro, por lo que cabe concluir que en la práctica los contratantes pueden formular las reservas no previstas que les venga en gana y que con el mismo espíritu los demás podrán aceptarlas u objetarlas en los doce meses siguientes, dejando abierta la cuestión de si acaso podrán también objetar más tarde a condición de hacerse adalides del respeto del *objeto y fin* del tratado. La incertidumbre que la situación genera, aumentada por la discrepancia de juicios hechos de manera descentralizada, alienta la instauración de mecanismos institucionalizados capaces de una evaluación objetiva, y a ser posible vinculante, cuando la validez

de una reserva es controvertida. Esta es la función que desde hace más de dos décadas reclaman para sí los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos.

La CDI, siguiendo las pautas de la Convención de Viena, define la *objección* como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional como reacción ante una reserva a un tratado formulada por otro Estado u otra Organización Internacional, por la que el primer Estado o la primera Organización se propone excluir o modificar los efectos jurídicos de la reserva, o excluir la aplicación del tratado en su conjunto, en sus relaciones con el Estado o la Organización autor de la reserva” (*Guía...*, directriz 2.6.1).

La *objección* ha de ser, en todo caso, *expresa* —más precisamente por escrito (art. 23.1 CV)— y ha de plantearse en el término de doce meses desde la recepción de la notificación de la reserva, si el objetante ya era contratante en esa fecha o, si no lo era, al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado (art. 20.5 CV). Con anterioridad a ese momento, la reserva *embrionaria* también es susceptible de objeción sin que se exija su ulterior confirmación (art. 23.3 CV) aunque, como es natural, sus efectos quedarán en suspenso hasta que se cumpla una doble condición: que la reserva sea efectivamente formulada y que el objetante adquiera —de no tenerla— la condición de contratante.

Han de considerarse efectivas las objeciones que se plantean con carácter general a un tipo determinado de reservas aun antes de que se formulen y, en consecuencia, haciendo abstracción de quienes sean sus autores, lo que evita al objetante el desgaste político y la reiteración. Tratándose de reservas específicas potenciales o futuras, la CDI sostiene que una objeción no produciría efectos jurídicos (*Guía...*, directriz 2.6.14). Más difícil es pronunciarse acerca de si, ante reservas idénticas, ha de presumirse reiterada la objeción hecha a la primera, pues lo considerado incompatible, y más aún lo inoportuno, podría no serlo después o respecto de otros sujetos.

La *aceptación* de la reserva, además de *expresa* y por escrito (art. 23.1 CV), puede —y suele— ser— *tácita*, cuando se agota el término de doce meses sin que los contratantes formulen objeción, e *implícita*, cuando un sujeto se obliga por el tratado sin objetar las reservas formuladas más de un año antes (art. 20.5 CV).

207. Efectos jurídicos

La formulación de una reserva *inválida* no genera por sí responsabilidad internacional, produciendo sus efectos conforme al Derecho de los Tratados (CDI, *Guía...*, directriz 3.3 y 3.3.1). La dinámica individualista ínsita en el régimen de aceptación-objección de una reserva provoca efectos jurídicos del mismo signo, *bilateralizados*, verificables siempre y sólo en las relaciones entre el reservante y cada uno de los aceptantes u objetantes (arts. 20.4, y 21 CV). La reserva no altera

las relaciones de las otras partes *inter se* (art. 21.2). Por eso se habla de su *efecto relativo*. Lo mismo ocurre, de ser un órgano judicial o arbitral internacional quien se pronuncia sobre la validez de una reserva (CIJ, art. 59 del Estatuto).

En las *relaciones entre reservante y aceptante*, las disposiciones del tratado a que se refiere la reserva se modificarán en la medida determinada por la misma (art. 21.1 CV).

Para las *relaciones entre reservante y objetante* las reglas de Viena contemplan dos posibles efectos: *máximo*, si el autor de la objeción manifiesta *inequívocamente* la intención de impedir la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el reservante (art. 20.4); *mínimo*, de no expresar tal intención, en cuyo caso las disposiciones concernidas “no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva” (art. 21.3). Se distingue así entre una *objeción cualificada* (también apodada *reforzada* o *radical*) y una *objeción simple* (*residual* o *presunta*). Tradicionalmente se había presumido (*regla panamericana mínima*; CIJ, *Reservas*, 1951; incluso CDI, proyecto de arts., 1966) que la objeción impedía la entrada en vigor del tratado entre el objetante y el autor de la reserva. La Conferencia de Viena invirtió la presunción.

La primera impresión que produce la lectura del artículo 21.3 de la Convención es la de que los efectos de la *objeción simple* coinciden con los de la *aceptación*, lo que situaría al objetante en la disyuntiva de recurrir a la *objeción cualificada* (dinamitando la aplicación del tratado) o dar a su acto —la *objeción simple*— una significación exclusivamente política. Esto último dependerá, no obstante, de la incidencia de factores como el tipo de cláusula —adjetiva o sustantiva, contractual o normativa— reservada y el carácter —excluyente o modificativo— de la misma. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que si bien *una reserva es oponible al aceptante no lo será al objetante*, que siempre puede contestar la posición de su autor.

Si un sujeto puede, al objetar, oponerse a la entrada en vigor del tratado en sus relaciones con el autor de la reserva, podrá con mayor motivo excluir la aplicación de sólo una parte o de las disposiciones que estime vinculadas a las que han sido reservadas, siempre que sea factible la divisibilidad del tratado. Se ha hablado así (CDI, *Guía...*, directriz 3.4.2) de objeciones de efecto *intermedio*, entre la *simple* y la *cualificada* (v., por ej., objeciones a las reservas formuladas al art. 66 de la CV de 1969, relativo al procedimiento para la verificación de la nulidad, la terminación y suspensión de los tratados).

Cabe preguntarse si en esta tesitura podrá el autor de la reserva reaccionar reclamando en su beneficio los efectos de la *objeción cualificada*, esto es, que el tratado no entre en vigor en sus relaciones con el objetante.

208. *Reservas y entrada en vigor del tratado*

Según el artículo 20.4.c de la Convención de Viena, un acto de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado que contiene una reserva es efec-

tivo desde la fecha en que al menos otro contratante la ha aceptado, supuesto al que hoy debe añadirse el de la objeción no cualificada. Se ha pasado así de la *aceptación unánime* como condición para que el autor de la reserva acceda al tratado a la *objeción cualificada unánime* como condición para impedirlo, hipótesis muy improbable.

De acuerdo, pues, con las reglas de Viena la primera aceptación u objeción a una reserva sin oponerse a la entrada en vigor tiene una especial trascendencia, pues permiten considerar contratante al reservante y contarle, en su caso, en el número de los necesarios para la entrada en vigor del tratado. La práctica del Secretario General de Naciones Unidas como depositario ha ido más lejos, pues entre los instrumentos de manifestación de consentimiento requeridos para la entrada en vigor de un tratado cuenta los depositados con reservas, sin prestar atención que, a menos que la reserva haya sido expresamente autorizada o su aceptación haya sido expresa, la situación del autor con respecto al tratado es incierta hasta transcurrido los doce meses en que es posible la objeción. Sólo cuando enfrenta reservas *manifiestamente inválidas* el Secretario General rechaza el depósito del instrumento que la incorpora, absteniéndose de girar notificación alguna a signatarios y contratantes (v. tb. CIDH, *Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos*, 1982). Si el autor se empeña el depositario dará cuenta de las situación a contratantes y signatarios (CDI, *Guía...*, directriz 2.1.8).

209. Supuestos especiales

Como excepciones al *sistema flexible* general, la Convención de Viena contempla dos supuestos para los que prevé un procedimiento colegiado de aceptación que, desde el punto de vista de sus efectos, pretende salvaguardar la unidad e integridad de los respectivos regímenes convencionales:

- 1) Según dispone el artículo 20.2, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes (e invitados a serlo) cuando del número reducido de negociadores y del objeto y fin del tratado se desprenda que la aplicación íntegra de éste es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse. Los tratados multilaterales *restringidos* serán, sin duda, los principales beneficiarios de esta regla, pero lo decisivo es la *intención* de los negociadores de proceder a una aplicación integral, siendo el número limitado de posibles contratantes, lo mismo que el objeto y fin del acuerdo, meros índices para la identificación de esa intención. En este caso la aceptación tácita se presume para todos por el transcurso de los doce meses desde la recepción de la notificación de la reserva sin que se hayan formulado objeciones (CDI, *Guía...*, directriz 2.8.2).
- 2) De conformidad con el artículo 20.3, “cuando el tratado sea un instrumento constitutivo de una Organización Internacional y a menos que en él se disponga otra cosa, una reserva exigirá la aceptación del órgano compe-

tente de esta organización” y no la individual de sus miembros. Cuál sea el órgano competente, así como los requisitos de formación de la voluntad orgánica, serán cuestiones que habrán de dilucidarse acudiendo a las reglas propias de cada Organización. En su defecto, el órgano competente será el que lo sea en materia de admisión de miembros, interpretación o enmienda del tratado constitutivo. La aceptación no puede ser tácita, pero sí implícita (en el acto de admisión del autor de la reserva). Caso de que el tratado constitutivo aún no haya entrado en vigor y, por tanto, no estén establecidos sus órganos, ha de entenderse que una reserva ha sido aceptada si ninguno de los signatarios ha formulado objeción dentro de los doce meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación de la reserva (CDI, *Guía...*, directriz 2.8.8-10).

210. Retirada y modificación de reservas y objeciones

Una vez formuladas, las reservas producen efectos indefinidamente a menos que el tratado disponga otra cosa.

De conformidad con el régimen supletorio de Viena (art. 22.1), la retirada o revocación de la reserva —que como ésta también ha de hacerse por escrito (art. 23.4)— es una posibilidad siempre abierta, sin necesidad de contar con el consentimiento de los sujetos que las hubiesen aceptado. El carácter unilateral de la reserva, su consideración como un mal que ha de soportarse y el deseo de devolver al tratado cuanto antes su integridad y unidad, justifican esta regulación. De hecho los tratados tratan de estimular la retirada de reservas a través de medios como la previsión de una revisión periódica más o menos institucionalizada.

A salvo disposición en contrario, los efectos de la retirada se producirán respecto de cada uno de los demás contratantes a partir de la recepción de su notificación (art. 23.3 *a* CV), hecha normalmente por el depositario del tratado (arts. 77.1 *e* y 78 CV). La consecuencia es lógica: “la aplicación, en su integridad, de las disposiciones a que se refería la reserva en las relaciones entre el Estado o la Organización Internacional que retira la reserva y todas las demás partes”. El autor de la reserva puede fijar otra fecha siempre que sea posterior a la recepción de la notificación o, siendo anterior, no le confiera más derechos respecto de los demás contratantes (CDI, *Guía...*, directrices 2.5.6-9).

Si cabe retirar una reserva, ha de entenderse que también es posible revisarla para reducir su alcance, modificándose sus efectos jurídicos en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva (CDI, *Guía...*, directrices 2.5.10 y 2.5.11).

El régimen de la retirada de objeciones es paralelo al de la retirada de reservas. En cualquier momento un objetante puede comunicar por escrito la revocación total o parcial de la objeción, surtiendo efecto cuando la notificación correspondiente ha sido recibida por el autor de la reserva, o en una fecha pos-

terior fijada por su autor (arts. 22.2, 22.3.b, y 23.4 CV; CDI, *Guía...*, directrices 2.7.1-8).

211. Reservas y formación de normas consuetudinarias

La facultad de formular *reservas* a disposiciones que enuncian normas consuetudinarias y, caso de admitirse, sus efectos sobre la capacidad de la regla susceptible u objeto de reservas para influir en la formación de una norma general, han sido discutidas.

Indudablemente las reservas no serán posibles si el tratado contiene una cláusula prohibitiva; lo que al tiempo fortalecerá la creencia de que la disposición puede ser considerada como expresión de una norma de derecho generalmente aceptada e influirá en todo caso en el proceso de su formación. A esta conclusión llegó la Corte Internacional de Justicia en los asuntos de la *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) respecto de los artículos 1 a 3 del convenio de Ginebra sobre la plataforma continental (1958), pues observando que eran los únicos a los que se prohibía (art. 12) formular reservas, estimó que son “los que manifiestamente se ha considerado que consagran o cristalizan” normas generales.

Pero, en ausencia explícita de prohibición, ¿serán admisibles las reservas? De serlo, ¿con qué efectos?

Consideremos el primer punto. A menudo se ha sostenido la inadmisibilidad de reservas a reglas que se dicen reflejo de normas consuetudinarias alegando su incompatibilidad con el objeto y fin (art. 19 CV) de los tratados de codificación, encaminados, como tales, a uniformar y conferir claridad, seguridad y certeza a la norma general; se ha dicho (R. Ago), en este sentido, que la reserva “supone la negación misma de la labor de codificación”.

Sin embargo, el loable propósito que anima esta opinión choca con el principio del consentimiento que rige las relaciones convencionales; las cláusulas sobre reservas vienen determinadas a menudo por consideraciones de oportunidad política, y si los Estados pueden derogar las normas consuetudinarias por acuerdo *inter se*, no se ve por qué razón no podrán hacerlo mediante una reserva. El Estado que reserva la disposición es, seguramente, un Estado que se ha opuesto sin éxito o no ha participado en la adopción del texto del tratado; es un Estado que contesta la existencia o contenido de la disposición presuntamente codificadora o, por lo menos, considera que no le es oponible; es un Estado que estima erróneo o perjudicial para sus intereses el desarrollo progresivo que propone la disposición. Una reserva puede constituir para un *objector persistente* (v. par. 136) el medio de manifestar la persistencia de su objeción (P. Weil). La práctica confirma, como ha constatado Alain Pellet en sus informes a la CDI, que los tratados de codificación son, de todos los tratados, los que reciben el mayor número de reservas, sin que su naturaleza haya sido alegada para sostener una declaración de incompatibilidad con su objeto y su fin.

La prohibición de formular reservas impuesta por una norma general no tiene que ver con la naturaleza consuetudinaria de la norma subyacente a la regla convencional, sino con su condición de norma imperativa (*ius cogens*) —o con *derechos inderogables* según el tratado— pues es inconcebible que un Estado pueda mediante su objeción persistente y/o reserva eximirse de la aplicación de una norma que no admite “acuerdo en contrario” (art. 53 CV). (V. CDI, *Guía...*, directrices 3.1.8-10). Esto explica que haya sido en el ámbito de los derechos humanos donde se haya levantado con más fuerza la bandera de la inadmisibilidad de las reservas. “Para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin de un tratado general de protección de los derechos humanos, habrá que tener en cuenta el carácter indisoluble de los derechos en él enunciados y la importancia que tiene el derecho que es objeto de la reserva en la estructura general del tratado o la gravedad del menoscabo que le causa la reserva” (*Guía...*, directriz 3.1.12)

Que no esté prohibido *per se* reservar disposiciones convencionales que enuncian costumbre no significa, sin embargo, como ya hemos señalado, que el autor de una reserva pueda, por ese solo hecho, desvincularse de las obligaciones que la costumbre le impone con independencia del tratado (cuyo contenido es, por hipótesis, idéntico) (v. par. 143).

Esta consideración enlaza, en todo caso, con la cuestión, planteada en segundo lugar, acerca de la repercusión de las reservas en el proceso de formación de una norma consuetudinaria. Para despejarla es aconsejable recurrir a dos variables: a) el fundamento de la facultad de formular reservas, bien en una cláusula del propio tratado o de las reglas supletorias de la Convención de Viena; y b) el uso que se haga de dicha facultad.

Una cláusula permisiva de reservas debilita en principio —hasta que, transcurrido un razonable período de tiempo, pueda verificarse el uso que se ha hecho de ella— la capacidad de una regla convencional para provocar la cristalización e influir en la generación de una norma general. Dicho esto, el fundamento de la facultad de formular reservas es por sí mismo irrelevante para apreciar la repercusión de la regla convencional sobre la norma consuetudinaria. Como señaló P. Imbert, es el uso que se hace de ellas el que las *corrompe*.

He ahí la segunda variable. El ejercicio de la facultad de reserva, sea cual sea su fundamento, repercute siempre negativamente a la hora de calibrar su influencia en cualquier estadio de la formación de la norma general, consumiendo y hasta agotando la energía que podía liberar para la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional. La formulación de una reserva a una regla convencional no basta por sí sola para que su autor se sustraiga a normas universalmente obligatorias, pero si son muchos y cualificados los Estados que lo hacen se cernerá la duda no sólo sobre su efecto cristalizador y generativo, sino también sobre su carácter *declarativo* de una norma (v. par. 142).

212. Reservas y derechos humanos

Asumir un régimen específico para las reservas formuladas a tratados de derechos humanos sería una buena medida que iría en la línea de otras previsiones específicas del Derecho de los Tratados relativas a la salvaguardia del ser humano (arts. 60.5 de las CV de 1969 y 1986 y 11 y 12 de la CV de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de tratados) (v. par. 232, 242). Los tratados de derechos humanos imponen obligaciones absolutas de carácter objetivo cuya observancia por un sujeto es independiente de que otros las asuman, no siendo en consecuencia aplicable el principio de reciprocidad del que está imbuido el régimen de Viena; el objetante estará en todo caso obligado a respetar la obligación objeto de reserva.

Los comités de expertos independientes establecidos por los convenios sobre derechos humanos auspiciados por las Naciones Unidas (v. par. 537) y por organismos regionales han afirmado su competencia para decidir sobre la compatibilidad de una reserva con el *objeto y fin* de los tratados que son el fundamento de su existencia. Se ha sostenido, además, en estos comités que el efecto de una objeción a una reserva *inválida* es prescindir de la reserva, manteniendo la obligación de su autor como contratante del tratado (objeción de efecto *supermáximo*), pues declarar viciada la manifestación del consentimiento perjudicaría la causa de los derechos humanos y la anhelada universalidad de los instrumentos que los regulan (v. TEDH, *Belilos c. Suiza*, 1988; *Loizidou c. Turquía*, 1995; *Ilie Ilascu c. la República de Moldavia y la Federación de Rusia*, 2004; CteDH, *Comentario General núm. 24, R. Kennedy c. Trinidad y Tobago*, 1999).

Sin embargo, esta atrevida consecuencia, que rebasa las previsiones de la Convención de Viena, ha sido impugnada (en particular, por lo que afecta a los comités establecidos por los convenios de NU), por conspicuos Estados, como Estados Unidos, Reino Unido y Francia, (v. *Informe CteDH 1995, A/50/40*) que ven peligrar la libertad que les depara el *sistema flexible*, así como por la misma CDI, muy atenta al *piso* político sobre el que ha de asentar sus trabajos. Según la CDI (*Conclusiones preliminares sobre las reservas a tratados normativos, incluidos los tratados de derechos humanos*, 1997, conclusión 10^a) en caso de inadmisibilidad de una reserva, incumbe al Estado o a la Organización Internacional que la ha formulado adoptar medidas, retirando o modificando su reserva o renunciando a ser parte en el tratado. La CDI llama a un reexamen periódico de conciencia a los autores de reservas, que han de *tener debidamente en cuenta* y *cooperar* con los órganos de vigilancia (*Guía...*, directrices 2.5.3 y 3.2.3).

Otra vía para combatir las reservas que se consideran incompatibles con el objeto y fin de los tratados sobre derechos humanos y no han sido oportunamente objetadas podría abrirse invocando su nulidad o terminación por estar en conflicto con normas imperativas de DI (arts. 53, 64 y 66 CV) (v. par. 224, 232). La RD del Congo lo intentó para combatir la reserva ruandesa al art. IX de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), relativo

a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia sobre las controversias dimanantes de la interpretación y aplicación de la Convención, pero la Corte (*Actividades armadas en el Congo*, 2006) se salió por la tangente arguyendo que la competencia que le confería la Convención de Viena para conocer de las causas de nulidad y terminación relativas al *ius cogens* no tenía efecto retroactivo, no pudiendo aplicarse a tratados anteriores a la entrada en vigor de la misma Convención (art. 4).

213. Una relectura de la Convención

La reserva es una de las instituciones del Derecho de los Tratados con detractores y defensores más apasionados. Los primeros la acusan del daño que inflige a la unidad e integridad del tratado, así como del debilitamiento de la autoridad de los instrumentos generales de codificación y desarrollo progresivo del DI, amén de la explotación oportunista de falsas imágenes de cooperación. Los segundos la sostienen invocando su virtud estimulante de la universalidad del tratado a un buen precio, a tenor, dicen del número globalmente reducido de reservas formuladas y su alcance generalmente marginal y modesto.

En nuestro caso, no somos detractores de la institución, que responde a la índole descentralizada de la sociedad internacional, pero sí de las lagunas e incoherencias de las reglas de Viena, del abuso que de ellas se está haciendo y de las consecuencias calamitosas para la integridad de tratados que constituyen la médula espinal del Derecho Internacional (derechos humanos, derecho de los tratados, relaciones diplomáticas y consulares...) como consecuencia de reservas manifiestamente incompatibles con su objeto y fin. Las reglas de Viena, además, fueron concebidas con la cabeza puesta en tratados de naturaleza *contractual*, en los que la reciprocidad tiene por finalidad compensar, equilibrar, tutelar los derechos de los demás contratantes en sus relaciones con el reservante; pero carecen de sentido aplicadas a tratados de vocación *normativa* inspirados en la defensa de intereses colectivos superiores, que establecen obligaciones absolutas, independientes de la actitud y del comportamiento de los otros.

En estas circunstancias, ante el fracaso del sistema, basado en una apreciación descentralizada que se consume en un breve período de tiempo y está trufada de consideraciones subjetivas, para proteger la integridad esencial de tratados vertebradores de las relaciones internacionales es aconsejable una relectura de la Convención, que permita distinguir entre el juicio de oportunidad (sometido a plazo) y el juicio de validez o licitud (imprescriptible), y una actitud más positiva de las partes en tales tratados para reconocer que éste juicio debe ser atribuido a los órganos que cuidan de su aplicación

LII. LAS DECLARACIONES INTERPRETATIVAS

214. *Declaraciones unilaterales formuladas a un tratado (distintas de las reservas)*

Al margen de las reservas, el acto de firma o de manifestación del consentimiento puede ir acompañado de declaraciones unilaterales no previstas en el tratado. Otras declaraciones pueden formularse después. La diversidad de objetos perseguidos (declaraciones interpretativas, políticas o de principios, relativas a la aplicación del tratado en el ámbito interno, de no reconocimiento de otros sujetos contratantes...) y la variada terminología empleada aquí y allá dificultan la delimitación de los distintos tipos (CDI, *Guía...*, directrices 1.4).

Entre esas declaraciones destacan las *interpretativas* que, de inmediato, plantean el problema de su distinción con las reservas *modificativas* ¿Dónde acaba la interpretación de una disposición y comienza su modificación (restrictiva) y, con ella, la reserva? La respuesta no es inocente. La calificación en manos de cada Estado será por lo general interesada y la práctica muestra que a menudo se utilizan declaraciones interpretativas para formular reservas prohibidas, extemporáneas o, incluso, referidas a la cláusula relativa a las reservas.

También ocurre que para tapar las consecuencias de la propia falta de reacción un sujeto puede sostener que es una mera declaración interpretativa lo que su autor denominó reserva. Esta, recordemos, obliga a objetar en un plazo predeterminado a quienes no se avienen a pasar por ella...La mera declaración interpretativa, en cambio, no sólo se puede hacer en cualquier momento, sino que no es oponible a quienes no la aprueban expresamente. En este caso el silencio protege.

La confusión se agrava debido al desinterés de la Convención de Viena en definir y regular las declaraciones interpretativas, lo que ahora trata de paliar la CDI.

215. *Distinción entre reservas y declaraciones interpretativas*

La CDI define la *declaración interpretativa* como “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una Organización Internacional, por la que ese Estado o esa Organización se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance que el declarante atribuye a un tratado o a algunas de sus disposiciones” (*Guía...*, directriz 1.2).

Dos elementos de esta definición son comunes con las reservas: 1) su carácter unilateral, si bien indisoluble del tratado concernido; y 2) la irrelevancia de su enunciado o denominación (a salvo su valor *indiciario* de la intención del autor).

A su vez, unas y otras se distinguen por su objeto, en un caso (la reserva) la exclusión o restricción de los efectos jurídicos de disposiciones del tratado, en el

otro (las declaraciones interpretativas) precisar o aclarar el sentido o el alcance de esas disposiciones (*Guía...*, directriz 1.3).

Partiendo de esta premisa, respaldada por una práctica bien establecida, evocada por la jurisprudencia (*Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977; TEDH, *Belilos c. Suiza*, 1988, CtDH, *T.K c. Francia*, 1988...), la CDI ofrece algunas ideas acerca del método y criterios que han de guiar la distinción.

Respecto del método, se acude en primer lugar a la regla general de interpretación de los tratados (art. 31 CV), pues se dispone que “corresponde interpretar la declaración de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos a la luz del tratado al que se refiere” (*Guía...*, directriz 1.3.1). Ahora bien, consciente la CDI de que las normas de interpretación aplicables a instrumentos convencionales no pueden trasladarse pura y simplemente a declaraciones unilaterales (CIJ, *Pesquerías transzonales*, España c. Canadá, 1998), la atención prioritaria dada al texto no excluye tener “debidamente en cuenta la intención del Estado o de la Organización Internacional de que se trate en el momento en que se formuló la declaración”.

Para facilitar la tarea, la regla se complementa con dos presunciones *iuris tantum* que toman en consideración determinadas situaciones frecuentes en la práctica. Una (directriz 1.3.2) precisa que “el enunciado o denominación que se den a una declaración unilateral proporcionan un *indicio* acerca del efecto jurídico perseguido”, que resultará reforzado —aunque sigue admitiendo prueba en contrario— cuando el sujeto “formula varias declaraciones a propósito de un mismo tratado y denomina a algunas de ellas reservas y a otras declaraciones interpretativas”. La otra (directriz 1.3.3) presume que una declaración unilateral formulada a un tratado que prohíbe las reservas “no constituye una reserva, salvo que aquélla tenga por objeto excluir o modificar...”. Se parte así del bien arraigado principio general de Derecho según el cual la mala fe no se presume (*Lago Lanós*, 1957) que, aplicado a esta situación, implica suponer que el autor de la declaración tiene la intención de realizar un acto autorizado y no prohibido por el tratado.

216. Régimen jurídico: declaración interpretativa simple y declaración interpretativa condicional

La definición —y la distinción— es relevante porque el régimen jurídico de las declaraciones interpretativas (a menos que sean *condicionales*) se diferencia del que corresponde a las reservas.

A diferencia de éstas y habida cuenta de que la interpretación propuesta no requiere necesariamente una reacción de las otras partes contratantes, no se impone un límite temporal a su formulación pues, a salvo disposición convencional en contrario, “la declaración interpretativa podrá ser formulada en

cualquier momento”, no exigiendo confirmación la formulada al firmar (*Guía...*, directrices 2.4.3, 2.4.4 y 2.4.6). Se admite, además, la posibilidad de hacer declaraciones interpretativas verbales (directriz.2.4.0), así como dirigidas a tratados bilaterales (directriz 1.5.2).

La genuina, la mera declaración interpretativa o declaración interpretativa *simple* se propone como una *oferta* acerca del sentido o el alcance que ha de atribuirse al tratado o a alguna de sus disposiciones, sin que obligue ni sea oponible a los demás, a menos que la aprueben expresamente (aunque en casos excepcionales un comportamiento podría interpretarse como aprobación, CDI, *Guía...*, directriz 2.9.9). Una aprobación expresa sí que tendría un efecto vinculante *inter partes* (o con carácter general, si la aceptan todos). La interpretación pasaría a ser *auténtica* (directriz 1.5.3). Se ha estimado que en este caso hay un acuerdo colateral al tratado que dimana de su contexto en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena (v. par. 271). De no ser así, la declaración interpretativa lo que sí podrá estar anticipando es la posición de su autor en un eventual litigio sobre el sentido o el alcance atribuido a lo interpretado, siéndole oponible.

Es así como pueden expresarse provechosamente las cabeceras de las declaraciones, como *índices* de la intención de sus autores. Un sujeto podría incluso alegar la doctrina de los actos propios (*estoppel*) (v. par. 113) contra el que pretendiera que lo que denominó declaración interpretativa es en realidad una reserva y viceversa. Consideremos, por ejemplo, el tropel de declaraciones interpretativas formuladas por los más de cien Estados partes en la CONVEMAR (1982), que prohíbe las reservas (art. 309) y permite declaraciones y manifestaciones a fin de armonizar el derecho interno con las disposiciones de la Convención (art. 310). Que sólo un número muy limitado de las declaraciones formuladas hayan sido recalificadas de reservas prohibidas por el tratado y objetadas como tales, no significa que del silencio de los demás contratantes quepa colegir la oponibilidad de las interpretaciones hechas al amparo del art. 310.

Puede ocurrir, sin embargo, que el autor de una declaración interpretativa pretenda ligar su consentimiento en obligarse por el tratado a la aceptación de una interpretación específica del mismo o de alguna de sus disposiciones, descartando otras. Llamamos a esta declaración interpretativa *condicional* (CDI, *Guía...*, directriz 1.2.1), pues la interpretación propuesta se impone como condición *sine qua non* de la participación y/o relaciones convencionales del sujeto que la formula con los demás contratantes. Así, por ejemplo, al obligarse por el Protocolo Adicional II al Tratado de Tlatelolco, relativo a la proscripción de armas nucleares en América latina, Francia advirtió que: “si la declaración interpretativa que ha hecho el Gobierno de Francia es impugnada, en todo o en parte, por una o más partes contratantes en el Tratado o en el Protocolo II, esos instrumentos carecerán de efecto en las relaciones entre la República Francesa y el Estado o Estados que los impugnen”.

En este caso, dado que la declaración interpretativa *condicional* sí requiere para producir efectos jurídicos una reacción de los otros sujetos implicados en

el tratado, la CDI aplica similares exigencias a las previstas para la reserva (*Guía...*, directrices 2.4.5-8, 2.5.12-13). El mimetismo de la regulación es tal que cabe preguntarse si acaso no bastaría una directriz de reenvío al régimen de las reservas.

LIII. RESERVAS, DECLARACIONES Y DERECHO INTERNO

217. *La participación de las Cámaras legislativas*

La participación de las Cámaras legislativas en materia de reservas puede ser contemplada desde dos puntos de vista. Para una concepción *aristocrática* el Gobierno goza de absoluta libertad en la materia. Para una concepción *democrática* no hay razones para excluir la participación de las Cámaras en la determinación del número y contenido de las reservas concernientes a tratados cuya conclusión requiere autorización parlamentaria. El carácter unilateral de la reserva y el momento de su formulación en el orden internacional abogan por esta solución, más acorde sin duda con un estado de derecho. Lo mismo cabría decir de cualesquiera declaraciones que se considere oportuno hacer con respecto al tratado.

Las prácticas constitucionales en materia de reservas cambian de un país a otro, pudiendo concebirse como una competencia compartida Ejecutivo/Parlamento, corresponder exclusivamente al Ejecutivo o, lo que es más inhabitual, al Parlamento. En América Latina únicamente la Constitución de Panamá (art. 310) se ocupa de esta cuestión, en relación con el Canal, afirmando que ninguna enmienda, reserva o entendimiento que se refiera a los tratados sobre el Canal, su zona adyacente y su protección a nivel del mar o de un tercer juego de esclusas, tendrá validez si no cumple con los requisitos de ser aprobados por el Órgano Legislativo y, luego de su aprobación, ser sometidos a referéndum nacional.

En España la Constitución de 1978 no se pronuncia, pero su espíritu es favorable a la concepción democrática y así se ha traducido en los textos reglamentarios del Congreso (arts. 155.2 y 156.2 y 3) y del Senado (art. 144.1 y 3) por lo que atañe a su participación en la formulación de reservas, no por lo que hace a su retirada ni a la reacción frente a las reservas de los demás, cuestión ésta sobre la que los reglamentos guardan silencio y es escasa tanto la práctica como la elaboración doctrinal (v. tb. Decreto 801/1972, arts. 20.3 y 6 y 32.1 y 2).

La violación de disposiciones de Derecho interno relativas al órgano competente y al procedimiento de formulación de reservas, declaraciones interpretativas y retirada de unas y otras carece, en todo caso, de consecuencias en el orden internacional (CDI, *Guía...*, directrices 2.14, 2.4.2 y 2.5.5).

218. Los órganos judiciales

Algunas decisiones de tribunales estatales (por ej., Tribunal Federal de Suiza, *Elisabeth B. c. Turgovia*, 1991) se han pronunciado sobre la validez de reservas hechas por un Estado. La CDI parece sostener la conformidad del ejercicio de esta tarea evaluadora con las normas internacionales (*Guía...*, directriz 3.2, comentario, par. 7), sin perjuicio, cabe suponer, de que una valoración errónea origine una diferencia sobre el incumplimiento del tratado y una eventual responsabilidad internacional dimanante de su infracción (v. par. 298, 302).

Patología y revisión de los tratados

LIV. CONSIDERACIONES GENERALES

219. Sobre la nulidad, terminación y suspensión de los tratados

La Convención de Viena dedica su Parte V (arts. 42-72) a la regulación de la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados. Es la parte más amplia y también la más compleja y farragosa. Ha sido la parte más debatida y también la más politizada. Entre sus normas algunas, como las que enuncian genéricamente las causas de nulidad, pueden considerarse declarativas, codificadoras de normas consuetudinarias; pero su más precisa tipificación y la sumisión de su verificación a órganos independientes resultan innovadoras.

En su regulación, la Convención se esfuerza por garantizar la estabilidad de los tratados, reduciendo al mínimo la incertidumbre y el riesgo de abusos, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que:

- 1) Parte de la presunción de la validez de los tratados y establece una lista cerrada (*numerus clausus*) de causas de nulidad, independientes del acuerdo de las partes, lo que impide, al amparo de sus disposiciones, alegar otras distintas; otro tanto ocurre, en principio, con las causas de terminación y suspensión (art. 42).
- 2) En la mayoría de supuestos limita la capacidad para invocarlas a la parte afectada, y admite un buen número de casos de sanación y desactivación de las causas por aquiescencia (art. 45).
- 3) Exige que la invocación de una causa observe una forma precisa (art. 67) y facilita ampliamente su revocación (art. 68).
- 4) No reconoce efectos inmediatos a la pretensión de quien invoca una de estas causas y somete su apreciación, si las partes discrepan, a órganos imparciales cuya decisión puede llegar a ser vinculante (arts. 65-66).
- 5) Limita las consecuencias de la nulidad, terminación y suspensión, al acceder a la divisibilidad de las disposiciones del tratado cuando la naturaleza de la causa alegada lo permite (art. 44), admitiendo que sus efectos recaigan sobre sólo una parte de las disposiciones del tratado.
- 6) Promueve la suspensión como preliminar, alternativa o sustitutiva, según los casos, de la terminación.
- 7) Salva el cumplimiento de las obligaciones que, recogidas en el tratado objeto de anulación, terminación o suspensión, tienen su fundamento en otras normas del Derecho Internacional (art. 43).

IV. LA NULIDAD DE LOS TRATADOS

220. *Las causas de nulidad*

La Convención de Viena presume la validez de los tratados y tipifica las posibles causas de nulidad (arts. 46-53), que son reflejo de un vicio o defecto sustancial presente ya en el momento de la conclusión del tratado, de manera *exhaustiva*. Sólo alegando una de ellas puede conseguirse una declaración de nulidad (arts. 42.1 y 69.1). La Corte Internacional de Justicia (*Gabcikovo-Nagymaros*, 1997) lo ha confirmado.

Las causas de nulidad pueden ser clasificadas en tres grupos, según conciernan a:

1) la *incompetencia* para expresar la voluntad del sujeto, lo que incluye: a) la violación de disposiciones de Derecho interno relativas a la competencia para celebrar tratados (art. 46); y, b) la inobservancia por el representante de una restricción específica de sus poderes (art. 47);

2) los *vicios del consentimiento*, a saber: a) el error (art. 48); b) el dolo (art. 49); c) la corrupción del representante (art. 50); y d) la coacción sobre el mismo (art. 51);

3) la *sanción* del recurso a la amenaza o el uso de la fuerza para coaccionar a un Estado o a una Organización Internacional (art. 52); y

4) la ilicitud del *objeto*, esto es, la oposición del tratado con una norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*) preexistente (art. 53).

221. *La nulidad por la incompetencia para expresar la voluntad del sujeto*

La redacción en términos negativos que utiliza la Convención para tipificar las causas de nulidad recogidas en los artículos 46 y 47 subraya su carácter excepcional.

a) *Violación del Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar el tratado*

Para que la *violación de las disposiciones de Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar el tratado* (art. 46) sea relevante han de cumplirse tres requisitos:

1) Que afecte a normas de *importancia fundamental*. Lo son, en el caso de los Estados, la Constitución y las leyes que se integran en el llamado *bloque de la constitucionalidad*; también pueden serlo las leyes especiales sobre tratados. En el caso de las Organizaciones Internacionales lo primordial será el respeto de su tratado constitutivo y su contexto, que resulta continuamente remodelado

por decisiones y prácticas orgánicas. Las normas internas a tener en cuenta son las *vigentes al concluirse el tratado*, no las anteriores ni las posteriores, con independencia de su origen y legitimidad.

2) Que la norma concierna a la *competencia* para celebrar tratados —y no al procedimiento (mayorías o quórum)—, como son, por ejemplo, en el caso del Estado, las que prescriben la autorización parlamentaria, o, en el caso de las Organizaciones Internacionales, las que delimitan su capacidad convencional.

3) Que la violación del Derecho interno sea *manifiesta*, entendiéndose por tal (art. 46.2) la que resulte evidente para todos. Su apreciación puede ser problemática. La Corte Internacional de Justicia (*Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002) ha puesto de relieve que los Estados no están obligados a conocer las disposiciones constitucionales o legislativas de los demás Estados con trascendencia en sus relaciones internacionales, concluyendo que las restricciones impuestas por normas fundamentales de Derecho interno a la capacidad de actuación de un Jefe del Estado, al que se considera representante del Estado por sus funciones (art. 7.2 CV) (v. par. 158), no pueden considerarse *manifiestas* salvo que se les haya dado una publicidad adecuada.

Determinadas iniciativas —como la notificación a los demás sujetos de las normas fundamentales de los Derechos internos relativas a la competencia para celebrar tratados, o, en su caso, una declaración judicial de inconstitucionalidad del tratado— pueden favorecer una convicción en este sentido.

b) *Inobservancia de restricción específica del plenipotenciario*

Las restricciones específicas de que hayan sido objeto los *poderes* de un representante *para manifestar el consentimiento* en obligarse por un tratado podrán ser alegadas si *con anterioridad* a dicha manifestación han sido *puestas en conocimiento* de los demás negociadores (art. 47). Se trata del supuesto en que el representante, con poder para ello, manifiesta el consentimiento desdeñando las instrucciones recibidas.

De la regulación cabe destacar que:

1) Se prescinde de las extralimitaciones del plenipotenciario en relación con actos previos a la manifestación del consentimiento porque, como señaló (1966) la Comisión de Derecho Internacional (CDI), siempre está en manos del Estado solventarlas, bien repudiando el texto del tratado, bien confirmando, al manifestar el consentimiento, pretéritos excesos de su representante.

2) Las restricciones reservadas, no notificadas a los otros negociadores, son irrelevantes internacionalmente. Con el artículo 47 se trata de proteger la seguridad de las transacciones internacionales hasta el punto en que lo merece la buena fe de los demás negociadores.

222. *La nulidad como consecuencia de un vicio del consentimiento*

a) *El error*

Para que un *error* vicie el consentimiento hasta provocar la nulidad del acto ha de referirse “a un *hecho* o a una *situación* cuya existencia diera por supuesta (quien la invoca) en el momento de la celebración del tratado” y ha de quedar reflejada en éste (art. 48.1).

Ahora bien, para que un *error de hecho en el tratado* comprometa su validez ha de cumplir dos *condiciones*:

1) El hecho o situación supuestamente existente al celebrarse el tratado fue base esencial del consentimiento (CPJI, *Mavrommatis*, 1927); es decir, el consentimiento no se habría prestado de no mediar el error.

2) El error no fue imputable, por acción u omisión, al sujeto que lo alega; no ha de resultar de su negligencia o ignorancia culpable (CIJ, *Templo*, 1962).

La práctica revela que los problemas originados por un error de hecho concreto en el tratado suelen ser resueltos mediante negociación. Así ocurrió cuando se deslizó uno de estos errores en el Tratado de París (1898), por el que una España vencida debió ceder a Estados Unidos el archipiélago de las Filipinas. Para definirlo, los vencedores concibieron un poliedro de paralelos y meridianos sin que su codicia evitara que un par de islas *filipinas* quedaran fuera de él. El problema se zanjó con un acuerdo adicional (1900) por el que España cedió también esas islas a cambio de un módico precio.

El error como causa de nulidad no ha de confundirse con la pura equivocación *material* en la *redacción* del texto del tratado (art. 48.3), caso en el que procede una *corrección* (arts. 79 CV 1969 y 80 CV1986). Un error *material* deja de serlo desde el momento en que uno de los contratantes no está dispuesto a *corregirlo*.

b) *El dolo*

El *dolo* supone que el sujeto que lo alega ha manifestado su consentimiento inducido por la conducta fraudulenta de otro negociador (art. 49).

Como causa de nulidad los elementos constitutivos del dolo son:

- 1) Un *elemento material*, a saber, una conducta fraudulenta que engloba, como dijo la CDI (1966), “toda declaración falsa, toda presentación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos”.
- 2) Un *elemento psicológico*: la intención o propósito de equivocar, de provocar el error de otro u otros negociadores.
- 3) Un *resultado*: la maniobra fraudulenta induce efectivamente a quienes la padecen a un error que es determinante en la expresión de un consen-

timiento que, de no mediar aquélla, no se habría manifestado. En este sentido se dice que el dolo ha de ser *esencial*.

No hay dolo cuando una parte, conocido el error —por él no inducido— en que incurre otra, se limita a explotarlo o aprovecharlo, o cuando el error ha sido originado por informaciones inexactas suministradas de buena fe. En el dolo se está sancionando la intención maliciosa de inducir a error al otro sujeto. De ahí que no se someta a las limitaciones que presenta el error como causa de nulidad (error de hecho en el tratado), sino que abarque otras manifestaciones, como el error de derecho, el que versa sobre los motivos o valor de las prestaciones y el error no reflejado en el tratado. De ahí también el tratamiento separado —y agravado— de su invocación y consecuencias y la importancia de la prueba de la maniobra fraudulenta.

c) *La corrupción del representante*

Si la manifestación del consentimiento de un Estado (o una OI) en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la *corrupción de su representante*, efectuada directa o indirectamente por otro sujeto negociador, el afectado podrá alegar esa circunstancia como vicio de su consentimiento (art. 50).

El término *corrupción*, tal y como puso de manifiesto la CDI (1966), se ha utilizado para indicar que “solamente los actos concebidos con el propósito de ejercer una influencia fundamental en la disposición del representante para concertar el tratado pueden alegarse como vicio del consentimiento que se supone manifiesta el representante en nombre de su Estado”, pero no “cualquier pequeño favor o cortesía” de que pueda ser objeto con motivo de la celebración de aquél.

De la redacción del artículo 50 y del comentario de la CDI se desprenden estas exigencias para que la corrupción opere como causa de nulidad:

- 1) Los actos han de proceder, directa o indirectamente, de otro sujeto negociador; no basta con probar que un representante ha sido corrompido si este hecho no puede, de una u otra forma, imputarse a otro Estado (u Organización) negociador (a);
- 2) Los actos se realizan con la intención de ganar la voluntad del representante para concertar el tratado. La naturaleza y cuantía de tales actos serán indiciarios de esa intención, debidamente contextualizados;
- 3) Como consecuencia de tales actos se consienten obligaciones que, de no mediar corrupción, no se habrían consentido. Ha de entenderse que la corrupción afecta no sólo al representante del sujeto en la manifestación del consentimiento, sino también a quienes lo fueron en etapas previas de la celebración del tratado en la medida en que su actividad ha podido inducir a error a los órganos competentes para autorizar y expresar dicho consentimiento. Ha de advertirse que quién alega la corrupción no ha de probar,

para que surta efectos, una relación de causalidad con la manifestación de voluntad en obligarse por el tratado.

Las referencias a la corrupción de gobernantes y funcionarios están a la orden del día en el ámbito de las inversiones extranjeras y los contratos públicos entre Estados y corporaciones foráneas, especialmente en países en desarrollo, algunos de ellos fallidos. Se han concertado por eso numerosos tratados para combatirla y no faltan en los países desarrollados (a partir de la Ley de Prácticas corruptas en el extranjero, de Estados Unidos, 1977) leyes penalizando los comportamientos corruptos de las empresas en el exterior. Sin embargo, a pesar de ese bagaje normativo, los datos que se ofrecen periódicamente sobre los índices de corrupción son alarmantes. Dada la escasísima práctica generada por esta causa de nulidad, cabe preguntarse si acaso quienes son asequibles a la corrupción en las relaciones económicas con *privados* son seres puros, diamantinos a un comportamiento venal, en las relaciones diplomáticas. Como la compra de voluntades conoce formas muy sutiles y puede vestir incluso ropajes ideológicos, no cabe esperar que la corrupción haga carrera en los tribunales...

d) La coacción sobre el representante

Según el artículo 51 de la Convención de Viena “la manifestación del consentimiento de un Estado (o de una OI) en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por *coacción sobre su representante* mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico”.

El primer elemento a destacar estriba en la índole de los comportamientos que pueden considerarse *coactivos*. El artículo 51, al referirse a una coacción *mediante actos o amenazas*, aspira a comprender, según se desprende del comentario de la CDI (1966), «todas las formas de intimidación o violencia», incluyendo tanto las que afectan a la integridad física y a la libertad como las que se ciernen sobre la carrera, el patrimonio, la situación social o familiar de la víctima, tal vez sometida al chantaje de quienes conocen aspectos de su vida cuya revelación puede, de alguna manera, perjudicarle, pero sin llegar a privarle de su voluntad, ya que en este caso el tratado sería *inexistente*.

Los actos y amenazas con que se pretende coaccionar al representante han de dirigirse contra él como persona y no como órgano del Estado (o de la OI) y, además, aunque de la lectura del artículo 51 quepa interpretar que sólo serán relevantes los llevados a cabo en el momento de la manifestación del consentimiento, ha de entenderse que la causa de nulidad abarca los actos realizados en cualquier etapa de la formación del tratado siempre que hayan podido influir en la posterior manifestación del consentimiento.

La coacción se distancia, en cambio, de la corrupción por lo que hace a la imputación de los actos en que ambas se concretan. El artículo 51, a diferencia del 50, no exige que la autoría directa o indirecta de la coacción corresponda a otro sujeto negociador; la coacción puede provenir de cualquiera.

223. La nulidad como sanción por el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza para coaccionar a un Estado o a una Organización Internacional

Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios del Derecho Internacional incorporados en la Carta de Naciones Unidas (art. 52). La enfática redacción utilizada es expresiva de la gravedad de la conducta sancionada.

Esta causa de nulidad es una consecuencia lógica de la prohibición de la amenaza y del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales y su alcance se vincula al de dicha prohibición, en la fecha de conclusión del tratado. Para ello ha de acudirse en cada momento a la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas que hoy se consideran declarativas de normas generales (v. tema 21). No se requiere que el uso o la amenaza de la fuerza sean imputables a otro sujeto negociador para que la causa opere.

No siempre es fácil distinguir la coacción sobre el sujeto de la coacción sobre su representante. Pero el hecho de que ambas causas de nulidad se sometan al mismo régimen y produzcan, salvo en su alcance subjetivo, los mismos efectos resta importancia a esta dificultad.

Una de las situaciones más problemáticas resulta de los protectorados *de facto*. Las autoridades locales conservan formalmente todas sus competencias, pero las ejercen al dictado de los agentes del *protector*. En circunstancias extremas más que de nulidad podría hablarse de *inexistencia* del acuerdo por privación sustancial de la capacidad de obrar de los órganos estatales. Pero es más corriente que las autoridades locales conserven un albedrío sobre el que actúa por vía coactiva, personal e institucional, el protector. Cuando la relación es clientelar la coacción no es necesaria, basta con corromper las instituciones y quienes las encarnan. Las dificultades de probar en sede judicial lo que socialmente es comúnmente admitido y el transcurso del tiempo hacen difícil sostener la mayor parte de las pretensiones de nulidad tejidas con estos mimbres, sobre todo cuando recaen sobre tratados territoriales suscritos con terceros de acuerdo con las *propuestas* del protector.

Esta causa de nulidad no afecta a la imposición de obligaciones a un Estado *agresor* como consecuencia de medidas adoptadas conforme a la Carta de las Naciones Unidas (arts. 75 CV1969 y 76 CV1986) (v. tema 22).

224. La nulidad por la ilicitud del objeto: oposición al *ius cogens* preexistente

El artículo 53 dispone que “es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general”. El mismo precepto define estas normas, a los efectos de la Convención,

como las “aceptada(s) y reconocida(s) por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma(s) que no admite(n) acuerdo en contrario y que sólo puede(n) ser modificada(s) por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

Con esta disposición, y teniendo en cuenta la oponibilidad universal que acompaña a las normas de *ius cogens*, la Convención de Viena proclama el límite que encuentra la libertad de los sujetos a la hora de fijar el contenido de sus obligaciones jurídicas. El conocido eslogan del positivismo radical proponiendo que cualquier acto, incluso el más inmoral, podía ser elevado al rango del Derecho si se le hacía objeto de un tratado es así desmentido. La voluntad de los sujetos no es libérrima al fijar el contenido de sus obligaciones jurídicas. Se ha mencionado el *acuerdo de Múnich*, suscrito el 30 de septiembre de 1938 por Alemania, Francia, Reino Unido e Italia, como una manifestación prototípica de nulidad por su incompatibilidad con normas imperativas de Derecho Internacional. En virtud de este *acuerdo* se aceptaba la incorporación a Alemania de la región de los Sudetes, habitada mayormente por alemanes pero que pertenecía a Checoslovaquia.

225. Régimen de la nulidad: legitimación para invocar la nulidad y posibilidad de sanación

Una vez conocidas y caracterizadas las causas de nulidad, procede considerar quienes están legitimados para invocarlas y que pasos habrán de darse para hacerlas efectivas.

La Convención de Viena, en su intento por garantizar la estabilidad de los tratados y como muestra de la excepcionalidad que inspira su regulación, contiene previsiones estrictas sobre quiénes están legitimados para invocar una causa de nulidad y prevé la posibilidad de que pierdan su derecho (*sanación*).

La invocación de la nulidad en los supuestos de los artículos 46 a 50 de la Convención de Viena —*violación de disposiciones de Derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, inobservancia de restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento, error, dolo, corrupción*— se contempla como un derecho exclusivo del sujeto afectado, lo que se traduce en una amplia aceptación de la sanación.

En efecto, sólo las víctimas están legitimadas para invocar estas causas de nulidad; pero incluso ellas perderán su derecho si después de haber tenido conocimiento de los hechos: 1) han convenido expresamente que el tratado es válido, ó 2) se han comportado de tal manera que debe considerarse que han dado su aquiescencia a la validez del tratado o renunciado a alegar su nulidad (art. 45). De esta manera se pretende evitar los abusos de quienes, tras conocer los hechos subsumibles en una causa de nulidad, siguen cumpliendo el tratado como si nada hubiese sucedido y sólo más tarde, a su conveniencia, los traen a colación

para poner término a sus obligaciones. La aquiescencia habrá de establecerse a partir del comportamiento *posterior al conocimiento de los hechos que se subsumen en la causa invocada*, teniendo en cuenta *bona fide* todas las circunstancias del caso y recordando que la renuncia de un derecho no ha de presumirse con ligereza (v. par. 112).

Frente a la nulidad *relativa* —o anulabilidad— de las causas mencionadas, las enunciadas en los artículos 51-53 —*coacción sobre el representante, coacción sobre el sujeto mediante la amenaza o el uso de la fuerza y contradicción con una norma de ius cogens existente en el momento de su celebración*— producen una nulidad *absoluta*: cualquier sujeto parte en el tratado, más allá del círculo de los afectados, puede invocarla, sin posibilidad de sanación; incluso, cabe pensar en una apreciación de oficio por un órgano llamado a aplicar el tratado cuando se trate de nulidad basada en la coacción sobre el sujeto o la infracción del *ius cogens*.

226. Procedimiento de verificación

La carencia de una jurisdicción internacional obligatoria ha planteado de antiguo la cuestión de si y hasta qué punto los sujetos que invocan una causa de *nulidad* pueden actuar por su cuenta, asumiendo la responsabilidad de sus apreciaciones, que pueden ser erróneas, o si, por el contrario, nada cabe hacer sin acuerdo de las partes o, por lo menos, sin haber experimentado determinados procedimientos. En términos de Derecho Internacional general la cuestión sigue abierta, pero la Convención de Viena vincula la apreciación de las causas que recoge a la satisfacción de un procedimiento establecido en sus artículos 65-68.

Quien sostenga que un tratado es nulo debe notificarlo *por escrito* a las demás partes señalándoles causa y razones (arts. 65.1 y 67.1). Esta iniciativa puede ser espontánea o derivada de la necesidad de dar una respuesta a una exigencia de cumplimiento del tratado (arts. 65.5 CV1969 y 65.6 CV1986).

La declaración constará en un instrumento solemne firmado por el Jefe del Estado, Presidente del Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores y se comunicará a las demás partes. De no cumplir este requisito, se podrá invitar al comunicante a que presente sus plenos poderes (art. 67.2). La rigidez de esta disposición y la diferencia que presenta con respecto al art. 7.1.b (v. par. 157) viene a confirmar el propósito de salvar la validez de los tratados planteando condiciones estrictas para hacer efectivas su nulidad.

En Derecho español la iniciativa corresponde, lógicamente, al Gobierno (art. 97 de la Constitución), pero cabe preguntarse si y en qué medida su ejecución ha de contar con la autorización de las Cortes. La cuestión está abierta. La gravedad de las consecuencias de una declaración de nulidad y el recurso analógico al régimen de la denuncia (art. 96.2) favorecen una respuesta afirmativa, animada por el propósito de extender el control parlamentario sobre las diferentes

facetas de la acción exterior que se traducen en comportamientos jurídicamente relevantes. La formalización de una petición de nulidad, una vez decidida por el Gobierno y, de ser necesario, autorizada por las Cortes, debe ser hecha por el Rey si fue Él quien suscribió el instrumento de manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado que ahora se quiere anular.

Transcurridos tres meses (salvo casos de especial urgencia) desde la recepción de la notificación sin que ninguna de las partes haya formulado objeciones, el notificante podrá adoptar la medida propuesta, haciéndolo constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes (arts. 65.2 y 67.2 CV).

De formularse objeción, surgirá una controversia a la que las partes deberán buscar, en los doce meses siguientes, una solución a través de los medios de arreglo pacífico enumerados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (arts. 65.3 y 66.1) (v. par. 453, 511).

Si transcurrido este plazo no se encuentra una solución el procedimiento a seguir variará según la causa de nulidad que se alegue:

1) Si la controversia versa sobre *nulidad* de un tratado por su *oposición con una norma de «ius cogens»* cualquiera de las partes en la controversia podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, salvo que de común acuerdo decidan acudir al arbitraje (art. 66.a) (v. par. 461, 462). Tratándose de controversias en que esté implicada una Organización Internacional, dado que éstas no pueden ser partes en procedimientos contenciosos ante la Corte, la Convención de 1986 (art. 66) prevé un heterodoxo y problemático recurso a la jurisdicción consultiva bajo el compromiso de los interesados de reconocer como *decisiva* la opinión de la Corte (v. par. 466, 467). Las posibilidades de que esta alternativa no prospere abre a las partes el recurso al arbitraje regulado en el Anexo de la Convención de 1986.

2) Si la controversia versa sobre otra causa de nulidad, cualquiera de las partes en la controversia podrá iniciar el procedimiento de conciliación, regulado en el Anexo de la Convención, presentando a tal fin una solicitud al Secretario General de NU (art. 66. b) (v. par. 458).

Ha de advertirse que esta última fase del procedimiento, especialmente la previsión de un recurso unilateral a la Corte Internacional de Justicia, ha sido campo abonado de las *reservas* de unos, replicadas con las *objeciones* de otros, dispuestos a impedir en sus relaciones recíprocas la invocación de causas de nulidad que no se sometan al procedimiento regulado.

La Convención de Viena no hace ninguna referencia a cuáles son los derechos y obligaciones de las partes mientras se evacua este procedimiento o se resuelve la controversia. La regulación establecida y la ilegalidad de cualquier pretensión unilateral de nulidad hacen suponer que, de no mediar un acuerdo al respecto o una medida cautelar de órgano competente para adoptarla, el tratado sigue siendo aplicable.

227. Efectos de la declaración de nulidad

A la hora de considerar los efectos de una declaración de nulidad ha de precisarse su *alcance material*, esto es, si va a afectar al tratado en su conjunto o sólo a determinadas disposiciones; su *alcance temporal*, esto es, a partir de qué momento se producirán los efectos; y, si de un tratado multilateral se trata, su *alcance subjetivo*, esto es, si se van a proyectar sobre todas las partes o sólo respecto de alguna.

Aunque las causas de *nulidad* se presentan aparentemente como un bloque, la realidad es que sus efectos, al igual que ocurriera con la legitimación y la posibilidad de sanación, se gradúan atendiendo a la ilicitud —y, dentro de ella, a la mayor o menor gravedad— de los comportamientos que las originan.

- 1) Respecto del *alcance objetivo o material* de la nulidad cabe señalar que el llamado principio de *divisibilidad* se impone siempre que se trata de una *violación de una norma de Derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados*, de una *inobservancia de las restricciones del representante para manifestar el consentimiento* y de un *error*, a condición de que: a) dichas cláusulas sean separables del resto del tratado en lo que respecta a su aplicación; b) se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto; y c) la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta. De ser así se impone la nulidad *parcial*, limitada a las disposiciones afectadas por la causa apreciada (art. 44).

En los supuestos de *dolo* y *corrupción del representante* el principio de divisibilidad, cumplidas estas condiciones, no es obligatorio, sino facultativo. La *víctima* será quien decida si se acoge a él o prefiere una nulidad total.

La nulidad es *total*, afecta a todo el tratado, cuando la causa es la *coacción* sobre el representante del sujeto o sobre el sujeto mismo o la *incompatibilidad con una norma de "ius cogens" preexistente*.

- 2) Respecto del *alcance temporal* de la nulidad, el tratado nulo lo es *ab initio* y no sólo desde la fecha en que se ha alegado, o ha sido establecida, la causa de nulidad. Así se desprende del artículo 69.1 cuando afirma que “las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica”.

La producción de efectos *ex tunc* corresponde a la lógica de unas causas que, como ya hemos visto, están vinculadas a la existencia de defectos o vicios del tratado en su origen. El problema se plantea cuando la alegación y declaración de nulidad se producen en un momento en el que el tratado ya está en ejecución o ha sido total o parcialmente ejecutado. En estos supuestos las reglas propuestas por la Convención son prudentes: en primer lugar, la eliminación de las consecuencias de los actos ejecutados con base en el tratado nulo y el restablecimiento de la situación anterior a su realización han de llevarse a cabo sólo en la medida de lo posible (art. 69.2.a); en segundo lugar, la *restitutio ad pristinum*

es, salvo en el supuesto del artículo 53 (*ius cogens*) en que constituye un *deber*, un *derecho*, cuyo alcance puede ser negociado por las partes no culpables (es decir con exclusión del sujeto que provocó el dolo, la corrupción o la coacción, art. 69.3). Añádase que los actos ejecutados de buena fe antes de la alegación de la causa no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad (art. 69.2.b); esto es, de ellos no puede derivarse una reparación.

Es preciso destacar que la declaración de nulidad no afecta al deber de cumplir las obligaciones enunciadas en el tratado a las que estén sometidas las partes en virtud de otra norma de Derecho Internacional (art. 43).

- 3) Respecto del *alcance subjetivo*, la nulidad se circunscribirá a las relaciones entre quien la invoca y las otras partes (art. 69.4), lo que permite salvar, en principio, la supervivencia de los tratados multilaterales. Sin embargo, si la nulidad viene producida por la *coacción sobre el sujeto* o la *oposición del tratado con una norma de ius cogens*, su apreciación afectará a todas las partes en el tratado. La particular gravedad de estas causas justifica esta severa determinación.

LVI. LA TERMINACIÓN Y SUSPENSIÓN DE LOS TRATADOS

228. Consideraciones generales

Un tratado válidamente celebrado y concluido puede terminar o ver suspendida su aplicación. A diferencia de las causas de nulidad, las de *terminación* y *suspensión*, aparecen con posterioridad a la conclusión del tratado; afectan a la vigencia, no a la validez original.

Las relaciones entre la suspensión y la terminación son estrechas, hasta el punto de que la Convención de Viena las regula conjuntamente. No sólo hay circunstancias que, alternativa o sucesivamente, pueden conducir a la una o la otra, sino que la extensión y generalización de la suspensión, característica de la Convención, ha respondido al propósito de evitar las radicales consecuencias de la terminación aportando un sustitutivo satisfactorio. A diferencia de la terminación, la suspensión no supone un cese *definitivo* de los efectos del tratado. El tratado en suspenso pervive y el paréntesis que se abre sobre la aplicación de todas o de algunas de sus cláusulas está dispuesto a cerrarse en cuanto desaparezcan las circunstancias que lo motivaron o cambie la voluntad que animó los actos al respecto relevantes.

Ahora bien, una relación estrecha no significa que terminación y suspensión formen una pareja inseparable. Y si, por un lado, las partes pueden establecer libremente causas y regímenes de terminación o de suspensión particulares y autónomos, por otro el Derecho Internacional general incluye causas extrínsecas de terminación y suspensión recíprocamente estancas. Así, por ejemplo, la incompatibilidad del tratado con una norma imperativa sobrevinida conduce

necesariamente a su terminación (art. 64); la imposibilidad *temporal* de cumplirlo sólo puede alegarse, en cambio, como causa para suspender la aplicación (art. 61.1).

La terminación o la suspensión de un tratado puede producirse por acuerdo de las partes (arts. 54, 57 y 59.1) o al margen de éste, mediante la alegación de alguna de las causas que el Derecho Internacional general reconoce (*causas extrínsecas*) (arts. 60, 62 y 64) o, incluso, sin ellas (*denuncia y suspensión no motivadas*) (art. 56).

229. Terminación y suspensión por acuerdo de las partes

Las partes en un tratado pueden prever o decidir en cualquier forma, fecha y condición su terminación o la suspensión de su aplicación, pudiendo ésta tener lugar: 1) de conformidad con las disposiciones del tratado; ó 2) por acuerdo posterior de las partes.

- 1) La terminación o suspensión puede producirse, en primer lugar, *conforme a las disposiciones del tratado* (arts. 54 *a* y 57 *a*). Dentro de la más amplia libertad de elección los negociadores pueden convenir cláusulas al respecto. Las de terminación giran, generalmente, en torno a dos ejes: duración y facultad de denuncia. Las cláusulas de *duración* suelen establecer, sea un término, sea períodos de vigencia acompañados generalmente de la previsión de su tácita reconducción, sea una vigencia por tiempo ilimitado, lo que se presume en silencio del tratado. En cuanto a las cláusulas de *denuncia*, las hay de muy diverso tipo. Unas son incondicionales; otras condicionadas por factores diversos, materiales, formales y temporales. En cuanto a las cláusulas de suspensión de la aplicación total o parcial de los tratados, suelen condicionarse a razones o motivos de seguridad nacional, orden público o salud pública y a su previa notificación.
- 2) La terminación o la suspensión puede también producirse por un acuerdo posterior de las partes que puede ser *expreso*, *implícito* e, incluso, *tácito* (arts. 54.*b*, 57. *b*, 58 y 59.1 y 2 CV).

La terminación por acuerdo posterior *expreso* requiere el consentimiento de todas las partes en el tratado y la consulta de los demás sujetos contratantes (v. par. 156, 183). Con la exigencia del consentimiento unánime, la Convención se ha negado a admitir que los tratados multilaterales terminen por una decisión mayoritaria o selectiva a menos que el tratado así lo disponga. No ocurre lo mismo cuando lo que se pretende es suspender la aplicación del tratado, ya que se prevé (art. 58) una suspensión *restringida* o *relativa* por acuerdo entre algunas de las partes, con un régimen similar al de los acuerdos modificativos (art. 41) (v. par. 195).

El acuerdo posterior *expreso* de terminación de un tratado puede ir unido o no a su sustitución por otro. Esto último es lo que sucede, en todo caso, si el

acuerdo abrogatorio es *implícito*. La Convención considera, en efecto, terminado un tratado cuando todas las partes en él celebran otro sobre la misma materia del que se desprende, de una u otra forma, una intención abrogatoria (art. 59.1 a).

La Convención da entrada a una manifestación de abrogación *tácita* cuando considera terminado un tratado cuyas disposiciones son hasta tal punto incompatibles con las de un tratado posterior celebrado por las mismas partes que su aplicación simultánea es imposible (art. 59.1 b) (v. par. 285). Esta posibilidad puede extenderse, aunque la Convención no lo prevea, al nacimiento de una nueva norma consuetudinaria, así como a los casos en que las partes se conducen deliberada y reiteradamente como si no existiera un tratado que, en principio, es aplicable, absteniéndose de reclamar de los demás su cumplimiento (*desuetudo*) (v. par. 283). El desinterés en la aplicación de un tratado puede ir unido a la emergencia de normas imperativas. Así, por ejemplo, a ninguna potencia colonial se le habría ocurrido, en pleno proceso de descolonización, ejercer el derecho de retracto incluido en un buen número de tratados suscritos por ellas para delimitar sus áreas de influencia.

El interés de esta cuestión es sugerido por la decisión de la CDI (2009) de examinarla en el marco de su consideración de *los tratados en el tiempo*.

230. Denuncia (y suspensión) no motivada

La Convención de Viena reconoce el derecho de los Estados (y OI) de denunciar tratados concluidos por tiempo ilimitado siempre que conste que esa fue la intención de las partes o se infiera de la naturaleza del tratado (art. 56.1). Este derecho suele ser conocido como el derecho de *denuncia no motivada* y requiere la satisfacción de una doble condición:

- 1) El tratado debe ser de duración ilimitada. Según la Convención el derecho de denuncia se circunscribe literalmente al tratado “que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia”. Sin embargo, existen tratados que contienen cláusulas conviniendo su duración indefinida —lo que es una cláusula sobre su terminación— y nadie duda que sean susceptibles de denuncia.
- 2) Ha de constar que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o inferirse de la naturaleza del tratado.

La intención de las partes ha de determinarse atendiendo a las circunstancias generales de la conclusión de un tratado y a cualesquiera otros datos que permitan iluminarla.

La referencia a la *naturaleza* del tratado ha dado pie a la elaboración de listados doctrinales de tratados denunciables, que deben ser tomados con prudencia. Se han venido aceptando como denunciables *por su naturaleza* los tratados de alianza, amistad y establecimiento, comercio, cooperación y Derecho

uniforme, así como los constitutivos de Organizaciones Internacionales. A ellos se han añadido, en las relaciones con las Organizaciones, los de intercambio de información y documentación, los de ejecución de resoluciones y los de sede, tal y como puso de manifiesto, respecto de esta última categoría, la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la *Interpretación del acuerdo entre la OMS y Egipto* (1980).

No serían, en cambio, denunciables *por su naturaleza* los tratados de paz, mantenimiento de la paz y desarme y, por supuesto, los de establecimiento de fronteras a cuya supervivencia el Derecho Internacional aporta un estatuto *acorazado*, así como los de protección de la persona humana (v. CteDH, *Comentario General n.º 26*, 1997) (v. par. 232). En relación con estos tratados, órganos de vigilancia de su cumplimiento han llegado incluso a pronunciarse por la inadmisibilidad de denuncias conforme a cláusulas convencionales que las habían previsto (por ejemplo, Convenciones contra la discriminación racial, 1965, el *apartheid*, 1973, la tortura, 1984).

Entre unos y otros supuestos existe una amplia gama de tratados en los que la clasificación no es tan clara: por ejemplo, los que conceden a una parte derechos sobre el territorio de la otra (cesiones en arriendo, bases militares...), o los de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

El derecho de denuncia no motivada inferido de la naturaleza de un tratado permite afirmar su supervivencia frente a cláusulas prohibitivas incluidas en tratados concluidos *ad aeternum*. Estas cláusulas se descubren aquí y allá en tratados negociados por Estados muy desiguales en su poder, presumiblemente como resultado de actos próximos a la corrupción y a la coacción, aunque difícilmente demostrables. De negar el derecho de denuncia nos veríamos forzados a ensanchar, tal vez desmesuradamente, el *cambio en las circunstancias* (v. par. 232) como causa de terminación de los tratados.

La denuncia de un tratado habrá de ser notificada al depositario o a las partes en el tratado con doce meses de antelación (art. 56.2), aunque ello no debe interpretarse como única condición para que sea efectiva, como veremos más adelante (v. par. 236).

¿Y qué decir de la *suspensión no motivada*? Al hacer referencia a esta posibilidad no nos estamos refiriendo, como es obvio, a una suspensión arbitraria o abusiva, sino a una suspensión basada simplemente en consideraciones políticas. La Convención de Viena nada dice al respecto, pero si quien puede lo más puede lo menos, la respuesta ha de ser afirmativa dentro de los límites en que la Convención admite el derecho de denuncia no motivada. Eso sería, además, conforme con el propósito de ofrecer la suspensión, cuando es posible, como alternativa a la terminación.

231. Terminación y suspensión por invocación de causas extrínsecas al tratado

Con independencia de la terminación o suspensión de un tratado por acuerdo y del ámbito en que opera el derecho de denuncia no motivada, las normas generales del Derecho Internacional reconocen que una parte puede dar por terminado un tratado o suspender su aplicación de darse unas determinadas causas que llamamos, por eso, *extrínsecas*. Estas causas operan frente a cualquier tratado, incluidos los que contienen sus propias cláusulas de terminación o suspensión, y forman parte del *orden público internacional*, es decir, tienen un carácter cogente.

La Convención de Viena regula las causas extrínsecas de terminación de los tratados o suspensión de su aplicación en los artículos 60-62 y 64. Son todas las que están: la *violación grave* del tratado, la *imposibilidad subsiguiente de cumplimiento*, el *cambio fundamental en las circunstancias* y la *aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens superveniens)* Pero no están todas las que son. Aunque la Convención aspira a que su lista se tenga como exhaustiva y cerrada (art. 42.2) y así lo ha mantenido la Corte Internacional de Justicia (*Gabcikovo-Nagymaros*, 1997), la exclusión del ámbito de la Convención de determinadas materias, que son cuna de nuevas causas, hace esa aspiración inviable. Así, entre las causas *extrínsecas* de terminación de un tratado cabe mencionar la completa *ejecución* de las obligaciones convenidas y la *extinción o desaparición del sujeto parte*. El *conflicto armado* es frecuente causa de suspensión (y puede serlo de terminación). Una y otra (terminación y suspensión) pueden ser empleadas como *contramedidas* (v. par. 309, 335).

232. Causas extrínsecas previstas en la Convención de Viena

a) La violación grave del tratado

La *violación* o inobservancia injustificada de un tratado según las normas de Derecho Internacional es causa de terminación y suspensión y despliega, además, sus efectos en otros órdenes, muy particularmente en el de la responsabilidad internacional. La Convención (art. 60) la ha tipificado restrictivamente. Sólo una violación *grave* puede ser tomada en consideración, definiéndose como tal: *a)* un rechazo del tratado no admitido por la Convención, o *b)* la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado. La Corte Internacional de Justicia (*Gabcikovo-Nagymaros*, 1997) ha confirmado estas exigencias.

De esta causa de terminación o suspensión quedan excluidas “las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular... (las) que prohíben toda forma de represión

lias con respecto a las personas protegidas por tales tratados” (art. 60.5). La violación grave de estas disposiciones comportará la responsabilidad internacional de su autor, pero no consentirá a las otras invocarla para dar por terminado el tratado o suspender su aplicación.

Posiblemente esta puntualización es técnicamente superflua, ya que estos tratados vienen a establecer obligaciones absolutas o incondicionadas. Además, su carácter de *ius cogens* les atribuye una obligatoriedad que supera el marco convencional. El fundamento de la violación como causa de terminación o suspensión —*inadimplendi non est adimplendum*— les es, pues, ajeno. Pese a todo, una regla como la del artículo 60.5 merece un juicio positivo, pues sirve para poner de relieve los valores que han de primar en la sociedad internacional, una pedagogía de la que no andamos sobrados.

b) *La imposibilidad sobrevenida de cumplimiento*

La terminación de un tratado o la suspensión de su aplicación puede producirse como consecuencia de una *imposibilidad de cumplimiento* (art. 61). Así, por ejemplo, la desaparición de una isla, la desecación de un río o el desmoronamiento de una presa harían imposible el cumplimiento de regímenes convencionales que descansaran sobre su existencia.

La imposibilidad ha de ser, en todo caso, *sobrevenida* con posterioridad a la conclusión del tratado, pues de lo contrario el tratado sería inexistente, e implicar la destrucción o desaparición de un *objeto esencial o indispensable para la ejecución o el cumplimiento*. Si la imposibilidad de cumplimiento resulta *definitiva o irreversible* operará como causa de terminación; si, por el contrario, es *temporal*, sólo producirá la suspensión del tratado (art. 61.1; CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, 1997).

c) *El cambio fundamental en las circunstancias*

El *cambio fundamental en las circunstancias* como causa de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado ha sido uno de los puntos más apasionadamente controvertidos en la historia del Derecho Internacional desde que Gentilis, en 1612, afirmó que *omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*. A su alrededor, conservadores y renovadores vertieron argumentos que, a la postre, conducían a la petrificación o —en el polo opuesto— a la precarización de los tratados. Sus consecuencias —terminación o suspensión— dependerán de la voluntad del sujeto que invoca la causa legítimamente.

La Convención de Viena (art. 62.1) ha puesto de relieve su carácter excepcional al exigir:

- 1) Que afecte a circunstancias *existentes en el momento de la celebración del tratado*, sean *fácticas* (CIJ, *Competencia en materia de Pesquerías*, 1973) o *jurídicas*, esto es, del Derecho Internacional en vigor.

- 2) Que la existencia de tales circunstancias hubiese constituido *base esencial* del consentimiento de las partes en obligarse, de forma que, de no haber existido, el tratado no habría sido concluido; condición que introduce un elemento subjetivo —la intención de las partes— en lo que pretende ser una norma objetiva.
- 3) Que el cambio de las circunstancias *no fuera previsto* por las partes en el momento de la celebración del tratado.
- 4) Que el cambio sea *fundamental*, modificándose radicalmente como consecuencia del mismo el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

La Corte Internacional de Justicia (*Gabcikovo-Nagymaros*, 1997) hizo especial hincapié en estas condiciones para rechazar la pretensión de Hungría de dar por terminado el Acuerdo de 1977 con Checoslovaquia sobre la base de los cambios políticos experimentados por este Estado, la disminución de la rentabilidad del proyecto y los avances en la protección del medio ambiente. Ninguno de estos factores fue esencial para consentir el tratado ni su modificación transformó radicalmente las obligaciones asumidas. El mismo tratado era sensible a un enfoque evolutivo en su ejecución (v. par. 275).

Esta causa no es aplicable a la terminación o suspensión de los tratados que establecen una frontera (art. 62.2.a CV), esto es, un límite territorial entre Estados. La Convención no ha querido plantearse si el cambio en las circunstancias sería o no causa de terminación o suspensión de tratados que delimitan espacios bajo jurisdicción estatal y espacios internacionales eventualmente manejados por agencias u Organizaciones Internacionales.

d) La oposición del tratado con una nueva norma imperativa de DI general (ius cogens superveniens)

La cuarta y última causa prevista por la Convención de Viena —que sólo opera como causa de terminación— es la *oposición del tratado con una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (ius cogens superveniens)* (art. 64). El afianzamiento del principio de libre determinación de los pueblos en el marco de la descolonización ha podido alimentar así la terminación de las previsiones de una porción de tratados *coloniales*. La *desuetudo* de estos tratados ha permitido esquivar el planteamiento de esta incompatibilidad.

En el asunto *Gabcikovo-Nagymaros* Hungría sugirió la terminación del tratado de 1977 con Checoslovaquia por la aparición de nuevas normas imperativas del Derecho Internacional del medio ambiente. La Corte Internacional de Justicia (1997) consideró que las normas invocadas no tenían carácter imperativo y, en todo caso, podían ser tenidas en cuenta en el marco *evolutivo* facilitado por el mismo tratado.

233. *Causas extrínsecas al margen de la Convención de Viena: el conflicto armado*

Las causas mencionadas por la Convención de Viena no agotan, como ya hemos advertido, la nómina de causas extrínsecas de terminación de los tratados o suspensión de su aplicación. Entre las no reguladas (v. par. 231) nos ocuparemos ahora del *conflicto armado*. La necesidad de clarificar sus efectos en la aplicación de los tratados, teniendo en cuenta la práctica, llevó a la CDI, en 2004, a incluir este tema en su programa de trabajo, fruto del cual ha sido el proyecto de artículos aprobado en primera lectura en 2008.

Lo primero ha sido definir el *conflicto armado* como “un estado de guerra o un conflicto que dé lugar a operaciones armadas” que por su naturaleza y alcance pueden afectar a la aplicación de tratados entre las partes en el conflicto o entre una de las partes y un tercero, “con independencia de toda declaración formal de guerra” (art. 2 *b*).

Delimitado el supuesto, la CDI ha constatado —como ya el Instituto de Derecho Internacional en 1985 (res. de Helsinki)— que el conflicto armado no comporta *ipso facto* efectos sobre los tratados (art. 3). Son las partes, en primer lugar, las que en el mismo tratado —o en un acuerdo posterior— decidirán si y en qué medida el *conflicto armado* incidirá sobre su aplicación. Las partes pueden hacer abstracción del conflicto. Más que eso, hay tratados, como los del *ius in bello* y el *Derecho Humanitario Bélico*, hechos para ser aplicados justamente en una situación así (v. tema 24).

Ahora bien, ¿qué hacer si los tratados callan y no se descubre, siquiera implícita, una intención común de las partes? La CDI sugiere (art. 4) acudir a las reglas sobre interpretación de los tratados (arts. 31 y 32 CV) (v. par. 269, 276) y a una serie de *indicios de susceptibilidad* de un tratado a la terminación o suspensión en caso de conflicto armado, a saber, la naturaleza y alcance del conflicto, sus efectos sobre el tratado, la materia objeto de éste y el número de partes. Por lo mismo, hay tratados que por su materia implican su aplicación en semejante situación (art. 5). La CDI se atreve con una lista indicativa que incluye, junto a los ya mencionados, los tratados por los que se declaran, crean o regulan un régimen, una situación o unos derechos permanentes, entre ellos, los tratados sobre fronteras terrestres y marítimas; los de amistad, comercio y navegación y los análogos relativos a derechos privados; los de protección de derechos humanos y del medio ambiente, los relativos a los cursos de agua internacionales e instalaciones y construcciones conexas, los multilaterales normativos, los relativos a la solución pacífica de las controversias, los relativos a las relaciones diplomáticas y consulares y las obligaciones derivadas de tratados multilaterales sobre arbitraje comercial y ejecución de laudos arbitrales (Anexo al proyecto de arts.). Subyace la idea de que en estos casos la intención de las partes no puede ser otra sino la de avalar la aplicación de los tratados; las partes podrían desmentir esta presunción, pero sólo en la medida en que no cho-

quen con normas imperativas o regímenes *erga omnes* que afectan a intereses legítimos de terceros (v. par. 146).

234. Supuestos que no son causas extrínsecas de terminación y suspensión

La Convención de Viena hace referencia a dos supuestos que expresamente excluye de la nómina de causas *extrínsecas*: 1) el descenso del número de partes por debajo del que fue necesario para la entrada en vigor del tratado (art. 55); y 2) la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares (art. 63).

Por lo que se refiere al supuesto del artículo 55 ha de hacerse notar que el hecho contemplado sí tendrá efectos abrogatorios en el caso de que las partes lo hayan convenido como condición resolutoria del tratado (así, por ej., Convención sobre los derechos políticos de la mujer, 1952, art. VIII.2). Esa voluntad común puede ser implícita si la disminución del número de partes pone en entredicho la satisfacción del objeto y fin del tratado o si de ella se deriva una imposibilidad de cumplimiento. También es posible que la disminución de partes vaya acompañada de *desuetudo*.

El supuesto del artículo 63 responde a la separación que la Convención quiere establecer entre las relaciones convencionales, de un lado, y las diplomáticas y consulares, de otro (art. 74). Aunque la Convención proclama que la ruptura de relaciones diplomáticas o consulares no afectará a las relaciones convencionales, se ve obligada a moderar el alcance de su afirmación reconociendo que sí las afectará cuando la existencia de aquellas relaciones sea indispensable para la aplicación del tratado. Dado el carácter episódico que suele tener una ruptura de relaciones, la hipótesis llama a una suspensión más que a una terminación, con independencia del juego que podría dar también la imposibilidad temporal de cumplimiento del tratado.

Lo anterior no empece que gobiernos que han llegado al punto crítico de una ruptura diplomática y consular —y, por supuesto, al estallido de hostilidades— procedan a la denuncia de tratados, conforme con sus propias cláusulas o con el derecho reconocido por el artículo 56 de la Convención de Viena. En estos casos la ruptura no es por sí misma la *causa* de terminación, sino sólo la *ocasión* para que un gobierno ejerza un derecho que reposa sobre otros fundamentos.

235. Régimen de la terminación y suspensión: legitimación para invocar la terminación y suspensión y posibilidad de sanación

Dejando a un lado los supuestos en los que la terminación o suspensión de un tratado se produce por acuerdo entre las partes, en los que será su voluntad la que determine quién, cómo, cuándo y en qué condiciones, y una vez conocidas y caracterizadas las causas de terminación y suspensión, hemos de considerar

quiénes están legitimados para invocarlas y qué pasos habrán de seguirse para hacerlas efectivas.

La Convención de Viena, en su intento por garantizar la estabilidad de los tratados y como muestra de la excepcionalidad que inspira su regulación, contiene provisiones estrictas sobre quiénes están legitimados para invocar una causa de terminación o suspensión y prevé la posibilidad de que pierdan su derecho (*sanación*).

La *terminación o suspensión* de la aplicación del tratado por una causa extrínseca tipificada en la Convención resultará del ejercicio de un derecho reconocido a las partes afectadas, con exclusión de aquéllas que la han provocado infringiendo sus obligaciones. Sólo cuando se plantea la oposición del tratado con una nueva norma imperativa de *DI general (ius cogens superveniens)* puede hablarse de la existencia de la *obligación* de cualquier parte de poner en marcha el procedimiento para terminar el tratado e, incluso, de una apreciación de oficio por el órgano llamado a aplicarlo.

La exclusión de legitimación del infractor se justifica por el principio general de que nadie puede sacar ventaja de su delito (CPJI, *Chorzow*, 1927); pero respecto de la *imposibilidad de cumplimiento* su ejemplaridad no resulta convincente. Nos encontramos ante una causa de terminación o de suspensión puramente *fáctica*. Si el cumplimiento no es posible en los términos del artículo 61.1 de la Convención, el tratado termina o su aplicación queda suspendida por imperio de los hechos, *ipso facto*. La atribución de éstos a un infractor es relevante en el plano de la responsabilidad, para endurecer las consecuencias del ilícito, pero no resucita a los muertos. Proponer que se ignore la terminación o suspensión cuando la invoca el *culpable* es absurdo. Ello tiene su reflejo en la sanación. La imposibilidad de cumplimiento, al igual que la oposición del tratado con el *ius cogens superveniens* no son sanables, mientras que en los otros supuestos (*violación grave, cambio fundamental en las circunstancias*) se pierde el derecho a alegar la causa si se dan las circunstancias recogidas en el artículo 45 (v. par. 225). Otro tanto cabe decir cuando se trata de los efectos del conflicto armado sobre los tratados (CDI, proyecto de arts. 2008, art. 11).

En el contexto de los conflictos armados la CDI propone la exclusión de legitimación del Estado *agresor* para invocar la terminación o suspensión de la aplicación de un tratado si de ello puede obtener un beneficio (proyecto de arts. 2008, art. 15; IDI, res. Helsinki, art. 9).

236. Procedimiento general de verificación

La inexistencia de una jurisdicción internacional obligatoria ha planteado de antiguo la cuestión de si y hasta qué punto quienes invocan una causa de *terminación o suspensión* del tratado, o pretenden su denuncia, pueden actuar unilateralmente, asumiendo las consecuencias de una apreciación errónea, o si, por el contrario, nada cabe hacer sin acuerdo de las partes o, por lo menos, sin

haberlo intentado. La Convención de Viena vincula la apreciación de las causas que recoge a la satisfacción de un procedimiento establecido en sus artículos 65-68, del que queda excluida la *violación grave* del tratado multilateral, que recibe una regulación específica (art. 60). El Tribunal de Justicia de la UE (*Racke*, 1998) ha puesto de manifiesto la necesaria evacuación de tal procedimiento advirtiendo que vincula a la propia Unión Europea y, en consecuencia, considerando contraria al Derecho Internacional, en el caso sometido a su decisión, la suspensión del acuerdo de cooperación con la RFS de Yugoslavia (1980).

Quien quiera dar por terminado un tratado o suspender su aplicación, debe notificarlo *por escrito* a las demás partes señalándoles causa y razones (arts. 65.1 y 67.1). Esta iniciativa puede ser espontánea o derivada de la necesidad de dar una respuesta a una exigencia de cumplimiento del tratado (arts. 65.5 CV1969 y 65.6 CV1986).

La declaración constará en un instrumento solemne firmado por el Jefe del Estado, Presidente del Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores y se comunicará a las demás partes. De no cumplirse este requisito, se podrá invitar al comunicante a que presente sus plenos poderes (art. 67.2). La rigidez de esta disposición y la diferencia que presenta con respecto al art. 7.1.b (v. par. 157) viene a confirmar el propósito de salvar la vigencia de los tratados planteando condiciones estrictas para hacer efectivas su terminación y suspensión.

En Derecho español la iniciativa corresponde al Gobierno (art. 97 de la Constitución), que habrá de contar con la autorización de las Cortes para denunciar un tratado cuya conclusión fue autorizada por las Cámaras (art. 96.2). El Reglamento del Congreso (art. 160) somete la denuncia a un procedimiento en Cortes idéntico al de su conclusión. Tratándose de la suspensión de la aplicación de un tratado, su menor relevancia y la urgencia con la que en algunas ocasiones puede plantearse, sugieren la competencia del Gobierno, siempre que a la mayor brevedad se comunique tal decisión a las Cortes. La formalización de una denuncia, una vez decidida por el Gobierno y, de ser necesario, autorizada por las Cortes, corresponde al Rey si fue Él quien suscribió el instrumento por el que se manifestó el consentimiento en obligarse por el tratado. En supuestos de suspensión, dado su carácter, no parece que esta formalidad sea necesaria.

La referencia que se hace en el artículo 65.1 de la Convención de Viena a la necesidad de indicar las *razones* en que se funda la pretensión de terminación o suspensión de la aplicación del tratado ha suscitado la duda sobre su pertinencia cuando de la denuncia *no motivada* se trata, duda a la que, además, ha contribuido el artículo 56.2 al exigir que quien pretenda denunciar un tratado notifique su intención con doce meses de antelación.

No obstante, sería desacertado pensar que en la denuncia *no motivada* una parte cuenta con la potestad de hacer efectivo unilateralmente su designio, sometiéndolo sólo a un plazo de preaviso. La sujeción de la denuncia *no motivada* a lo establecido en los artículos 65 a 68 de la Convención se desprende de una interpretación sistemática y teleológica que se apoya en los trabajos preparato-

rios y en la intención que subyace en el artículo 56.2, que no es sino la de tranquilizar al resto de partes en un tratado asegurándoles un tiempo razonable para reaccionar. Así, el artículo 56.2 puede entenderse en el sentido de ampliar de tres a doce meses el plazo que tienen las partes para formular objeciones en el caso de denuncia no motivada. Cualquier reducción de este plazo ha de contar con el acuerdo de las partes (CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, 1997).

Transcurridos, pues, tres —o doce— meses desde la recepción de la notificación sin que ninguna de las partes haya formulado objeciones, el notificante podrá adoptar la medida propuesta, haciéndolo constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes (arts. 65.2 y 67.2). De formularse objeción, surgirá una controversia a la que las partes deberán buscar, en los doce meses siguientes, una solución a través de los medios de arreglo pacífico enumerados en el artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas (arts. 65.3 y 66.1) (v. par. 453, 511). Si transcurrido este plazo no se encuentra una solución el procedimiento a seguir variará según la causa de terminación o suspensión que se alegue:

- 1) Si la controversia versa sobre la *terminación* de un tratado por su *oposición con una norma de "ius cogens superveniens"* cualquiera de las partes en la controversia podrá, mediante solicitud escrita, someterla a la decisión de la Corte Internacional de Justicia, salvo que de común acuerdo las partes potén por un arbitraje (art. 66.a) (v. par. 461, 462). Tratándose de controversias en que esté implicada una Organización Internacional, dado que éstas no pueden ser partes en procedimientos contenciosos ante la Corte, la Convención de 1986 (art. 66) prevé el recurso a su jurisdicción consultiva bajo el compromiso de los interesados de reconocer como *decisiva* la opinión de la Corte (v. par. 466, 467). Las posibilidades de que esta alternativa no prospere abre a las partes el recurso al arbitraje regulado en el Anexo de la Convención de 1986.
- 2) Si la controversia versa sobre el *cambio fundamental de circunstancias* o la *imposibilidad de cumplimiento* cualquiera de las partes en la controversia podrá iniciar el procedimiento de conciliación (v. par. 458), regulado en el Anexo de la Convención, presentando a tal fin una solicitud al Secretario General de Naciones Unidas (art. 66. b).

Esta última fase del procedimiento, especialmente la previsión de un recurso unilateral a la Corte Internacional de Justicia, ha sido campo abonado de las *reservas* de unos, replicadas con las *objeciones* de otros, dispuestos a impedir en sus relaciones recíprocas la invocación de causas de terminación (y suspensión, en su caso) que no se sometán al procedimiento regulado.

La Convención no hace ninguna referencia a los derechos y obligaciones de las partes mientras se evacua este procedimiento o se resuelve la controversia. Tratándose de *imposibilidad* de cumplimiento, la respuesta la darán los hechos. En los demás casos, ha de presumirse que, salvo acuerdo de las partes o medida cautelar judicial o arbitral, el tratado cuestionado sigue experimentando sus efectos.

237. Procedimiento en casos de terminación o suspensión por violación grave de un tratado multilateral

El procedimiento del apartado anterior no se aplica cuando se invoca la *violación grave* de un tratado multilateral como causa de terminación o suspensión. En este caso son las partes, excluida la presunta autora de la violación, las que decidirán por *acuerdo unánime* la terminación o suspensión del tratado (art. 60.2.a).

Adviértase que: 1) una parte en un tratado multilateral carece del derecho a alegar directamente la violación grave del tratado para forzar su terminación, ni siquiera en sus relaciones con el autor de la violación, aunque sí lo tiene para plantear la consideración de esta medida al conjunto de las partes; 2) el presunto infractor no cuenta con un recurso eficaz en Derecho para combatir el acuerdo de todos sus socios; y 3) es la *decisión* misma sobre la terminación y suspensión la que se pone en manos de esta colectividad (las partes excepto el infractor) y no sólo un derecho a invocarla que, de ser objetado por la parte excluida, pondría en marcha el procedimiento previsto en el artículo 65.2 y siguientes de la Convención.

Junto a esta previsión, el artículo 60 reconoce a una *parte* que se considera *especialmente perjudicada* por la violación, el derecho de alegarla como causa de suspensión total o parcial de la aplicación del tratado en sus relaciones con el autor de la violación (art. 60.2.b). Lo mismo podrá hacer *cualquier parte*, excepto la infractora, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones (art. 60.2.c). No queda claro sin embargo si este derecho conduce, una vez ejercitado, a su apreciación por el conjunto de las demás partes o bien —como opinamos— al procedimiento ordinario de los artículos. 65 y ss.

Las reglas de la Convención sobre la violación grave del tratado, centradas en las medidas lícitas que pueden adoptarse, no coartan el derecho del lesionado a recurrir a la terminación o a la suspensión de la aplicación del tratado, en el ámbito de la responsabilidad internacional, a título de *contramedida* (v. par. 309, 335).

238. Procedimiento en caso de conflicto armado

El sujeto que desee terminar o suspender la aplicación de un tratado por causa del conflicto armado habrá de notificar su intención al otro u otros sujetos partes, o al depositario del tratado, entendiéndose hecha la notificación a su recepción por aquéllos, que podrán objetar tal pretensión (CDI, proyecto de arts. 2008, art. 8). El proyecto de la CDI no va más allá, estimando que no sería realista hacerlo. La controversia resultante habrá de ser dirimida por uno de

los medios mencionados por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas (v. par. 453, 511).

En un supuesto de legítima defensa, individual o colectiva, conforme a la Carta (v. par. 496-502), los sujetos que estén ejerciéndola tendrán derecho a la suspensión total o parcial de la aplicación de tratados incompatibles con dicho ejercicio (CDI, proyecto de arts. 2008, art. 13; IDI, res. Helsinki, art. 7).

239. *Efectos de la terminación y suspensión de la aplicación del tratado*

La terminación y la suspensión, a menos que el tratado disponga, o las partes acuerden, otra cosa, eximirá a las partes de la obligación de observar sus disposiciones en sus relaciones mutuas de forma definitiva o durante el tiempo que la suspensión dure (arts. 70. 1. *a* y 72.1.*a*). Ahora bien, en el caso de la suspensión, como la intención de las partes es la de volver a aplicar el tratado cuando sea posible, la Convención les impone una obligación de comportamiento: no realizar actos que impidan u obstaculicen la reanudación de la aplicación del tratado (art. 72.2).

Tal como ocurría con las causas de nulidad, la apreciación de los efectos de las causas de terminación y suspensión de la aplicación de un tratado obliga a hacer algunas distinciones:

1) Desde un punto de vista *objetivo* o *material* cabe señalar que en los supuestos de denuncia prevista en el tratado y de denuncia no motivada la terminación se produce en principio respecto de la totalidad del tratado (art. 44.1). Lo mismo acontece cuando el tratado se opone a una nueva norma imperativa (*ius cogens superveniens*).

Tratándose, en cambio, de terminación o suspensión por cualquiera de las otras causas extrínsecas (así como en caso de terminación o suspensión por causa de conflicto armado, CDI, proyecto de arts. 2008, art. 10) opera el principio de *divisibilidad* si se dan las condiciones establecidas en el artículo 44.3, con la salvedad de que si la causa es la *violación grave del tratado* será la parte *inocente* —en los tratados bilaterales— o el colegio de las partes (excluido el infractor) —en los multilaterales— quienes decidan si la terminación o la suspensión es *total* o *parcial* (art. 60.2. *a*).

2) En el orden *temporal* la terminación y la suspensión respetan derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes previamente creadas por la ejecución del tratado (art. 70.1.*b* y 72.1.*b*). Sus efectos (*ex nunc*) se producen a partir del momento en que se hace efectiva la verificación de la causa invocada (lo que, tratándose de la *imposibilidad de cumplimiento* será un hecho). La única excepción proviene del *ius cogens superveniens*, que condiciona el mantenimiento de derechos, obligaciones y situaciones jurídicas previas a que no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (art. 71.2.*b*).

3) Desde un punto de vista *subjetivo* la terminación o suspensión para todas las partes se impone por lógica en los tratados bilaterales. En los multilaterales ocurre otro tanto cuando el tratado choca con normas imperativas sobrevinidas de Derecho Internacional general. La Convención pretende enfatizarlo cuando, con dudosa técnica, nos dice que el tratado «se convertirá en nulo y terminará» (art. 64). Pero tratándose de las otras causas puede no ser así, atendiendo a las características de cada caso. En particular, por lo que hace a la *violación grave*, la decisión sobre la terminación o suspensión del tratado entre todas las partes o sólo en sus relaciones con el autor de la violación es una prerrogativa del colegio que forman, con exclusión del infractor (art. 60.2.a).

Como acontece en el caso de nulidad, la terminación o la suspensión de las disposiciones de un tratado no afecta al deber de cumplir las obligaciones enunciadas en el mismo a las que estén sometidas las partes en virtud de otra norma de Derecho Internacional (art. 43 CV; CDI, proyecto de arts. 2008, art. 9),

LVII. LA SUCESIÓN

240. ‘*Tabula rasa*’ o ‘*tavola calda*’

Cuando un Estado sucede a otro surge de inmediato la pregunta sobre la suerte de los tratados aplicados en el territorio que cambia de soberano. La respuesta —que la Convención de Viena (art. 73) no quiso dar— ha oscilado entre los extremos de la *tabula rasa* (que supone la terminación de los tratados) y la *continuidad*, la *tavola calda*, (que conduce a la sucesión, universal y automática, en los mismos). La primera invoca el respeto de la soberanía del Estado nuevo y el efecto relativo de los tratados (*res inter alios acta*); la gran baza de la segunda es la estabilidad, la conservación del *status quo*. Con el proceso de descolonización la llamada *doctrina Nyerere* reclamó para los Estados nacidos de este proceso el derecho de decidir unilateralmente los tratados concluidos por el predecesor que seguirían en vigor.

En la práctica las soluciones han sido muy variadas, influyendo en particular la naturaleza de los diferentes tipos de tratados y los variados supuestos de sucesión. Buscando cautelosamente una respuesta podemos decir que: 1) en algunos casos normas generales de Derecho Internacional pueden imponer la *continuidad*; 2) en los demás, la suerte de los tratados vendrá determinada por el régimen particular que hayan podido asumir los sujetos interesados (así, la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978); 3) de no mediar obligaciones particulares la suerte de los tratados dependerá del acuerdo de las partes en cada caso concreto.

241. Normas generales

Sólo en presencia de tratados constitutivos de *regímenes territoriales objetivos* cabe afirmar la existencia de una norma consuetudinaria que establece su *continuidad*, incluso por encima de la libre determinación de los pueblos (v. tema 4). La norma, invocada ya por la Comisión de Juristas que se ocupó del asunto de la *Desmilitarización de las islas Aaland* (1920), ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Corte (CPJI, *Zonas francas*, 1932; CIJ, *Derecho de paso por territorio indio*, 1960, *Templo*, 1962, *Controversia territorial* (Libia/Chad), 1994, *Gabcikovo-Nagymaros*, 1997, *Isla de Kasikili/Sedudu*, 1999, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001, *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002,) y fue recogida en el Convenio sobre sucesión de Estados en materia de tratados, de 1978 (arts. 11 y 12).

La continuidad de otros tratados, sean los de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, los concernientes a los derechos humanos o, incluso, sólo de los de Derecho Internacional humanitario, ha encontrado muchos y sólidos defensores tanto en la doctrina como en Organizaciones Internacionales (como la OIT), ONG (como el CICR) y muy especialmente en los órganos de vigilancia de estos tratados (como el CteDH que se ocupa del Pacto de NU sobre Derechos Civiles y Políticos, 1966). En el asunto del *Genocidio en Bosnia* el demandante (Bosnia y Herzegovina) expresó su devoción por el principio de la sucesión *automática* y, aunque la Corte (1996) evitó pronunciarse, algunos jueces (Weeramantry, Shahabuddeen) lo apoyaron en sus opiniones individuales (v. tb. op. ind. del juez Elaraby en *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004). Sin embargo, la práctica de los nuevos Estados es dispar y heterogénea y genera incertidumbres a la hora de descubrir la existencia de una *opinio iuris* que avale la continuidad.

No existe, finalmente, ninguna norma general que obligue a las demás partes en un tratado a asumir los acuerdos de transmisión de derechos y obligaciones suscritos entre el Estado predecesor y el sucesor, ni las declaraciones unilaterales efectuadas por el sucesor respecto de los tratados suscritos por el predecesor. Tampoco la hay imponiendo al sucesor un tratado que prevé una sucesión automática. El *res inter alios acta* prevalece (v. Convención de 1978, arts. 8-10).

242. La Convención de Viena de 1978

Más allá del círculo, no muy amplio, de Estados partes, la Convención de 1978 ha aportado poco en el proceso de formación de normas generales. La Convención descansa sobre la distinción entre la sucesión descolonizadora y la tradicional.

Tratándose de un nuevo Estado nacido de la descolonización, la Convención ofrece al sucesor la ventaja de la *tabula rasa* (art. 16), consecuencia natural del principio de libre determinación de los pueblos y reflejo del respeto de la

soberanía del Estado nuevo y del efecto relativo de los tratados (*res inter alios acta*). No obstante, la Convención facilita enormemente su participación en los tratados multilaterales generales y abiertos mediante una simple notificación de sucesión (arts. 18-23, 27.1 y 3 y 29.1, 3 y 4); la participación en cualquier otro tratado —multilateral o bilateral— requiere el consentimiento —expreso o implícito— de los otros Estados partes (arts. 17 y 24).

En relación con los supuestos de sucesión *tradicional* (o no descolonizadora), el principio general recogido por la Convención de 1978 es el de la *continuidad* (o sucesión automática) de los tratados en vigor dentro de los límites territoriales en que se venían aplicando. Sin embargo, la misma Convención parece desmentirse en la medida en que el principio cede ante el acuerdo en contrario de los interesados o cuando se desprende del tratado o consta de otro modo que su aplicación respecto del Estado sucesor sería incompatible con el objeto y fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución (arts. 31.1.b y 34.2.b). De esta manera se reconoce la importancia de la voluntad de las otras partes en tratados bilaterales y multilaterales cerrados, sin la cual es impensable la sucesión en los derechos y obligaciones del causante, dado que no es irrelevante para los demás quien sea el obligado.

El principio de *continuidad* se completa con el principio de la *elasticidad o variabilidad* del ámbito territorial de un tratado, aplicable a los supuestos de modificación de soberanía territorial sin nacimiento de nuevos Estados (art. 15). Pero la extensión de los tratados a los territorios adquiridos no tendrá lugar cuando del tratado o de cualquier otro modo se desprenda que: 1) no era intención de las partes aplicarlo a la totalidad del territorio (art. 29 CV 1969 y 1986); ó 2) dicha aplicación es incompatible con el objeto y fin del tratado, o cambia radicalmente las condiciones de su ejecución (art. 15.b del Convenio de 1978).

243. La práctica reciente

La práctica ha avalado las reglas propuestas por la Convención de 1978 para la sucesión descolonizadora; pero no puede decirse lo mismo respecto de la que llama sucesión *tradicional*.

El nuevo Estado producto de la descolonización, tras un período de reflexión, procede a dar por terminados —o a intentar la renegociación— de los tratados que no son acordes con sus intereses, y a solicitar de las otras partes el consentimiento a su participación o a notificar la sucesión —caso de los multilaterales generales— cuando sí lo son. En tanto no se produce la declaración de sucesión, la aplicación del tratado queda en suspenso, a menos que se produzca la aplicación provisional (v. par. 184) o se haya pactado otra cosa (art. 23.2).

En los supuestos de sucesión tradicional la *continuidad* es lógicamente endosada por el Estado que se reclama continuador del Estado causante (por ejemplo, la RF de Yugoslavia respecto de la RFS de Yugoslavia hasta el 2000; Rusia respecto de la Unión Soviética) y también, con matices, en los casos de unificación

(Yemen, RF de Alemania) o disolución pacífica (República Checa y Eslovaquia); pero no por los que nacen en el marco de una disolución o separación traumática (Croacia, Bosnia y Herzegovina...) pues lo normal es que el nuevo Estado trate de afirmar y consolidar su personalidad internacional haciendo prevalecer su voluntad en la tesitura sucesoria y actúe de hecho como los Estados nacidos de la descolonización.

La decisión de *adherirse* a un tratado multilateral abierto, en lugar de notificar la *sucesión* ha tenido que ver en ocasiones con el momento en que una y otra producen sus efectos (los de la adhesión, a partir de su depósito o notificación; los de la sucesión se retrotraen a la fecha en que ésta se produjo). La decisión de la RF de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) de *adherirse* a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), lejos de ser consecuencia de una preparación técnica deficiente, revelaba su excelencia: estableciendo una solución de continuidad con el pasado, trataba de protegerse de su eventual responsabilidad por actos genocidas cometidos en el solar de la antigua Yugoslavia. Por lo mismo, Bosnia y Herzegovina, partidaria de la *tabula rasa* en términos generales, fue adalid de la sucesión automática en este punto.

En relación con los tratados bilaterales las pretensiones de continuidad han cedido a la renegociación cuando así lo ha querido las otras partes contratantes.

La lógica de la regla de la *elasticidad o variabilidad* del ámbito territorial de los tratados en supuestos de modificación del titular de la soberanía territorial sin nacimiento de nuevos Estados también puede ser objeto de variaciones a voluntad de los interesados. Así, el caso de Hong Kong ha permitido comprobar cómo la elasticidad puede presentar excepciones cuando por voluntad de las partes interesa mantener vigentes en el territorio afectado por el cambio *tratados multilaterales* concluidos por el antiguo soberano, aunque en ellos no participe el nuevo titular de la soberanía (Declaración conjunta suscrita por China y el Reino Unido el 19 de diciembre de 1984) En relación con los *tratados bilaterales* las variaciones pueden ser aún mayores dada la necesidad de valorar las relaciones existentes entre el nuevo soberano y los terceros Estados con los que el predecesor hubiera concluido tratados.

Los depositarios de los tratados multilaterales han tenido que adoptar decisiones relacionadas con la participación de los nuevos Estados. Aunque la práctica no ha sido uniforme, el Secretario General de las Naciones Unidas ha actuado, en defecto de cláusula convencional que disponga otra cosa, exigiendo al nuevo Estado en cada caso un instrumento formal de sucesión o de específica manifestación del consentimiento e ignorando a estos efectos las declaraciones generales de sucesión y los acuerdos suscritos con el predecesor. El Secretario General ha aceptado los instrumentos de sucesión siempre que: 1) el tratado hubiera sido aplicado, o se hubieran dado los pasos necesarios para ello, en el territorio del nuevo Estado antes de la fecha de la sucesión, y 2) el territorio haya sido reconocido como Estado (v. par. 23-32). La primera condición se pre-

sume siempre que el predecesor no hubiere excluido de la aplicación del tratado el territorio implicado en la sucesión y el sucesor declare que el tratado ha sido aplicado en dicho territorio. El cumplimiento de la segunda condición genera incertidumbre cuando el presunto sucesor aún no ha sido admitido como miembro de Naciones Unidas o de uno de sus organismos especializados.

El Estado que deposita un instrumento de sucesión se encuentra en las mismas condiciones que el que manifiesta el consentimiento por los cauces previstos en el tratado a los efectos de formulación de reservas y declaraciones, pudiendo además retirar las efectuadas por el predecesor (v. par. 196-207, 210, 214-216).

LVIII. LA REVISIÓN DE LOS TRATADOS

244. *Su alcance*

Aun a salvo de las situaciones patológicas ya examinadas, el principio *pacta sunt servanda* no concede a los tratados el don de un inmutable y eterno vigor. Los tratados se ven afectados por el paso del tiempo y han de cambiar cuando lo hacen las circunstancias, sobre todo políticas, económicas y sociales, que los originaron, cuando ya no traducen equilibradamente los intereses en presencia, cuando quienes los promovieron no disponen ya del poder que garantiza su cumplimiento, o cuando se desea aumentar su eficacia tras la experiencia acumulada con su aplicación. En estos casos se hace necesaria la revisión del tratado, bien parcial, mediante una especie de intervención de cirugía selectiva (*enmienda*), bien total (*sucesión* de tratados).

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969, 1986) sólo presta atención a la revisión parcial (*enmienda*), a la que dedica los artículos 39 y 40. La *sucesión de tratados* o su sustitución por otros, sin estar expresamente prevista, es una posibilidad implícita en los artículos 30, 3 y 59 de la Convención.

245. *La enmienda de los tratados*

Se entiende por enmienda toda *modificación formal* de las cláusulas de un tratado, sea cual sea su número y calidad, *potencialmente extensible a todos los sujetos que participan* en él.

El artículo 39 de la Convención constata que “un tratado podrá ser enmendado por *acuerdo entre las partes*”, lo que es obvio en el caso de los bilaterales. En el caso de los multilaterales son frecuentes las cláusulas que escapan a una unanimidad paralizante (como la experiencia de la UE, art. 48 TUE, demuestra), disponiendo reglas particulares de adopción y entrada en vigor de las enmiendas. La heterogeneidad de estas cláusulas y los flecos que dejan sueltos, en unos casos, así como la carencia de ellas, en otros, justifican la previsión de un

régimen supletorio. Esa es la finalidad que persiguen los artículos 39 y 40 que, además, remiten cuando procede a la Parte II de la Convención (celebración y entrada en vigor de los tratados).

El primero de los pasos que han de llevar a la enmienda de un tratado está relacionado con su propuesta. Aunque la Convención no contiene previsión alguna sobre quiénes están legitimados a tal efecto, cabe entender, salvo acuerdo en contrario, que la iniciativa corresponde a las partes. La propuesta habrá de comunicarse a todos los contratantes que tendrán derecho a participar en todo el *iter* decisorio.

Aunque generalmente la toma en consideración de una propuesta de enmienda es automática, algunas cláusulas convencionales la condicionan al apoyo de un número determinado de partes (un tercio, por ej., en el caso del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 51; o la mitad en el caso del procedimiento ordinario de enmienda de la CONVEMAR, art. 312), o a que la misma pase por ciertos filtros (como, por ej., la resolución favorable del órgano competente de una OI, caso de la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio, art. XVI; o, incluso, de dos órganos, como ocurre con la Carta de NU, art. 109).

Por lo que se refiere a la adopción del acuerdo de enmienda es preciso poner de relieve que, al margen de la previsión de mayorías diferentes a la prevista en la regla residual del artículo 9.2 de la Convención (v. par. 162), existen supuestos en los que el silencio colectivo puede operar como procedimiento de adopción del acuerdo (por ej., Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, art. VIII *b) vi) bb*).

Aunque no faltan cláusulas sobre la inmediata entrada en vigor de la enmienda una vez adoptada, lo normal es que se separen. Esta *doble fase* es característica de las cláusulas que confían la adopción del acuerdo de enmienda a una conferencia internacional. En relación con la entrada en vigor del acuerdo de enmienda la exigencia del consentimiento de todos los negociadores o sólo de un cierto número constituye una opción que puede combinarse con la exigencia de que en ese número figuren determinados sujetos, como es el caso, por ejemplo, de la Carta de Naciones Unidas, cuya revisión ha de contar con la ratificación de dos tercios de sus miembros, incluidos los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (arts. 108 y 109).

Los *efectos* de la enmienda se producen *inter partes* (art. 40.4), rigiéndose las relaciones entre las partes en el tratado enmendado y las que sólo lo son en el originario por lo establecido en el artículo 30 (tratados sucesivos sobre la misma materia) (v. par. 284, 285). Se proclama así la libertad de aceptar o no las enmiendas, que sólo evitaría una cláusula convencional que les atribuyera eficacia *erga omnes*, lo que en supuestos como los de los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales se hace imprescindible. Así, por ejemplo, el artículo 108 de la Carta de Naciones Unidas prevé la entrada en vigor de las reformas para todos los miembros de la Organización cuando hayan sido adoptadas y

ratificadas por las dos terceras partes de éstos, incluyendo los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Dada la especial vinculación que existe entre el tratado originario y el acuerdo de enmienda se presume que todo sujeto facultado para llegar a ser parte en el originario está también facultado para llegar a ser parte en el tratado en su forma enmendada (art. 40.3). Ahora bien, la apertura del texto enmendado a la participación de todos los sujetos facultados para llegar a ser partes en el tratado originario y la especial vinculación que genera entre ambos tratados no es un obstáculo para que el acuerdo de enmienda, si así lo prevé, se haga extensivo a otros sujetos.

Se presume *iuris tantum* que los sujetos que manifiestan su consentimiento en obligarse por un tratado después de la entrada en vigor de su enmienda tienen la intención de obligarse tanto por el tratado originario como por el tratado enmendado cuando ambos subsisten con círculos subjetivos diferentes (art. 40.5). El deseo de evitar esta doble vinculación exige una previsión al respecto.

Si las normas internacionales sobre celebración de los tratados son aplicables a los acuerdos de enmienda (art. 39), ¿lo serán también los preceptos internos que se interesan, igualmente, por la celebración de los tratados? (v. par. 173) La respuesta debe ser afirmativa. Ahora bien, su operación práctica presentará dificultades en los casos en que se entienda aceptada una enmienda por omisión o falta de objeción, o cuando se prevea su oponibilidad *erga omnes* una vez que, con el apoyo de una mayoría, ha entrado en vigor, forzando a los demás a pasar por la enmienda o a retirarse del tratado.

246. La revisión total de los tratados: sucesión de tratados

La sucesión y sustitución de un tratado por otro suele ser la consecuencia de la revisión global de instrumentos marcados por el paso del tiempo que interesa más reemplazar que enmendar. El supuesto del tratado que nace con una expresa vocación sucesoria, encarnada en sus cláusulas, ha de ser diferenciado del supuesto más general y comprometido de la compatibilidad de tratados sucesivos sobre la misma materia (v. par. 284, 285). Dado que la Convención de Viena no le presta la menor atención, cabría preguntarse hasta qué punto son aplicables analógicamente al supuesto las normas relativas a la enmienda. Una primera impresión es la de que la analogía estaría justificada salvo en lo concerniente a las relaciones entre quienes son partes sólo en el tratado *causante* y quiénes lo son únicamente en el tratado *sucesor*, porque si la enmienda presupone la unidad del tratado, la sucesión comporta la existencia de dos instrumentos diferentes, lo que empujaría a invertir la presunción establecida en el artículo 40.5 de la Convención y considerar, por lo tanto, que el contratante del tratado *sucesor* no consiente, si no consta lo contrario, obligarse por el tratado *causante*.

La mayor parte de las cláusulas sucesorias acompañan los efectos de su entrada en vigor al ritmo de incorporación de nuevas partes al tratado sucesor, de

manera que el tratado *causante* sigue rigiendo las relaciones entre las partes en los dos tratados y quienes lo son sólo en aquél. De esta manera, ambos tratados coexisten incluso durante un largo tiempo y, a menos que se disponga otra cosa en el tratado sucesor, sólo el trasvase de todas las partes de uno a otro produciría la terminación del tratado *causante*. Naturalmente, en los ámbitos donde la uniformidad del régimen sea primordial, será lógico prever que la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado *sucesor* determina la denuncia simultánea del tratado *causante*.

PARTE CUARTA
**EL CUMPLIMIENTO DEL
DERECHO INTERNACIONAL**

La aplicación de normas y obligaciones internacionales por los estados

LIX. CONSIDERACIONES GENERALES

247. La obligación de cumplir de buena fe con las normas y obligaciones internacionales

Como punto de partida debemos recordar que las normas y obligaciones internacionales deben ser cumplidas de *buena fe* por los sujetos a los que son oponibles, lo que implica comportarse de manera que los objetivos que persiguen puedan ser satisfechos (CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, 1997). Se trata de un principio fundamental, universalmente reconocido, reiteradamente evocado por la jurisprudencia y, hoy, enunciado por textos tan significativos como la Carta de Naciones Unidas (preámbulo y art. 2.2) y la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados* (res. 2625-XXV de la AGNU, de 1970).

En el caso de los tratados dicho principio (*pacta sunt servanda bona fide*) se enuncia en el artículo 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986. Además, el artículo 27 de la Convención de 1969 afirma, de manera inequívoca, que un Estado no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (la Convención de 1986 afirma lo propio respecto de las reglas de la OI) (v. par. 289).

248. Los órganos de aplicación del Derecho Internacional

La aplicación de normas y obligaciones internacionales corresponde, en primer lugar, a los Estados. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que mientras algunas normas y obligaciones exigen tan sólo la intervención de los *órganos del Estado encargados de las relaciones exteriores*, pues afectan exclusivamente a las relaciones interestatales (v. par. 417), otras, en cambio, reclaman la actuación de sus órganos internos (tanto ejecutivos como legislativos y judiciales), por cuanto tienen vocación de desplegar sus efectos jurídicos igualmente en el ámbito de los ordenamientos estatales; baste pensar en los tratados (y en los actos de OI) que reconocen derechos o imponen cargas a los particulares.

En cuanto a las Organizaciones Internacionales, también sus órganos están llamados a aplicar el Derecho Internacional; en unos casos porque la norma u obligación es oponible a la Organización como sujeto internacional y en otros porque las reglas de la Organización atribuyen a sus órganos funciones que comportan la aplicación del Derecho Internacional.

Más allá de los sujetos de Derecho Internacional, la aplicación del Derecho Internacional se verifica a través de la actuación de los tribunales internacionales, tengan o no el carácter de órganos de Organizaciones Internacionales. Pero adviértase que no siempre se cuenta con un órgano jurisdiccional internacional con la competencia requerida para actuar (v. par. 2, 459).

249. La aplicación del Derecho Internacional como proceso

El Derecho Internacional general deja en manos de los Estados la elección de los medios conducentes a la observancia de sus obligaciones internacionales (v., por ej., CIJ, *LaGrand*, 2001; *Avena*, 2004). En la medida en que dicha observancia requiere la aplicación de normas generales, tratados y resoluciones de Organizaciones Internacionales por órganos internos, los Estados han de *incorporarlos* a su propio ordenamiento.

Una vez incorporadas normas y obligaciones internacionales, el órgano interno habrá de abordar su aplicación, *directa* o no. A partir de ahí, si bien con algunas particularidades que serán oportunamente señaladas, los órganos internos han de afrontar las mismas tareas y aplicar las mismas reglas que un órgano internacional. La aplicación del Derecho Internacional en un supuesto concreto responde a un proceso que incluye la identificación de la norma u obligación aplicable, la fijación de su contenido, su interpretación, la oponibilidad a un sujeto determinado y, a menudo, la solución de un problema de *conurrencia* cuando son dos o más las normas y obligaciones que, con un objeto total o parcialmente idéntico, aspiran aparentemente a ser aplicadas. Aunque en la práctica no siempre es fácil separar los diferentes pasos del proceso de aplicación, teóricamente pueden ser abordados sucesivamente, siendo conveniente hacerlo desde un punto de vista expositivo y pedagógico. Veámoslo.

LX. LA INCORPORACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Cada Estado procede como estima oportuno, condicionado sólo por la naturaleza de la norma u obligación concernida, a menos que mediante tratado haya limitado su libertad. No es lo mismo incorporar al ordenamiento estatal una costumbre internacional que un tratado o la resolución de una Organización Internacional.

250. La recepción de las normas consuetudinarias

Los ordenamientos estatales que se pronuncian sobre la incorporación de las normas consuetudinarias lo hacen en favor de su recepción *automática*. Así, por ejemplo, la Ley Fundamental de la RF de Alemania (1949) proclama que las

normas generales del Derecho Internacional son parte integrante del Derecho Federal y fuente directa de derechos y obligaciones para sus habitantes (art. 25). El Tribunal Constitucional está llamado a despejar las dudas que al respecto puedan alimentar los jueces (art. 100.2).

La respuesta de los tribunales en los países cuyos ordenamientos guardan silencio no es, en general, distinta. Así, por ejemplo, los tribunales británicos consideran que las normas consuetudinarias forman parte del Derecho interno, a menos que resulten contrarias a las leyes del Parlamento o a decisiones judiciales firmes: “*International law is a part of the law of the land*” (v. *Eichmann*, 1961; *International Tin Council Appeals*, 1989). Es el caso, en términos generales, de los países de América latina (v., por ej., Corte Suprema de Chile, s. de 3 de marzo de 1969 en el asunto *Manuel Merchant*; Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, s. de 10 de mayo de 2005 en el asunto *Lariz Iriondo*).

En España el artículo 96.1 de la Constitución declara que las disposiciones de los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Para la doctrina mayoritaria esta disposición acoge de manera implícita el postulado —comúnmente aceptado por los jueces— de que el Derecho Internacional consuetudinario forma parte, sin más trámites, del Derecho interno. Su aplicación se ve favorecida por el reenvío que al Derecho Internacional realizan distintos preceptos legales. Así, por ejemplo, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al exceptuar del conocimiento de los juzgados y tribunales españoles los supuestos de inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero (v. par. 421-427), remite su determinación a las normas de Derecho Internacional (TC, s. 107/1992).

251. La recepción de los tratados en general

Los Derechos estatales conciben la incorporación de los tratados: 1) previa transformación mediante un acto formal de producción normativa interna (ley, decreto); ó 2) mediante su recepción inmediata una vez que el tratado es internacionalmente obligatorio, exigiendo eventualmente el acto material de su publicación oficial. Al primero se le conoce como régimen de *recepción especial*; al segundo como régimen de *recepción automática*.

El Reino Unido —seguida por otros miembros del *Commonwealth*— se encuentra entre los países que adoptan un régimen de *recepción especial*, haciendo depender la eficacia interna de los tratados celebrados de su transformación en ley (excepción hecha del TUE y de los actos emanados de las instituciones comunitarias, en virtud de la *European Communities Act* de 1972). La mayoría de los países de Europa occidental y de América latina, sin embargo, ha optado por un régimen de *recepción automática*, con exigencia, salvo raras excepciones

(Estados Unidos, Grecia...), de publicación oficial interna. Lo mismo cabe decir de la Unión Europea (art. 216 TFUE; TJUE, *Haegeman II*, 1974).

En la adopción de uno u otro régimen influyen factores de distinta naturaleza. Hay factores ideológicos, vinculados a la valoración que se hace de la soberanía del Estado y a postulados *monistas* o *dualistas* acerca de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos internos; hay factores históricos, ligados a la tradición constitucional de cada país; hay factores políticos, tras el afán de interponer filtros legales entre los derechos que el Estado se ha comprometido a respetar y su disfrute por sus ciudadanos (o súbditos)... Pero el factor técnicamente más importante estriba en la participación o no de las Cámaras legislativas en la conclusión de los tratados (v. par. 171).

Allí donde las Cámaras no intervienen de manera decisiva, autorizando la estipulación del tratado, aceptar la recepción automática de sus disposiciones equivaldría a atribuir al Gobierno una especie de poder legislativo en detrimento de aquéllas, a menos que se considere a los tratados de rango inferior a las leyes. Descartada esta posibilidad, el respeto de las competencias legislativas de las Cámaras exige que la eficacia interna de las disposiciones convencionales se someta a su previa transformación en ley. Este es, básicamente, el caso del Reino Unido. En cambio, en los países donde las Cámaras legislativas intervienen autorizando la conclusión de los tratados, nada justificaría —salvo alguno de los factores antes señalados— un régimen de recepción especial. Antes al contrario, una segunda intervención de las Cámaras es superflua y hasta peligrosa. Superflua por consideraciones de economía y de coherencia; peligrosa porque hay que cuidarse de los imprevistos deslizamientos políticos de las Cámaras.

Desde el punto de vista internacional, el régimen de *recepción especial* presenta numerosos inconvenientes. Enfrentado o sin contar con las Cámaras, un Gobierno podrá ir haciendo frente a sus compromisos internacionales en tanto no exijan medidas legislativas (la operatividad de los *executive agreements* (v. par. 121) en Estados Unidos reside precisamente en esta circunstancia). Pero, ¿qué hacer en el caso de que tales medidas sean necesarias? ¿Colocar a las Cámaras en la disyuntiva de aceptar el hecho consumado o encender la mecha de la responsabilidad internacional del Estado? (v. tema 13) ¿Sostener, tal vez, que su potestad es reglada, debiendo hacer lo que el tratado ordene y en los términos en que lo ordene? La fórmula parece poco acorde con los poderes soberanos del Legislativo. De ahí que sea aconsejable una participación determinante de las Cámaras legislativas en la conclusión de los tratados y la recepción automática de sus disposiciones a partir de su entrada en vigor en el orden internacional.

La recepción automática de los tratados ha sido tradicionalmente reconocida en España. La Constitución dispone la autorización por las Cortes de la conclusión de varios tipos de tratados (v. par. 173), entre los que se cuentan los que “supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución” (art. 94.1.e). El artículo 96.1, por otra parte, afirma que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados

oficialmente en España, formarán parte de ordenamiento interno”. El artículo 1.5 del Código Civil, introducido en la reforma de su Título Preliminar en 1974, estableció por anticipado su natural consecuencia: las normas jurídicas contenidas en los tratados serán de aplicación directa en España una vez que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE.

252. *Recepción y publicación interna de los tratados*

El hecho de que algunas Constituciones, como la española (art. 96), hagan de la publicación condición esencial, aunque no única, para la aplicación directa de los tratados no ha de conducirnos a la errónea conclusión de que el Derecho de estos países ha adoptado un régimen de recepción especial. Hacer de la publicación —que es un acto material de índole administrativa— un acto de *transformación* sería ir demasiado lejos.

El Tribunal Supremo español ha advertido que, si bien con la publicación los tratados adquieren “plenitud de efectos en el ordenamiento interno” (s. de 30 de septiembre de 1982), el sistema español es de “recepción automática” (por ej., ss. de 19 de mayo de 1983 y 30 de abril de 1986; también, 18 de julio de 1996, 27 de enero de 1997, 10 de marzo de 1998, 7 de julio y 8 de noviembre de 2000, 24 de abril de 2001...). El Tribunal Constitucional respalda este planteamiento (v., por ej., ss. 187/1991, 140/1995...).

Junto a los supuestos en que se prevé en la propia Constitución, la exigencia de publicación viene en ocasiones determinada por ley (por ej., art. 4 de la Ley mexicana de tratados de 1991) o por la jurisprudencia (Chile). Con carácter general cabe entender que en los países (y en la UE) que siguen el modelo de recepción automática de los tratados, su publicación es igualmente exigible en virtud del principio de publicidad de las normas.

En España la publicación ha de ser: 1) *oficial*; 2) *sincrónica con su entrada en vigor*; 3) *íntegra*; y 4) *continuada*.

1) La publicación del tratado ha de producirse “oficialmente en España”, dispone el artículo 96.1 de la Constitución y el artículo 1.5 del Código Civil concreta el medio: el BOE.

No obstante, la generalidad del texto constitucional deja acertadamente abiertas otras posibilidades. La referencia a una publicación oficial en España ha de interpretarse como exigencia sólo de que se trate de una publicación con efectos jurídicos reconocidos en España, aunque se realice en el extranjero. De no ser así, la eficacia y aplicación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea, que se publican únicamente en el *Diario Oficial* de la Unión arrastraría dificultades constitucionales.

Además de la publicación oficial es bueno que la Administración cuide de dar la mayor difusión a los tratados para su general conocimiento (v. en este sentido en España el Decreto 801/1972, art. 34).

2) La publicación ha de ser *sincrónica con la entrada en vigor* del tratado. No obstante, cabe anticiparla cuando se tiene ya un conocimiento fehaciente de la fecha de entrada en vigor (solución prevista en España en los arts. 29-30 Decreto 801/1972). Obviamente, si un tratado es objeto de *aplicación provisional* (v. par. 184) procederá su publicación al iniciarse dicha aplicación, debiendo más tarde comunicarse el término de la misma, bien por la entrada en vigor del tratado, bien por cualquier otra causa.

Hay sujetos que prefieren publicar el tratado al tiempo de la manifestación del consentimiento en obligarse, con noticia posterior de la fecha de su entrada en vigor en el caso de que no fuera para entonces conocida (solución seguida en ciertos casos en la UE); esta fórmula, sin embargo, expone a los usuarios a riesgos de confusión acerca de la vigencia o no de los tratados publicados.

Los retrasos y desajustes en la publicación originan problemas. Si el tratado no ha previsto su aplicabilidad a hechos, situaciones o relaciones anteriores a su entrada en vigor o a su publicación no será, obviamente, aplicable a los mismos. Pero ¿acaso lo será a los hechos, situaciones o relaciones que, posteriores a la entrada en vigor, son, por defecto de sincronización, anteriores a la publicación? La respuesta es para el Derecho Internacional afirmativa: los efectos del tratado han de retrotraerse a la fecha de su entrada en vigor, sea cual sea la de su publicación. Se exige, consecuentemente, un exquisito cuidado en garantizar la publicación del tratado sin dilación (en este sentido, art. 31 del Decreto 801/1972).

No obstante, para favorecer el acoplamiento entre la obligatoriedad internacional de un tratado y su aplicabilidad interna, los negociadores vienen estableciendo unos períodos de *vacatio* tras el intercambio, depósito o notificación de los instrumentos de manifestación del consentimiento que permiten a los Estados disponer del margen de tiempo preciso para tomar las medidas internas requeridas, entre ellas la publicación del tratado.

Sería en todo caso impropio extrapolar la aplicación de la *vacatio legis* prevista con carácter supletorio por el ordenamiento interno (así, el art. 2.1 del C.c. español dispone que “las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE”), pues con la publicación de un tratado se incorporan también al ordenamiento interno sus cláusulas finales, donde esta cuestión suele estar regulada, y en su defecto es obligado el reenvío a las normas generales del Derecho Internacional en la materia (v. par. 182, 183).

3) Que la publicación sea *íntegra* supone la inserción del texto completo del tratado así como, en su caso, de cualesquiera otros documentos anejos o complementarios y, en los tratados multilaterales, de la relación de partes, reservas, declaraciones u objeciones que se hayan formulado. En España se trata de una exigencia legal (art. 1.5 del C.c.; el Decreto 801/1972 la había anticipado con más detalle, arts. 29, 31).

La falta de publicación de alguno de los instrumentos mencionados —o de la debida información respecto de ellos— puede determinar su inaplicabilidad en el orden interno. Así, en España, el Tribunal Constitucional descartó la aplicabilidad de una disposición del Convenio europeo de extradición que había sido objeto de una reserva de exclusión por Italia, a pesar de que Italia había procedido a su retirada, por el hecho de que no se había producido la publicación oficial de dicha retirada (s. 141/1998).

4) La publicación, por último, debe ser *continuada*, esto es, ha de extenderse a todas las alteraciones subjetivas, espaciales, temporales, materiales o de cualquier otra clase que influyan en la aplicación del tratado ya publicado. Así, en España, Decreto 801/1972, art. 32).

Ahora bien, ¿cuál es la suerte de los tratados no publicados? En España la interpretación ortodoxa de los artículos 96 de la Constitución y 1.5 del Código Civil trae como consecuencia que los tratados no publicados en el BOE no deben ser aplicados por los órganos estatales aunque los conozcan por otros medios (en este sentido, TC, s. 141/1998, de 30 de julio); todo ello sin perjuicio de que la demora en la publicación —y la no publicación— puede originar responsabilidad patrimonial de la Administración, exigible en vía contencioso-administrativa, cuando cause un perjuicio económicamente evaluable a los particulares (Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 139).

La práctica, sin embargo, obliga a matizar la posición de principio. Ciertamente ha de excluirse la aplicación directa de los tratados no publicados, en virtud del principio de seguridad jurídica, cuando es el Estado quien pretende invocar el tratado no publicado frente a un particular, o en las relaciones entre particulares; pero no hay razón aparente que impida la aplicación por órganos administrativos y judiciales de tratados no publicados que no supongan cargas para los ciudadanos o, incluso, les reporten ventajas. En este sentido cabe apreciar el planteamiento de la Constitución holandesa que (art. 93) constriñe el valor determinante de la publicación del tratado a aquéllos que por su contenido puedan imponer obligaciones a las personas. Dentro de estos límites la consecuencia de la no publicación podría ser la de forzar al interesado en la aplicación a una aportación fehaciente del texto y vigencia del tratado. Si así fuera, la publicación acabaría siendo una mera condición para la oponibilidad de un tratado a los particulares.

253. La recepción de las resoluciones de las Organizaciones internacionales

Los ordenamientos estatales tampoco suelen pronunciarse sobre el régimen de recepción de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales obligatorias en el orden internacional, pero allí donde lo hacen extienden el régimen previsto para los tratados (Constitución de Holanda, art. 93; de Portugal, art.

8.2). Esta solución, demasiado simplificadora, es la que también suelen seguir los países que carecen de regulación en la materia.

En nuestra opinión debe distinguirse según se trate de resoluciones de Organizaciones de *integración*, cuya eficacia interna viene predeterminada por los tratados constitutivos de la Organización, o de resoluciones que obligan a los sujetos internacionales a los que se dirigen, sin pronunciarse sobre la forma en que habrá de asegurarse su observancia doméstica.

En el primer caso, que es el de los actos obligatorios adoptados por las instituciones de la Unión Europea (el Derecho comunitario *derivado*), la eficacia interna es directa e inmediata, no pudiendo condicionarse a acto alguno de recepción ni supeditarse a la publicación oficial en los diarios nacionales, que el Tribunal de Justicia de la UE ha considerado contraria a Derecho comunitario (*Variola*, 1973).

En el segundo caso, que encuentra hoy una práctica notable en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con base en el Capítulo VII de la Carta, obligatorias para los sujetos destinatarios (v. tema 22), la aplicación del régimen de recepción (automática o especial) de los tratados puede ser un buen punto de partida. En España, la aplicación del régimen de recepción automática con exigencia de publicación oficial cuenta con el respaldo del Consejo de Estado (dictamen de 9 de septiembre de 1993 sobre la aplicación de la res. 827 (1993) por la que se creó el TPIY). Esta resolución fue publicada en el BOE, sin perjuicio de ser además objeto de medidas legislativas de desarrollo (LO 15/1994, de 1 de junio). Otro tanto se hizo con la resolución 955 (1994) por la que se creó el TPIR. Sin embargo, hasta la publicación de la resolución 827 (1993) ninguna resolución del Consejo de Seguridad había sido publicada en el BOE y, después, no han sido muchas las que la han seguido.

En realidad, tal como acontece con los tratados, la publicación oficial no es indispensable en el caso de resoluciones que no implican cargas para los particulares o, en términos más generales, que sólo afectan a las relaciones interestatales. Por otra parte, cuando las resoluciones inciden sobre derechos de los particulares (por ej., la resolución 661, de 1990, del Consejo de Seguridad, decretando un embargo económico contra Iraq, o la ya larga serie de resoluciones que disponen *sanciones* que recaen sobre sujetos de Derecho interno, v. par. 517, 523), una incorporación y aplicación mediante su publicación oficial puede ser insuficiente, pues —a diferencia de lo que acontece con los tratados que afectan a las leyes— las resoluciones no son sometidas a un control parlamentario equivalente. En este sentido es preferible someter la incorporación y aplicación de las resoluciones a la adopción de los adecuados actos normativos internos (v., por ej., el Protocolo de Ouro Preto, 1994, anejo al Tratado de Mercosur, arts. 38-40).

LXI. LA APLICACIÓN DE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

254. La aplicación directa por órganos judiciales y administrativos: disposiciones auto-ejecutivas (*self-executing*)

En los países que adoptan un régimen de *transformación* o de recepción *especial* no cabe hablar, por definición, de una aplicación *directa* de normas y obligaciones internacionales. Estas se limitan a gobernar la interpretación de los actos normativos internos que las incorporan y que aplican los órganos estatales. En cambio, en los países que adoptan un régimen de recepción *automática* normas y obligaciones son directamente aplicables... a condición de que sean auto-ejecutivas (*self-executing*), esto es, que no requieran medidas complementarias. En tanto reconozcan derechos a los particulares gozarán de *eficacia directa*, es decir, podrán ser invocadas por aquéllos, sin perjuicio de la obligación de los órganos estatales de aplicarlas de oficio.

En manos de los órganos de aplicación el carácter *auto-ejecutivo* de una norma u obligación depende, en primer término, de la precisión e incondicionalidad de su formulación; con otras palabras, el órgano de aplicación debe contar con una disposición susceptible de ser aplicada por sí misma, sin necesidad de un desarrollo legal o reglamentario. Una de las sentencias que en España lo ha expuesto con mayor nitidez es la de 10 de marzo de 1998 (Sala 3ª del TS).

En la práctica los tratados combinan disposiciones *auto-ejecutivas* con otras que no lo son. Las partes, además, al efecto de facilitar la certidumbre y la seguridad jurídica, suelen adoptar leyes o reglamentos a mayor abundamiento; lo que, por otra parte, puede ser contraproducente, en la medida en que estas disposiciones no se acomoden satisfactoriamente a la norma u obligación internacional que pretenden reflejar y que, en todo caso, ha de iluminar su aplicación y prevalecer en caso de conflicto.

La cualidad *objetiva* de una norma u obligación no basta, sin embargo, para afirmar su carácter *auto-ejecutivo*, a expensas en último término de la voluntad de los sujetos internacionalmente obligados. Puede ocurrir que una disposición precisa e incondicional no goce de la aplicación directa, sea porque las partes en un tratado o los miembros de una Organización Internacional así lo han acordado, sea porque cada una de las partes así lo ha decidido (en la medida en que no se hayan obligado a una aplicación directa y lo permita su Derecho interno), sea porque el órgano de aplicación entienda que la naturaleza y objeto del tratado no permite la aplicación directa.

Son consideraciones *políticas* a diferentes niveles las que acaban *desactivando* la aplicación (o eficacia) directa de una norma u obligación objetivamente *auto-ejecutiva*. Así, por ejemplo, hasta 1996 numerosos pronunciamientos del Tribunal Supremo español reconocieron la aplicación directa del artículo 2 del Convenio de Cooperación Cultural entre España y Argentina (1971), según el

cual “las partes convienen en reconocerse mutuamente los títulos académicos de todo orden y grado tal como los otorga o reconoce el otro oficialmente”, determinando la extensión automática al territorio español de los títulos académicos otorgados por Argentina (por ej., s. 21 de mayo de 1987). Sin embargo, a partir de 1996 el Tribunal Supremo dio un giro jurisprudencial, endosando el criterio de la Administración para la que la aplicación del Convenio no debía conducir a la homologación automática de los títulos de educación superior, siendo preciso comprobar previamente que los títulos se han obtenido tras seguir un proceso de formación equivalente al que se exige en España para lograr títulos equivalentes (por ej., s. de 2 de diciembre de 1996). Lo que era *auto-ejecutivo* mientras su aplicación fue estadísticamente poco relevante, dejó de serlo cuando las cifras se dispararon...

En el ámbito de la Organización Mundial de Comercio (OMC) tanto Estados Unidos, como Japón y la Unión Europea han coincidido en su oposición a la aplicación y eficacia directa de las obligaciones consentidas en los acuerdos multilaterales que la vertebran. Unos y otros consideran que, de lo contrario, concederían una ventaja comercial a sus competidores. En el caso de la Unión Europea el Tribunal de Justicia ha negado la eficacia directa de los acuerdos anejos al Acuerdo OMC —a pesar del tenor de algunas de sus disposiciones— considerando que otorgan un importante margen de flexibilidad a las partes en su aplicación. (*Dior/Assco*, 2000); pero la negación de la aplicación y eficacia directa de las obligaciones OMC afecta sólo a los ámbitos de competencia comunitaria, no a los de los Estados miembros que pueden tomar sus propias decisiones (*ib.*). Así, España admite la aplicación y eficacia directa de las obligaciones del Acuerdo ADPIC objetivamente *auto-ejecutivas*.

255. La aplicación de disposiciones no auto-ejecutivas (non-self-executing): su desarrollo legal y/o reglamentario

Cuando una disposición no es *auto-ejecutiva* (*self-executing*) su aplicación queda a expensas de lo que Hans Triepel llamó el *Derecho interno internacionalmente indispensable*, esto es, de la promulgación de leyes y actos reglamentarios al efecto requeridos. En este caso los órganos internos procederán a la aplicación de los correspondientes actos normativos internos y, en la práctica, su comportamiento será parecido al de los órganos estatales en países de recepción *especial*, si bien ahora la norma u obligación internacional será algo más que un parámetro de interpretación de los actos de desarrollo legal y/o reglamentario, que vienen a *completarla* y hacerla operativa.

Las normas y obligaciones internacionales *no auto-ejecutivas* son muy frecuentes en la práctica. Algunas imponen obligaciones de *resultado* que en un estado de derecho sólo pueden satisfacerse mediante un quehacer legislativo. Así, por ejemplo, en el ámbito penal son numerosos los tratados de cooperación

que definen tipos delictivos, pero no establecen las penas ni regulan los procedimientos.

La obligación de cumplir de buena fe una norma u obligación *non-self-executing* comporta poner en marcha los procesos de producción normativa interna que aseguren su cumplimiento. El silencio de la Convención de Viena de 1969 al respecto se explica por la convicción de que se trata de un *principio evidente por sí mismo* (CPJI, *Intercambio de poblaciones turcas y griegas*, 1925), implícito en el *pacta sunt servanda*.

Consecuentemente, a la hora de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado (con disposiciones) *non-self-executing* el Estado debe evaluar si las previsiones relativas a su entrada en vigor le permitirán adoptar en tiempo útil la necesaria legislación de desarrollo. Eventualmente tendrá que considerar la posibilidad de aplazar la manifestación del consentimiento o de formular una reserva que tenga por objeto diferir la aplicación de determinadas disposiciones (v. par. 182).

Ha de señalarse que en la práctica hay tratados y actos de Organizaciones Internacionales que no sólo prevén la adopción por las partes de las medidas necesarias para su ejecución, sino que fijan un plazo para ello y hasta precisan su carácter previo a la adquisición del estatuto de contratantes (por ej., art. 30 del Convenio de 1961 sobre protección de obtenciones vegetales).

También las *normas* de Mercosur están llamadas —como vimos (par. 253)— por el Protocolo de Ouro Preto (1994) a ser objeto de medidas de “incorporación” (esto es, de desarrollo) en el orden interno de los Estados miembros. En el afán por asegurar la aplicación uniforme de dichas *normas* se difiere su entrada en vigor a la adopción previa por los Estados de las correspondientes medidas de “incorporación”.

256. Autonomía del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de disposiciones no auto-ejecutivas

El Derecho Internacional no determina qué órganos internos han de adoptar las medidas de desarrollo de una disposición *no auto-ejecutiva*. Corresponderá, pues, al Legislativo o al Ejecutivo según que, de acuerdo con el Derecho interno del Estado, sea necesaria una ley o baste con una disposición reglamentaria. En el caso de tratados cuya conclusión se sometió a autorización parlamentaria cabe contar con que las Cámaras aprobarán la legislación requerida, aunque el pronóstico puede fallar si desde la fecha en que se autorizó la conclusión del tratado ha cambiado la mayoría. Para evitar este riesgo algunos ordenamientos adoptan cautelas. Así, en Alemania se obliga al Gobierno a presentar el proyecto de normas internas que han de permitir la ejecución del tratado al mismo tiempo que se solicita la autorización para su conclusión

En el caso de España serán las Cortes las que adopten las medidas legislativas para ejecutar los tratados que, precisamente porque las exigían, se some-

tieron a su autorización (art. 94.1.e), así como cualquier otra disposición que reclame desarrollo en un ámbito afectado por una reserva de ley. Así se desprende del último inciso del artículo 93 de la Constitución, conforme al cual “corresponde a las Cortes generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento” de los tratados por los que se atribuye a una Organización Internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y de las resoluciones emanadas de ellas. Aun cuando la disposición sólo se refiere a una categoría de tratados y resoluciones, el mismo criterio es aplicable a los demás supuestos de ejecución: las medidas reglamentarias las adoptará el Gobierno; las legislativas, las Cortes.

No obstante, aunque la delegación o habilitación legislativa del Gobierno no se presume, no hay razón para prohibirla. Las Cortes podrán otorgarla dentro de los límites, ciertamente rigurosos, en los que ha sido concebida con carácter general (art. 83.2 de la Constitución). Tampoco ha de descartarse la posibilidad de que el Gobierno recurra al Decreto-Ley en caso de “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86.1 de la Constitución); por ejemplo, si la falta de adopción de las medidas legislativas requeridas puede comprometer la responsabilidad del Estado.

Debe tenerse presente el papel que en España corresponde al Consejo de Estado. Su Ley Orgánica dispone la consulta preceptiva de los anteproyectos de leyes y disposiciones reglamentarias que hayan de dictarse en ejecución de tratados (art. 21.2 y 22.2).

257. La incidencia de la estructura compleja del Estado en el desarrollo legal y reglamentario de disposiciones no auto-ejecutivas

En los Estados de estructura *compleja* la adopción de las medidas internas de ejecución ¿a quién corresponde? La respuesta se encuentra, una vez más, en el ordenamiento interno de cada Estado. Los Estados no pueden ampararse en su organización territorial para excusar la observancia de sus obligaciones internacionales (art. 27 de la CV, 1969; CIJ, *LaGrand*, 2001; *Avena*, 2004) pero ninguna norma de Derecho Internacional impone la competencia de ejecución de los órganos centrales como complemento necesario de su *treaty-making power*.

En España ha prevalecido la posición autonomista tanto en los Estatutos de Autonomía (v., por ej., Estatuto de Cataluña, arts. 189.3, 196.4; Estatuto de la Comunidad Valenciana, art. 62.1.e) como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, inequívoca al afirmar que la ejecución en España de los tratados y actos de Organizaciones Internacionales corresponde a las Comunidades Autónomas cuando sean competentes por razón de la materia y al descartar que los artículos 93 ó 149.1.3 de la Constitución impliquen desplazamiento alguno de la competencia de ejecución en favor de los órganos centrales del Estado (s. 58/1982, de 27 de julio, 252/1988, de 20 de diciembre; 115/1991, de 23 de

mayo; 79/1992, de 28 de mayo; 80/1993, de 8 de marzo; 141/1993, de 22 de abril; 213/1994, de 14 de julio, 2003/1424, de 20 de diciembre de 2002...).

Tengamos en cuenta, por otra parte, que las Cortes pueden atribuir a las Comunidades Autónomas, en materias de competencia estatal, la facultad de dictar normas legislativas ajustadas a los principios, bases y directrices fijados por una ley que establecería las modalidades de control de las Cámaras (art. 150.1), así como transferirles o delegarles atribuciones en áreas que por su propia naturaleza fuesen susceptibles de transferencia o delegación (art. 150.2) (v. en este sentido la sentencia del TC 149/1991).

258. El Estado frente a la pasividad de sus entes territoriales en el desarrollo legal y reglamentario de disposiciones no auto-ejecutivas

El comportamiento de los entes territoriales se considera *hecho del Estado* a los efectos de la responsabilidad internacional (v. par. 298). De ahí que cuando no se atribuye a los órganos centrales la competencia de ejecución de las obligaciones internacionales contraídas, se corre el riesgo de incurrir en responsabilidad por la pasividad de los entes territoriales; una pasividad que puede ser alentada, sea por la hostilidad hacia tratados o actos de Organizaciones en cuya celebración o aprobación no han participado, sea por el control de sus instituciones por partidos y coaliciones que son oposición en un plano estatal, sea por la despreocupación que procura no tener que responder directamente del incumplimiento...

El ordenamiento interno debe, pues, pertrechar a los órganos centrales con los medios que permitan arrostrar la eventual falta de colaboración de los entes territoriales en la ejecución de las obligaciones internacionales del Estado. De no ser así, puesto que no puede eximirse de responsabilidad por la inoperancia de tales entes (CIJ, *Lagrand*, 1999, 2001; *Avena*, 2004), no tendría otra salida que: 1) abstenerse de asumir compromisos en ámbitos materiales que escapan a su competencia de ejecución, lo que es frustrante; ó, 2) insertar en los tratados la llamada *cláusula federal*, que exonera al Estado de responsabilidad cuando, a causa del reparto constitucional de competencias, no está en condiciones de asegurar su cumplimiento, lo que es de difícil recibo para los demás negociadores.

Se impone pues el reconocimiento en favor de los órganos centrales de una potestad *supervisora* y, llegado el caso, *sustitutiva*. Estos remedios, claro está, son mejor recibidos por los entes territoriales cuando se les ha conferido una participación en la gestación de obligaciones que afectan a materias objeto de su competencia (v. par. 153, 177).

En España, ¿qué puede hacer el Estado si las Comunidades Autónomas no ejecutan —o ejecutan inadecuadamente— las disposiciones *no auto-ejecutivas* de un tratado o de un acto de una Organización Internacional en el ámbito de sus competencias?

Frente a la rebeldía, retraso o negligencia autonómicos —propiciados por el déficit de participación en la asunción de obligaciones que, luego, han de ejecutar— cabe pensar en el recurso al mecanismo de *cumplimiento forzoso* previsto en el artículo 155 de la Constitución. De acuerdo con este precepto cuando una Comunidad Autónoma no cumpla las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan o actúe de forma gravemente atentatoria del interés general, el Gobierno podrá requerir al presidente de la Comunidad y, en su caso, adoptar, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, las medidas necesarias. El sentido común invita, sin embargo, a reservar este mecanismo para situaciones extremas.

¿Qué otros mecanismos pues? El Tribunal Constitucional apuntó en su día que la ausencia o insuficiencia normativa de las Comunidades Autónomas podría ser suplida recurriendo, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución, a la legislación estatal como *Derecho supletorio* hasta que se promulgase la correspondiente legislación autonómica (s. TC 79/1992). Aunque el propio Tribunal reconsideró su posición, descartando finalmente que los órganos centrales puedan emanar disposiciones supletorias, al menos con carácter preventivo, por estimar que el artículo 149.3 de la Constitución no es en sí mismo un título competencial (ss. 118/1996 y 61/1997), la afirmación de dicha competencia podría mantenerse si el incumplimiento de la Comunidad Autónoma ya se ha producido —y más aún si se ha constatado judicialmente (por ej., en el caso del Derecho comunitario por el TJUE)— teniendo en cuenta que la responsabilidad internacional forma parte del núcleo de la competencia exclusiva que el artículo 149.1.3 atribuye al Estado en materia de relaciones internacionales (s. 153/1989), así como el artículo 93 *in fine*, que hace reposar en las Cortes Generales y en el Gobierno la *garantía del cumplimiento* de los tratados por los que se atribuya a una Organización Internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y de las resoluciones emanadas por las mismas. Esta tesis fue apuntada por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 79/1992.

Por otro lado, en el caso de una incorrecta ejecución por una Comunidad Autónoma de obligaciones internacionales los órganos centrales podrán atacar los reglamentos autonómicos pues cabe impugnarlos en el orden contencioso-administrativo alegando su contrariedad con normas y obligaciones internacionales; distinto es el caso de las leyes autonómicas, al no ser el Derecho Internacional canon de constitucionalidad de las leyes.

Sentadas las bases del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, conviene recalcar que no es el conflicto sino el *principio de cooperación* el que está llamado a presidir sus relaciones en la ejecución del Derecho Internacional (v., entre otras, ss. TC 252/1988 y 80/1993). Para ser operativo este principio debe traducirse en la articulación de adecuados cauces institucionalizados.

En este sentido cabe mencionar el Acuerdo sobre participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios a través de las conferen-

cias sectoriales (1994), que no sólo articula la cooperación Estado-Comunidades Autónomas en la *fase ascendente* o de formación de la voluntad del Estado en el proceso decisorio comunitario, sino igualmente en la *fase descendente*, esto es, de ejecución. No obstante, amén de su limitación al ámbito del Derecho comunitario, la aplicación efectiva del Acuerdo de 1994 deja bastante que desear en la fase descendente.

Partiendo de esta realidad la LO 6/2006 de reforma del Estatuto de Cataluña añade una nueva disposición conforme a la cual “Si la ejecución del derecho de la Unión Europea requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la *Generalitat* sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas”, precisando que “la *Generalitat* debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo” (art. 189.2).

LXII. SELECCIÓN DE LA NORMA U OBLIGACIÓN APLICABLE

259. *Identificación del Derecho Internacional vigente y selección de las normas y obligaciones aplicables*

La aplicación de una norma u obligación internacional exige, como primer medida, establecer su existencia, identificarla. La tarea resulta especialmente ardua en el caso de las *normas consuetudinarias*, dado su carácter no escrito, y requiere acudir a distintos medios de prueba dispersos y no siempre accesibles a los órganos de aplicación —en particular los *internos*—, entre los que cabe destacar: 1) la jurisprudencia internacional (v. par. 139); 2) los tratados o proyectos de tratados de codificación internacional —en particular los proyectos de artículos de la Comisión de Derecho Internacional—, así como determinadas resoluciones de Organizaciones Internacionales (v. par. 141, 144); 3) los actos internos de los Estados, especialmente los de carácter legislativo y judicial; y 4) la práctica diplomática, bilateral y multilateral (por ej., notas y correspondencia diplomática; intervenciones en Organizaciones y conferencias internacionales; declaraciones de representantes del Estado...) (v. par. 133, 134).

Si el órgano de aplicación es un tribunal la parte que alegue una norma consuetudinaria aportará todos los medios de prueba a su alcance para determinar su existencia, contenido y oponibilidad. Ahora bien, sin perjuicio de ciertas reglas respecto a la carga de la prueba ante tribunales internacionales, nada exige al órgano jurisdiccional de acudir a cuantos otros medios de prueba fuesen necesarios para, en el ejercicio de su función, establecer el Derecho Internacional aplicable al caso.

La dificultad para identificar la existencia de obligaciones dimanantes de un acto unilateral (v. par. 108-113) no es menor, pudiendo también esperarse en este caso que la parte interesada ante un tribunal internacional se esfuerce por probarla. Parece improbable, en cambio, que una situación así se plantee ante un tribunal nacional, pues los actos unilaterales no trascienden normalmente el plano de las relaciones interestatales y, de hacerlo, difícilmente pueden considerarse como parte integrante del ordenamiento interno del Estado del que emanan o, en todo caso, como actos de carácter *auto-ejecutivo*.

En cuanto a los tratados, la determinación de su existencia no plantea particulares dificultades, salvo en el caso de tratados *secretos* —allí donde los haya—. Su publicación por y en distintos medios y la información puntual de los depositarios de los tratados multilaterales, así como la facilitada por las secretarías técnicas de los Ministerios de Relaciones Exteriores hacen accesibles los datos sobre su vigencia, partes, reservas y declaraciones interpretativas, objeciones, enmiendas...).

El recurso a estos medios es particularmente frecuente en el caso de resoluciones de Organizaciones Internacionales.

LXIII. ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEAN LOS TRATADOS

Los tratados pueden presentar al órgano de aplicación problemas en relación con su ámbito de aplicación espacial y temporal, así como por el recurso de los negociadores a determinadas cláusulas que escamotean en cierto modo el contenido de las obligaciones pactadas.

260. El ámbito de aplicación espacial de los tratados

Los negociadores de un tratado se interesan por la redacción de cláusulas de delimitación de su ámbito de aplicación territorial cuando desean: 1) fijar un ámbito de aplicación no coincidente con todo y sólo el territorio de las partes (por ej., art. 6 del Tratado del Atlántico Norte); 2) excluir, precisamente, el territorio de las partes (por ej., art. 1.1 del Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras de destrucción en masa en los fondos marinos); 3) disipar las dudas que pueda haber acerca de la aplicación del tratado a todo su territorio, suscitadas por su discontinuidad física, su complejidad constitucional o su situación litigiosa, ganando en este caso un reconocimiento formal de soberanía (por ej., art. 10 del Convenio básico de cooperación científica y técnica entre España e Indonesia de 1982); ó 4) establecer regímenes convencionales particulares para determinados territorios en atención a su especificidad.

En defecto de cláusulas expresas, la Convención de Viena de 1969, siguiendo la práctica y jurisprudencia internacionales, dispone que un tratado será

obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio (incluido su espacio aéreo y las aguas bajo su jurisdicción), salvo que “una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” (art. 29). La intención contraria de las partes puede ser apreciada por el órgano de aplicación atendiendo, entre otros, a la naturaleza, objeto y contexto del tratado.

La flexibilidad es, en este punto, oportuna, pues pueden presentarse situaciones muy diversas. Así, hay casos en que sería manifiestamente improcedente atenerse a la *presunción de territorialidad*. Pensemos en tratados hechos para aplicarse, justamente, en espacios no sujetos a la jurisdicción de ningún Estado (Antártida, espacio ultraterrestre, fondos marinos) o en los tratados que se identifican directamente con espacios concretos de las partes (tratados de pesca, de contaminación marina o atmosférica, de delimitación fronteriza).

También es posible que, en atención a su objeto, un tratado sea exigible a un Estado con independencia del estatuto del territorio en que ejerce sus competencias. Así lo ha advertido, en relación con los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia, al afirmar que el Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos (1966) es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio (*Muro*, 2004)

Por otra parte, admitida la presunción de territorialidad, determinadas circunstancias pueden hacer problemática la fijación de su alcance. Veamos las principales:

1) El territorio de un Estado cambia con el tiempo, no es inmutable. Si un Estado pierde territorio después de la entrada en vigor del tratado, la situación para él podrá plantearse en términos de terminación por imposibilidad de cumplimiento (v. par. 232) y para el adquirente en términos de sucesión (v. par. 242); si, por el contrario, un Estado aumenta territorio, habrá que dilucidar si el tratado se aplica al territorio tal cuál era al concluirse el tratado o tal cuál es al proceder a su concreta aplicación.

2) Hay Estados que incorporan territorios con un régimen tan peculiar que, a la postre, acaban constitucionalmente separados. Ejemplo paradigmático es el que ofrecen las islas anglonormandas o la isla de Man, bajo soberanía británica. Pero hay muchos más: las islas Feroe o la misma Groenlandia, bajo soberanía danesa, las islas Aaland, bajo soberanía noruega, Puerto Rico o Guam, patrimonio del Congreso de los Estados Unidos (aunque el principio de libre determinación de los pueblos reviente)... Ha de entenderse que, a diferencia de lo que ocurre con los componentes de un Estado de estructura compleja, a los que alcanza la presunción de territorialidad, ésta no es aplicable a estos territorios, debiendo en consecuencia estarse a la intención de las partes. La práctica habitual es formular declaraciones *ad hoc* al firmar, manifestar el consentimiento o en un momento posterior.

3) Los *territorios polémicos*, poseídos por un Estado cuya soberanía otro discute (v. par. 372), también plantean problemas. Si bien la presunción de territo-

rialidad les alcanza (a condición de que el título de soberanía sea aparentemente legítimo), es aconsejable concretar este punto, especialmente en tratados de índole militar, para impedir que otros Estados se sustraigan a sus compromisos jugando con el reconocimiento de soberanía o alegando neutralidad en el conflicto.

4) Situación peculiar es la de los *territorios ocupados* por un Estado que no es su soberano, como resultado de un conflicto armado. Piénsese, por ejemplo, en la ocupación de Cisjordania por Israel (v. par. 67). En principio sólo procede la aplicación en el territorio ocupado de los tratados concluidos por el ocupante que específicamente tienen que ver con el hecho de la ocupación (por ej., la IV Convención de Ginebra de 1949 sobre la protección de civiles en tiempo de guerra), afirmación que ha de ser matizada cuando está en juego el bienestar de la población. Cuestión distinta es que el Estado ocupante está obligado a observar todos los tratados aplicables con anterioridad al territorio ocupado, siempre que sean compatibles con el *status* de ocupación.

Un Estado que decida la anexión de un territorio que posee por la fuerza probablemente pretenderá que se le apliquen los tratados de los que sea parte. Pensemos en los Altos del Golán o en Jerusalén Este, anexionados por Israel en 1980. El Derecho Internacional en vigor no admite la conquista como fundamento de un título de soberanía, con los efectos consiguientes en el ámbito del Derecho de los Tratados (v. par. 369, 494): por un lado, impedir que la presunción de territorialidad abarque a los territorios anexionados; por otro, obligar a los demás Estados a abstenerse de entrar en relaciones convencionales con el ocupante que pretenda actuar en nombre o por cuenta del territorio ocupado (CIJ, *Namibia*, 1971; *Muro*, 2004).

5) Muy discutido ha sido en el pasado si las obligaciones consentidas por un Estado se extendían a los *territorios no metropolitanos* sobre los que ejercía jurisdicción (colonias, mandatos, fideicomisos, territorios no autónomos). Como regla general, ha de entenderse que los tratados concluidos por un Estado no se extienden de pleno derecho a estos territorios que, aun estando bajo su administración, no son de su soberanía y cuya condición jurídica está perfectamente diferenciada (v. par. 61). De ahí que la Convención de Viena (art. 29) hable del *territorio de las partes* y no del territorio del que sean internacionalmente responsables.

En la práctica son frecuentes las declaraciones o notificaciones extendiendo a tales territorios las obligaciones asumidas por la potencia administradora, como las que realiza el Reino Unido extendiendo la aplicación de tratados de los que es parte a Gibraltar. Pero, en ausencia de disposición al respecto, la virtualidad de dicha extensión mediante declaración o notificación debe entenderse condicionada al consentimiento de las demás partes en el tratado.

261. El ámbito de aplicación temporal de los tratados

Los negociadores gozan de libertad absoluta para establecer los límites temporales de los tratados.

Por lo que se refiere al efecto *inicial*, puede darse al tratado plena retroactividad o, en el polo opuesto, diferir su aplicación, en todo o en parte, a una fecha posterior. Entre ambos extremos se abre un amplio abanico de posibilidades. Ciertos tratados prevén la aplicación de regímenes transitorios que permiten a las partes (o a algunas de ellas) asumir escalonadamente las obligaciones previstas. Tal es el caso, por ejemplo, de los Tratados de adhesión a la Unión Europea.

En cuanto al efecto *final*, suele vincularse a la cláusula de denuncia (v. par. 229) y orientarse en el sentido de extender su aplicación durante un cierto tiempo (seis meses, un año...) para evitar la evaporación por sorpresa de expectativas razonables; las cláusulas de aplicación *ultractiva* son habituales, por ejemplo, en los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones.

Cuando un tratado nace con el designio de derogar a otro, su efecto inicial ha de armonizarse con el efecto final del tratado que ha de ser sustituido. No siempre bastará con decir que el tratado A queda abrogado con la entrada en vigor del tratado B. Si dichos tratados son, por ejemplo, de extradición, habrá de resolverse cuál de los dos es aplicable a los procedimientos de extradición en curso y cuál lo será a las solicitudes que se planteen después relativas a infracciones o procedimientos penales anteriores. Las mismas consideraciones son aplicables a los casos de enmienda de un tratado (v. par. 244-246).

En la práctica no son infrecuentes los tratados que disponen la aplicación retroactiva de todas o algunas de sus disposiciones, refiriéndola normalmente a un momento determinado; tampoco lo son los tratados que combinan distintos regímenes de aplicación temporal, atendiendo al objeto que persiguen. Así, por ejemplo, los tratados bilaterales sobre seguridad social y sobre doble imposición combinan disposiciones de aplicación inmediata con disposiciones de aplicación diferida y otras de aplicación retroactiva, respondiendo éstas últimas al deseo de las partes de extender sus efectos favorables a todos los particulares afectados, evitando situaciones de discriminación.

Debe sin embargo evitarse que un tratado (o una resolución de una Organización Internacional) disponga la aplicación retroactiva de disposiciones restrictivas de derechos individuales o que prevean la imposición de sanciones a particulares. La irretroactividad de este tipo de disposiciones se configura en la mayor parte de los ordenamientos constitucionales como un principio fundamental que no admite excepciones (así, por ej., en el art. 9.3 de la Constitución española), por lo que pueden resultar inaplicables por los órganos internos de los Estados al entrar en conflicto con su Constitución (v. par. 291).

A falta de cláusulas expresas el tratado será aplicable a partir de la fecha de su entrada en vigor para el sujeto considerado. La *presunción de irretroacti-*

vidad se consagra en el artículo 28 de la Convención de Viena. De acuerdo con ella el tratado no es, en principio, aplicable a los *facta praeterita* (hechos, actos o relaciones agotados o consumados antes de su entrada en vigor), sino tan sólo a los *facta futura* (posteriores a su entrada en vigor) y, según advierte la Comisión de Derecho Internacional, a los *facta pendencia* (originados antes de la entrada en vigor pero que siguen existiendo y despliegan sus efectos después de esa fecha). La aplicación de los tratados a los *facta pendencia* es consecuente con la *aplicación inmediata* de un tratado, que se presume en ausencia de disposiciones en contrario.

La presunción de irretroactividad es destruida no sólo por una cláusula convencional en sentido contrario, sino también cuando “una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Con esta disposición el artículo 28 de la Convención ha pretendido, en palabras de la Comisión de Derecho Internacional, “tener en cuenta los casos en los cuales la naturaleza misma del tratado, más que sus disposiciones concretas, indique que está destinado a tener determinados efectos retroactivos”. Un ejemplo de lógica retroactividad lo ofrece el compromiso arbitral que, por su propia naturaleza, se aplica a hechos anteriores a su entrada en vigor (v. par. 461).

Por otra parte, no siempre es fácil identificar la fecha *crítica* determinante de la acción de las disposiciones convencionales o la de los hechos, actos o relaciones de que depende. Imaginemos un tratado para el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras: la presunción de irretroactividad, ¿significa que el tratado es aplicable a las decisiones cuya homologación se solicite después de su entrada en vigor?, ¿que lo es únicamente a las decisiones pronunciadas con posterioridad a esa fecha? o ¿tal vez sólo a aquéllas que son el resultado de procedimientos iniciados en el país de origen vigente ya el tratado?

Debemos advertir, por último, que si bien el artículo 28 de la Convención de Viena regula los problemas intertemporales que se plantean con la entrada en vigor del tratado, no hace lo propio con los que acompañan a su terminación. El criterio a seguir, cuando nada se ha convenido, viene establecido por el artículo 70.1, conforme al cual la terminación del tratado exime a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo, pero no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica creados por la ejecución del tratado antes de su terminación; con la salvedad de que si ésta es causada por la incompatibilidad del tratado con una norma imperativa de Derecho Internacional general sobrevinida (v. par. 232) el mantenimiento de esos derechos, obligaciones o situaciones sólo será posible en la medida en que no estén en oposición con la nueva norma imperativa (art. 71.2).

262. La determinación del contenido concreto del tratado

Todas las disposiciones convencionales —al igual que las resoluciones de Organizaciones Internacionales— requieren para su aplicación ser interpretadas,

por lo que, en último término, la determinación de su contenido en cada caso resulta de la operación interpretativa que realizan los órganos de aplicación (v. par. 267).

Hay, por otro lado, disposiciones que pueden ser excluidas no sólo mediante reservas y cláusulas de exclusión o modificación (*reservas negociadas*), sino también, atendiendo a circunstancias excepcionales (aplicando *cláusulas de salvaguardia*); viceversa, hay tratados que prevén (*cláusulas facultativas*) la posibilidad de que las partes extiendan el ámbito obligacional (v. par. 192, 194, 196, 200).

No han de confundirse las cláusulas de salvaguardia a las que pueden acudir las Partes en un tratado para, en determinadas circunstancias, solicitar de un órgano internacional la suspensión de un régimen convencional o proceder por sí mismas a la suspensión, eventualmente sometidas a alguna clase de control internacional, con las cláusulas que permiten a los órganos de aplicación excluir un régimen convencional en un caso concreto en situaciones definidas mediante conceptos jurídicos que les conceden una amplia discrecionalidad (por ejemplo, la noción de *orden público* que permite a un juez excluir la aplicación de la ley extranjera reclamada en principio por la regla de conflicto convenida en un tratado para regir una relación de tráfico jurídico externo). De ser así nos encontramos con un problema de interpretación.

Hay, por último, tratados que en lugar de regular directamente una materia acuden a técnicas indirectas. Los supuestos más frecuentes son la *incorporación por referencia* y las *cláusulas de la nación más favorecida, de trato nacional y de reciprocidad*. A ellos nos referimos a continuación.

263. La incorporación por referencia

La *incorporación por referencia* consiste en sustituir la regulación directa de la totalidad o parte de una materia por la invocación de un texto conocido y determinado, que se entiende incorporado al tratado en los términos en que los negociadores convengan. El texto referido suele ser otro tratado, pero también puede serlo una ley interna o los usos del comercio internacional. La invocación puede abarcar tanto el texto referido en bloque como sólo uno de sus artículos.

La *incorporación por referencia* puede responder a distintos motivos, tales como la economía de redacción o la voluntad de extender la aplicación de un determinado régimen convencional. En cualquier caso, una vez incorporado, el texto referido cristaliza y sigue las vicisitudes del tratado al que se incorpora, siéndole ajenas las que afectan a su identidad primitiva.

Debe pues distinguirse la *incorporación por referencia* de otras técnicas afines. Con frecuencia los tratados remiten a otros tratados, a normas o principios del Derecho Internacional o a las leyes internas de los Estados partes la regulación de determinadas materias sin por ello incorporarlos. La remisión se orienta

en estos casos al deslinde de los respectivos ámbitos de aplicación, a la constatación de su relevancia, por ser incluso la premisa imprescindible del tratado, o a la afirmación de su compatibilidad.

Hay que atender a los términos en que la cláusula está redactada para descifrar si la intención de las partes ha sido o no la incorporación material del texto referido. Un buen índice para casos dudosos consiste en apreciar si en las relaciones entre las partes el texto referido es aplicable con independencia de la referencia que a él hace el tratado. Si la respuesta es afirmativa, cabe presumir (pero sólo eso) que el supuesto no es de incorporación.

Paz Andrés ha puesto de relieve que la *incorporación por referencia* puede plantear problemas en el orden interno cuando el texto referido es un tratado del que no se es parte. Así, en primer lugar, la calificación del tratado que se sirve de esta técnica a los efectos de su tramitación parlamentaria ha de hacerse teniendo en cuenta el contenido del texto referido, que el Gobierno habrá de aportar. En el plano de la aplicación, en segundo lugar, los órganos correspondientes —en particular los órganos internos— pueden toparse con dificultades de conocimiento del texto referido, a menos que se proceda a su publicación junto con el tratado (lo que no es habitual).

La incorporación por referencia no ha de confundirse, en todo caso, con las *cláusulas de recepción*, a efectos interpretativos, de otros tratados (por ej., art. VIII del acuerdo hispano-argentino de cooperación para el desarrollo y aplicación de los usos pacíficos de la energía nuclear, que recibe para su interpretación los principios de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, de 1963).

264. Cláusula de la nación más favorecida

La *cláusula de la nación más favorecida* consiste en una disposición convencional en virtud de la cual una parte —la concedente— contrae la obligación de otorgar a la otra —la beneficiaria— o a las personas y cosas que guardan con ella una determinada relación, un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas y cosas que guardan con él idéntica relación. Su propósito es, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental... sin discriminación entre los países interesados” (*Nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952), evitando situaciones de relativa desventaja respecto de terceros que han negociado con más habilidad o posteriormente.

La fuente del trato más favorable suelen ser los tratados suscritos por el concedente con terceros, pero no ha de descartarse que se encuentre en su legislación o prácticas internas, a menos que los negociadores la hubieran restringido expresamente a los tratados. En todo caso, los derechos del beneficiario no tienen su base en los tratados suscritos con los terceros (ni, eventualmente en

la legislación o prácticas internas) sino en el tratado en el que la cláusula se inserta (CIJ, *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952).

La cláusula puede incluirse en cualquier tipo de tratados, siendo muy frecuente en los de comercio, navegación, relaciones consulares o protección de inversiones. Por lo que se refiere al comercio internacional, constituye uno de los ejes centrales del GATT (su art. I dispone que toda ventaja concedida a una parte se extiende automática e incondicionalmente a las demás). Su importancia como instrumento de política comercial explica la atención que le prestó la Comisión de Derecho Internacional, que en 1978 elevó a la Asamblea General un proyecto de artículos con reglas supletorias para los casos en que los negociadores no regularan de forma completa el juego y alcance de la cláusula. En 2008 la Comisión decidió retomar el proyecto y estableció en 2009 un grupo de estudio para fijar el estado de la cuestión.

El régimen de *la nación más favorecida* es, a diferencia del de la *incorporación por referencia*, cambiante, ya que cambiantes —además de indeterminados— son los textos a los que remite. Consecuentemente, el trato recibido en virtud de la cláusula puede no sólo mejorar sino también empeorar, a no ser que de la redacción de una concreta cláusula se desprenda lo contrario (por ej., el art. II.1.a del GATT admite en principio la consolidación de ventajas). Así, en el asunto de los *Nacionales de Estados Unidos en Marruecos* (1952) la Corte Internacional de Justicia consideró incompatible con la intención de las partes la pretensión norteamericana de seguir beneficiándose de convenios consulares concertados por Marruecos con terceros países y luego terminados.

La cláusula puede ser *unilateral* o *sinalagmática*. En el primer caso sólo una de las partes concede a la otra —u otras— el trato de la nación más favorecida; en el segundo, las partes se conceden mutuamente dicho trato. En cualquier caso, la unilateralidad a la que nos referimos es formal, pues el Estado concedente puede obtener a cambio otras compensaciones.

La *cláusula unilateral* se vincula históricamente a relaciones desiguales (por ej., en tratados de paz), pero puede responder también a la naturaleza de las cosas (por ej., cuando un Estado concede a otro el trato de la nación más favorecida en relación con el uso de un canal de navegación o una vía fluvial que pasa por su territorio) o a un propósito asistencial (cuando la concede un país desarrollado a otro en desarrollo).

En cuanto a la *cláusula sinalagmática*, debe tenerse en cuenta que los beneficios que de ella obtienen las partes no siempre son equiparables, pues la cláusula funciona desigualmente según el nivel del trato que los demás países reciben de cada una de ellas pudiendo, además, incluir límites o excepciones.

Por otro lado, la cláusula puede ser *condicionada*, sometida a una contraprestación, o *incondicional*. La condición más característica, propia de cláusulas sinalagmáticas, es la del trato recíproco, por la que se concede al beneficiario el trato del tercero más favorecido siempre que esté dispuesto a otorgar al concedente el mismo trato o un trato equivalente.

En cuanto al alcance de la cláusula, los negociadores gozan de libertad para precisar su objeto material, los beneficiarios y la identidad de los terceros más favorecidos que sirven de referencia. Los problemas surgen cuando la cláusula calla o es incompleta, siendo necesario determinar sus límites implícitos y naturales.

Un primer límite se encuentra en la regla *eiusdem generis*, según la cual la disposición cuyo beneficio se pretende ha de identificarse con el objeto propio de la cláusula; a este respecto debemos precisar que, cuando no es otra la intención de las partes, el objeto de la cláusula coincide con el del tratado que la inserta. La regla no es siempre de fácil aplicación.

Así, por ejemplo, las cláusulas insertas en los tratados bilaterales de protección de inversiones, ¿resultan aplicables a las mecanismos de arreglo de controversias entre el Estado huésped de la inversión y los inversores de la otra parte? Si en 1952 (*Anglo Iranian Oil Co.*) la Corte Internacional de Justicia había concluido que la cláusula de nación más favorecida no tenía nada que ver con los asuntos jurisdiccionales, el laudo arbitral en el asunto *Ambatielos* (1956), recomendaba atender “a la intención de las partes según se deduzca de una interpretación razonable del tratado”.

En el asunto *Maffezini c. España* (2000) el Tribunal arbitral CIADI entendió que la cláusula era aplicable a las disposiciones sobre arreglo de controversias, criterio seguido en los casos *Siemens* (2004) y *Camuzzi* (junio 2005) y descartado en otros (*Salini Costruttori c. Jordania*, 2004, *Impregilo*, 2004, y *Plama*, 2005). Invocar las reglas sobre arreglo de controversias que figuran en un tratado con base en la cláusula de la nación más favorecida, se dice en el último de estos laudos, sólo es posible cuando “no existe la menor duda” sobre la intención en ese sentido de las Partes.

En segundo lugar, a menos que se estipule otra cosa, el beneficiario sólo puede reivindicar el trato de la nación más favorecida para sí mismo o, en su caso, para las personas y cosas en situación análoga a la situación de las personas y cosas del tercero que reciben el trato más favorable. Así, por ejemplo, si el trato más favorable se concede a los comerciantes nacionales de un tercer Estado, la cláusula sólo podrá aprovechar a los comerciantes nacionales del beneficiario y no a otras personas. No es difícil imaginar las dificultades que pueden surgir en la práctica al aplicar esta regla.

En tercer lugar, se estima que la cláusula no juega en los supuestos en que no se da una identidad de condición suficiente entre el beneficiario y el tercero considerado. Los dos supuestos más característicos son los que interesan a los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio y a los países en desarrollo.

Por lo que se refiere a los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio, sus objetivos se verían frustrados si otros Estados pudieran acceder a sus ventajas en virtud de la cláusula de la nación más favorecida. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la Unión Europea. En la práctica, este su-

puesto ha sido excluido del ámbito de aplicación de la cláusula en la mayoría de los tratados comerciales (el propio GATT lo recoge en su art. XXIV). Dicha práctica, sin embargo, ha sido valorada de distinta manera: para unos es prueba de la existencia de una norma general que salva la imprevisión de los negociadores; para otros, demuestra que tal norma no existe y que, en consecuencia, a falta de disposición expresa, las ventajas que se conceden los miembros de una unión aduanera o de una zona de libre cambio se extienden a los beneficiarios de la cláusula. La Comisión de Derecho Internacional no se atrevió a mencionar esta excepción como norma general en su proyecto de artículos de 1978 dada la oposición de los entonces países socialistas a admitirla.

En cuanto a los países en desarrollo, el quebrantamiento de la cláusula de la nación más favorecida en sus relaciones con los países desarrollados ha formado parte, desde hace décadas, de su reivindicación de un *nuevo orden económico internacional* en el que, frente a la igualdad formal entre Estados, debía imponerse el *principio de la desigualdad compensadora* (v. par. 46). Fruto de esta reivindicación ha sido la aceptación, como un componente del sistema del GATT, del tratamiento preferencial de los países en desarrollo por los desarrollados, sin reciprocidad ni aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en favor de los últimos. La Comisión de Derecho Internacional se hizo eco de esta evolución en su proyecto de artículos.

265. Cláusula de tratamiento nacional

También son frecuentes los tratados que incluyen *cláusulas de tratamiento nacional* —en ocasiones aluden a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad— por las que las partes se comprometen a otorgar a los nacionales de las otras partes el mismo trato que dispensan a sus propios nacionales; de nuevo podemos citar los tratados de comercio y sobre protección de inversiones. En este supuesto la fuente del tratamiento se encuentra, obviamente, en la legislación interna de cada una de las partes.

La cláusula de tratamiento nacional también puede ser unilateral o sinalagmática, condicionada o incondicional. En cuanto a su alcance, al igual que ocurre con la cláusula de la nación más favorecida, habrá que estar a la voluntad de las partes, no siendo tampoco infrecuentes los casos en que ésta no se deduce claramente de los propios términos del tratado; en caso de silencio, resulta asimismo de aplicación la regla *eiusdem generis*.

266. Cláusula de reciprocidad

Con la *cláusula de reciprocidad* cada parte se compromete a conceder a las otras el mismo trato que de éstas recibe. Esta cláusula —que normalmente opera como una condición de las obligaciones previstas en una o varias disposiciones del tratado— es por definición sinalagmática y condicionada (al trato

recíproco), pudiendo combinarse con otras cláusulas, como la de la nación más favorecida o la del tratamiento nacional.

La aplicación de la cláusula de reciprocidad no plantea especiales dificultades tratándose de disposiciones que se mantienen en el plano de las relaciones interestatales cuya aplicación corresponde a los órganos del Estado encargados de las relaciones exteriores. Distinto es el caso cuando se inserta en un tratado que trasciende dichas relaciones y, en particular, que incide en la esfera de los derechos y obligaciones de los particulares. Las dificultades que plantea en este supuesto su aplicación por los órganos internos son evidentes, pues se convierte en una cuestión de hecho cuya prueba se exige a quien la invoca para beneficiarse de un determinado régimen, una prueba que muchas veces resulta diabólica.

En algunos casos, sin embargo, la condición de reciprocidad debe llevar a considerar que la disposición convencional no es *auto-ejecutiva*. Así, por ejemplo, el artículo 12 del Convenio cultural entre España y Costa Rica (1980) dispone que cada parte se compromete a reconocer la validez de los estudios cursados y de los títulos académicos obtenidos en la otra parte, precisando que “a este respecto ambas partes se atenderán a la más estricta reciprocidad en el momento de la ejecución de este compromiso”; añadiendo que “las partes intercambiarán las notas verbales oportunas para la mejor ejecución de lo anterior y precisarán, cuando sea necesario, la equivalencia entre títulos y diplomas...”, buena prueba del carácter *no auto-ejecutivo* de las obligaciones consentidas.

La cláusula de reciprocidad no ha de confundirse con:

1) La previsión de la reciprocidad como condición para la aplicación de los tratados en el orden interno. Algunas Constituciones estatales (como la francesa de 1958, art. 55, seguida por una porción de países francófonos) disponen que los tratados regularmente concluidos gozan desde su publicación de autoridad superior a la de las leyes a reserva, para cada tratado, de su aplicación por la otra parte. Aunque el alcance de este precepto ha sido muy debatido, la jurisprudencia gala se inclina a creer que la observancia del tratado por la otra u otras partes es un condición más para su aplicación por los órganos estatales, se aprecie *motu proprio* o a instancia del interesado y con o sin dictamen del Ministerio de Asuntos Exteriores. No es éste el caso de muchos países, España entre ellos. Ha de tenerse presente que esta condición en sí misma es incompatible con normas y obligaciones internacionales *erga omnes*.

No cabe, pues, desdeñar la aplicación de una disposición de un tratado en vigor arguyendo que no la aplican —o la aplican con una interpretación diferente— los órganos domésticos del país de la nacionalidad de quien solicita la aplicación, o asumir una posición dualista sólo porque esa es la que adoptan los órganos extranjeros conforme a su propio sistema legal.

No obstante, la falta de reciprocidad puede tener trascendencia para los órganos internos de aplicación cuando éstos ejercen, conforme al tratado, competencias discrecionales (por ej., en materia de extradición).

Asimismo, los órganos estatales concernidos por la aplicación de un tratado tendrán en cuenta las decisiones adoptadas por el Gobierno con la autorización, en su caso, de las Cámaras legislativas, suspendiendo la aplicación de un tratado con base en el principio *inadimplenti non est adimplendum*, como una *repre-salia o contramedida* válida según normas generales del Derecho Internacional (v. par. 309, 333, 335).

2) El recurso a la reciprocidad por el legislador estatal para instruir la cooperación internacional de los órganos administrativos y judiciales en defecto, justamente, de tratados. En ese papel de criterio subsidiario cuando los tratados faltan encontramos la reciprocidad, por ejemplo, en el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras (arts. 952-953 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española), planteando siempre engorrosos problemas de aplicación (v. par. 425).

Interpretación, concurrencia y conflicto entre normas y obligaciones internacionales

LXIV. LA INTERPRETACIÓN

267. Aplicación e interpretación

La interpretación no constituye un acto aislado, sino que es consustancial al proceso de aplicación de las normas y obligaciones internacionales. Siempre será preciso fijar el sentido, determinar el alcance, esclarecer los puntos oscuros y las ambigüedades de una disposición antes de ordenar sus consecuencias en el caso concreto, esto es, de tomar una decisión. El propio proceso de selección de la norma u obligación aplicable y de identificación de su contenido, recién considerado (v. par. 259-266), exige del órgano de aplicación una labor interpretativa.

La relevancia jurídica de la interpretación de una norma u obligación internacional dependerá del órgano del que emane. Así, la interpretación de un tratado por los órganos estatales será oponible al Estado que la hace, pero no lo será a los demás, pudiendo además desencadenar una controversia entre las Partes; en cambio, la interpretación de un tratado por un tribunal internacional obligará a las partes en el asunto y, como *precedente*, podrá iluminar una *jurisprudencia* que acabará proyectándose en la decisión de otros casos (v. par. 139). Desde esta perspectiva, la posición de la Corte Internacional de Justicia (que no por casualidad hace de la interpretación de los tratados el primer rubro de su competencia en el marco del art. 36.2 de su Estatuto) es privilegiada.

En el caso de las normas consuetudinarias, la interpretación no va referida a un texto —salvando los tratados de codificación (v. par. 140, 141)— sino a los comportamientos estatales o de otros sujetos de Derecho Internacional. La interpretación se confunde en este caso, pues, con la labor de determinación de la existencia y contenido de tales normas (v. par. 4, 132-138). Lo mismo cabe decir de los actos unilaterales como fuente de obligaciones internacionales (v. par. 108-113).

268. La codificación de las reglas de interpretación de los tratados

La *interpretación de los tratados* ha dado lugar a extensas e intensas disputas doctrinales. Según una opinión minoritaria los textos convencionales han de interpretarse buscando la significación más acorde con su fin, atendiendo a las circunstancias del momento y a la necesidad social. Esta *concepción finalista*,

que propugna el recurso a los métodos *teleológico*, *sociológico* y *comparado*, tuvo una expresión radical en Alejandro Álvarez (“la letra mata, el espíritu vivifica”), quien llegó a admitir la modificación del tratado por vía de interpretación cuando su texto, en virtud del dinamismo de la vida internacional, condujese a injusticias manifiestas o resultados contrarios a sus fines. La mayoría, recelosa del aliento pretoriano de los jueces, rechaza, sin embargo, un planteamiento que estimula la *legislación judicial*, la revisión de los tratados so pretexto de interpretación.

Según la opinión tradicional, ampliamente compartida, el objetivo fundamental del intérprete ha de ser descifrar la verdadera *voluntad de compromiso o acuerdo de las partes*. No siempre la omisión es imprevisión; por el contrario, la inadecuación de los medios previstos en un tratado respecto de los objetivos proclamados puede haber sido querida por las partes. Ahora bien, mientras que para unos esa voluntad cristaliza y es relevante sólo en la medida en que ha sido plasmada en el texto del tratado, cuya significación objetiva ha de establecerse —*concepción objetivista*—, para otros el texto del tratado es sólo una de las bases en la identificación de una voluntad que puede discernirse atendiendo a otros medios, en particular los trabajos preparatorios —*concepción subjetivista*—.

Los *objetivistas* se inclinan por los métodos *gramatical* y *lógico-sistemático*; los *subjetivistas*, por los métodos *histórico* y *práctico*. Junto a unos y otros se han movido quienes niegan la existencia y oportunidad de una reglamentación jurídica de la interpretación, temerosos de que acabe haciendo de ésta una operación mecánica, rígida, que lejos de prevenir sólo la arbitrariedad del intérprete, acabe estrangulando la discrecionalidad inherente a su función.

En su tarea de codificación del Derecho de los Tratados los miembros de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) se fijaron una meta limitada: “aislar y codificar las reglas —cuyo número es relativamente pequeño— que parecen constituir el fundamento general de la interpretación de los tratados”, pero no “las condiciones que han de regir la aplicación de estos principios de interpretación, cuya idoneidad depende en cada caso del contexto particular y de una apreciación subjetiva de circunstancias variables”.

Inspirándose en la jurisprudencia internacional y en las recomendaciones formuladas por el Instituto de Derecho Internacional (Granada, 1956), la Comisión propuso unas reglas que hoy se corresponden con los artículos 31-33 de la Convención de Viena. Autorizados comentaristas, como Paul Reuter, han valorado esta regulación como uno de sus mejores logros. Se ofrece al intérprete un marco unitario, pero también genérico, amplio y flexible, en el que desarrollar desahogadamente su actividad.

Siguiendo las propuestas de la Comisión, la Convención se ha decantado por la concepción objetivista, integrando en ella el núcleo de la interpretación teleológica y concediendo sólo un papel secundario a los elementos esenciales de la concepción subjetivista.

El artículo 31.1 enuncia la *regla general de interpretación*, según la cual un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido ordinario de sus términos (interpretación *gramatical*) dentro de su contexto (interpretación *lógico-sistemática* o *contextual*) y a la luz de su objeto y fin (interpretación *teleológica*).

El artículo 32 añade, por otra parte, que podrá acudir a *medios de interpretación complementarios*, como los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración del tratado (interpretación histórica), bien para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, bien para determinar dicho sentido cuando aquella interpretación lo deje ambiguo u oscuro o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 32 son expresión de normas de Derecho Internacional consuetudinario, como ha reconocido la Corte Internacional de Justicia en múltiples ocasiones (por ej., recientemente, *Genocidio en Bosnia*, 2007; *Navegación en el río San Juan*, 2009; *Pasteras en el río Uruguay*, 2010). Además, tienen carácter *dispositivo* en la medida en que las partes en un tratado pueden regular su interpretación como tengan por conveniente.

269. La regla general de interpretación de los tratados

El artículo 31 de la Convención de Viena concibe la interpretación como una operación combinada en la que, bajo el manto del principio de buena fe, confluyen en condiciones de igualdad los tres criterios de interpretación enumerados en él: la interpretación *gramatical*, la interpretación *lógico-sistemática* (o *contextual*) y la interpretación *teleológica*. Texto, contexto, objeto y fin del tratado son elementos *intrínsecos* de la interpretación, por cuanto todos ellos, de una u otra forma, reflejan el *acuerdo* de las partes. De ahí la rúbrica de este precepto como “Regla general de interpretación”, en singular. En términos lógicos el proceso de interpretación de una disposición convencional se inicia con el análisis del texto, abriéndose en círculos sucesivos, cada vez más amplios, primero al contexto y, después, al objeto y fin del tratado.

Se ha señalado que la Corte Internacional de Justicia suele primar el análisis del texto (v., por ej., *Disputa territorial Libia/Chad*, 1994; *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan*, 2002; *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004). Pero los tratados son el fruto de procesos negociadores en los que el afán por lograr un acuerdo se salda a menudo con textos oscuros o ambiguos, o recurriendo a conceptos vagos y genéricos que obligan al intérprete a trascender el texto, empleándose a fondo en la interpretación lógico-sistemática y teleológica y recurriendo a las demás reglas (y técnicas) de interpretación. La interpretación se convierte así en *arte*, un arte de ejecución, pues el *artista* aplica, no crea ni *inventa* las reglas.

270. *El texto: los términos del tratado*

Los términos del tratado, dice el artículo 31.1 de la Convención, han de interpretarse conforme a su *sentido ordinario o corriente*, no en abstracto ni aisladamente, sino en el *contexto* del tratado. Esta última precisión permite al intérprete elegir una entre las diferentes acepciones con que cuenta un vocablo. También permite prevenir del error de confundir el sentido ordinario de un término con su acepción más frecuente en el lenguaje *vulgar*. El sentido ordinario de un término en un contexto jurídico será con frecuencia un sentido técnico y especializado. En cualquier caso, si las partes han acuñado en el tratado la definición de los términos empleados, habrá que estar a dicha definición.

El artículo 31.4 añade que “se dará a un término un sentido *especial* si consta que tal fue la intención de las partes”. Será *especial* el sentido de un término cuando no se corresponda con su sentido ordinario en su propio contexto. Pero quien quiera prevalerse de él habrá de probar que ésa fue la intención de las partes (CIJ, *Sahara occidental*, 1975). Esta disposición constituye la única concesión que se hace a la concepción subjetivista, pero no es desdeñable. Cuando una parte insta la significación especial de uno o varios términos el proceso de interpretación puede sufrir un vuelco espectacular pues, previsiblemente, el interesado introducirá como elementos pertinentes de prueba los *trabajos preparatorios* y las *circunstancias de celebración* del tratado.

En el análisis del texto el intérprete ha de situarse en principio en el momento de redacción del tratado. Así pues, para la determinación del sentido de sus términos podrá ser útil acudir a tratados análogos de la misma época (v., por ej., CIJ, *Nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952; *Sudoeste africano*—segunda fase—, 1966).

Ahora bien, al tomar en consideración el contexto, el intérprete se ve obligado a ampliar el momento hermenéutico, acudiendo a los *acuerdos ulteriores de las partes acerca de la interpretación del tratado* o al *contexto normativo* existente al realizar la operación interpretativa; también el objeto y fin del tratado puede resultar, como veremos, determinante.

271. *El contexto: el tratado en su conjunto y los instrumentos que lo acompañan*

Al situar la interpretación de los términos del tratado en su *contexto* la Convención enfatiza el método lógico-sistemático. El artículo 31.2 enumera como componentes del contexto:

1) *El texto del tratado* considerado en su conjunto, incluidos el preámbulo y los anexos (CPJI, *Desviación de las aguas del Mosa*, 1937; CIJ, *Nacionales de Estados Unidos en Marruecos*, 1952; *Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas*, 1959).

2) *Los acuerdos referidos al tratado*, concertados entre las partes con motivo de su celebración, y *los instrumentos*, igualmente referidos al tratado, formulados con el mismo motivo por una o más partes y aceptados por los demás. Merecen una mención particular las declaraciones interpretativas formuladas por las partes conjuntamente al celebrarse el tratado, o consensuadas por éstas y expresadas por el Presidente de la Conferencia en que se negoció. Al igual que los *acuerdos ulteriores de las partes acerca de la interpretación del tratado* estas declaraciones merecen la calificación de interpretaciones *auténticas*.

272. El objeto y fin del tratado

El tercer elemento de interpretación enumerado en el artículo 31.1 de la Convención —*el objeto y el fin que persigue el tratado*— nos conduce a la interpretación *teleológica*. Lejos de arriesgar la distorsión o la modificación del acuerdo original de las partes, la atención que se presta al objeto y fin del tratado asegura la mayor efectividad compatible con el sentido ordinario de sus términos dentro de su contexto; se trata, en definitiva, de satisfacer el fin querido por las partes dentro de los límites de las disposiciones que han convenido (v., por ej., CIJ, *Ensayos nucleares*, 1974; *Sahara occidental*, 1975).

Se deduce así del artículo 31.1 el principio del *efecto útil*, (*ut res magis valeat quam pereat*) conforme al cual cuando un tratado da pie a varias interpretaciones posibles se debe escoger la que mejor sirva a la satisfacción de su objeto y fin. El principio del *efecto útil* cuenta con un amplio respaldo jurisprudencial (v., por ej., CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949; *Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994). Por otra parte, ha encontrado en la interpretación de las disposiciones atributivas de competencias a las Organizaciones Internacionales un importante campo de cultivo. La doctrina de los *podere implícitos* de las Organizaciones (v. par. 87), enunciada tempranamente por la Corte Internacional de Justicia (*Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las NU*, 1949) y ampliamente desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, tiene a la postre su fundamento en el principio del *efecto útil*.

273. El papel de la buena fe y de otros principios

De acuerdo con la *regla general de interpretación* la operación exegética ha de ser animada por el *principio de la buena fe*. Junto a la buena fe hay que tener presentes otros principios generales del derecho inherentes a la aplicación de cualquier norma u obligación internacional. Uno de ellos, la *equidad infra legem*.

En el asunto de la *Plataforma continental* (Tunez/Libia, 1982) la Corte señaló que la equidad es un principio general directamente aplicable que permite a un tribunal, al aplicar el Derecho Internacional positivo, escoger entre las varias interpretaciones posibles la que parezca más conforme a las exigencias

de justicia en las circunstancias del caso (v. también *Competencia en materia de pesquerías*, 1974; *Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Mali, 1986). La equidad cumple, pues, una función correctora, permitiendo limar las consecuencias del *summum ius*. No se trata sin embargo de buscar una solución equitativa al margen del Derecho (resolviendo *ex aequo et bono*), sino soluciones equitativas —esto es, justas— a partir de las disposiciones aplicables (equidad *infra legem*).

No ha de confundirse el juego de los principios generales del derecho en la aplicación de normas y obligaciones al caso concreto con su papel como fuente supletoria del Derecho Internacional (v. par. 131). Tampoco ha de confundirse con el recurso a las técnicas de la argumentación (por ej., la argumentación *a contrario* o *ad absurdum*) o a máximas que no son expresión de principios jurídicos (por ej., *minus ei licere debet, cui licet*).

274. Un contexto más amplio, sobrevenido y normativo

El artículo 31.3 ensancha aún más la base de la operación interpretativa al añadir entre los materiales a tener en cuenta:

1) *Los acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado*. Se trata de un componente inexcusable del contexto; es revelador que, como ya hemos indicado (v. par. 271), esta *interpretación* se denomine *auténtica* y como tal, deba reputarse incorporada al tratado.

2) *La práctica en la aplicación del tratado*, considerada en palabras de la CDI “prueba objetiva del acuerdo entre las partes en cuanto al sentido del tratado”, con tal que, seguida por una o varias partes, sea aceptada por las demás. Se habla en este caso de una interpretación *cuasi auténtica*. La Corte Internacional de Justicia recurre con frecuencia a ella (v., por ej., *Jan Mayen*, 1993; *Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994; *Isla Kasikili/Sedudu*, 1999; *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan*, 2002).

3) *Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes*, esto es, los demás tratados celebrados entre las partes y las normas de Derecho Internacional general (*contexto normativo*) que les sean oponibles. Esta regla adquiere especial importancia en los casos en que el tratado emplea términos a los que el Derecho Internacional general u otros tratados celebrados entre las partes atribuyen un determinado sentido, o cuando expresa una norma de Derecho Internacional general.

La CDI se ha referido (2006) a la “integración sistémica” de un tratado partiendo de dos presunciones, establecidas por la jurisprudencia: 1) en todas las cuestiones que el tratado no resuelva de manera expresa (o de modo diferente) debe entenderse que las partes consideran aplicables a efectos interpretativos otros tratados, el Derecho Internacional consuetudinario y los principios generales del derecho (s. arbitral en el asunto *Georges Pinson*, 1928; CIJ, *Platafor-*

mas petrolíferas, 2003); y 2) las partes no pretenden actuar en contradicción con otras normas u obligaciones internacionales (CIJ, *Derecho de paso por el territorio indio*, 1957).

275. El factor tiempo: interpretación estática, interpretación evolutiva

Los términos empleados por el tratado ¿deben interpretarse atendiendo a su significado en el momento de su conclusión (principio de *coetaneidad*) o cabe asumir acepciones sobrevenidas con posterioridad?

La Convención de Viena optó por no pronunciarse. Habrá que estar a la intención de las partes al adoptar el texto, lo que requerirá un considerable esfuerzo si esa intención no es expresa o no se deduce fácilmente de los *acuerdos ulteriores entre las partes* y de la *práctica seguida en la aplicación del tratado*. Atendiendo a la intención de las partes la Corte Internacional de Justicia se atuvo al principio de *coetaneidad* en los asuntos relativos a los *Nacionales de los Estados Unidos en Marruecos* (1952), y a la *Isla Kasikili-Sedudu*, (1999); asumió, en cambio, acepciones del texto sobrevenidas con posterioridad en *Plataforma Continental del mar Egeo* (1978).

El objeto y fin del tratado, la *textura abierta* de sus disposiciones y el carácter continuo del régimen o de las obligaciones asumidas pueden determinar una interpretación no sólo amplia, sino *dinámica*, incluso *evolutiva* de sus términos. Tal es el caso, por ejemplo, de los tratados en materia de derechos humanos o de Derecho Internacional humanitario. Así, por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) se presta a una interpretación *evolutiva* de sus disposiciones (v. TEDH, *Loizidou c. Turquía*, 1995). Está, asimismo, en la naturaleza de las cosas y el objeto y fin de los tratados de protección medioambiental optar por interpretaciones evolutivas, que permitan incorporar los progresos técnicos y combatir las amenazas sobrevenidas (CIJ, *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997).

Una interpretación *dinámica* puede no ser apropiada, en cambio, en el caso de un tratado que imponga limitaciones de la soberanía territorial (v., por ej., CPJI, *Wimbledon*, 1923; *Comisión internacional del río Oder*, 1929; *Zonas francas*, 1932). Pero una vez fijada la limitación, nada impide asumir una interpretación evolutiva a fin de mantener el disfrute del derecho concedido (v., por ej., s. arbitral en *The Iron Rhin (Īzeren Rijn) Railway*, 2005). En el asunto de la *Plataforma continental del Mar Egeo* (1978) la asunción por la Corte de una interpretación evolutiva pudo explicarse porque con ella se protegía la soberanía estatal. Atendiendo al mismo fin el árbitro en el asunto *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi* (1951) aplicó el principio de *coetaneidad*.

Recientemente, la Corte Internacional de Justicia (*Navegación en el río San Juan*, 2009) ha afirmado que debe presumirse la intención de las partes de conferir sentido evolutivo a los términos de naturaleza genérica cuya capacidad de

evolucionar no han podido ignorar, empleados en tratados concluidos por tiempo indefinido o de larga duración.

Asimismo, las normas y reglas que componen el contexto normativo del tratado ¿son las de la época en que se estipuló, o acaso las vigentes en el momento en que su interpretación es discutida?

La respuesta canónica se debe al árbitro Max Hüber (*Isla de Palmas*, 1928): “Un hecho jurídico debe examinarse a la luz de la legislación que le es contemporánea, y no de la legislación vigente en el momento en que surgió la controversia...El mismo principio que somete el acto creador de un derecho a la legislación vigente en el momento en que surge el derecho exige que la existencia del derecho, es decir, sus manifestaciones continuadas, sigan las condiciones requeridas por la evolución de la legislación”.

Tal es el caso, por ejemplo, de los tratados en materia de derechos humanos o de Derecho Internacional humanitario. Así, la interpretación *evolutiva* del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950) se ve favorecida por la evolución del *contexto normativo* en el plano internacional y por la *práctica* de los Estados en el marco de sus propios ordenamientos internos (TEHD, *Marckx c. Bélgica*, 1979). También en el orbe de la descolonización, el objeto y fin del proceso influye en la asunción de una interpretación evolutiva (CIJ, *Namibia*, 1971). Asimismo, está en la naturaleza de las cosas y el objeto y fin de los tratados de protección medioambiental optar por interpretaciones evolutivas (CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, 1997; CPA, s. arbitral sobre la *Disputa relativa al acceso a la información conforme al art. 9 de la Convención OSPAR*, 2003).

No debe confundirse, en todo caso, una interpretación *evolutiva* con la incorporación a un tratado de mecanismos que permitan la *evolución* de sus disposiciones, lo que facilita su adaptación a las nuevas normas del Derecho Internacional (*ib.*).

276. Medios de interpretación complementarios. Los trabajos preparatorios

Los *trabajos preparatorios* de un tratado y las *circunstancias de su celebración*, elementos capitales en la concepción *subjetivista*, aparecen enunciados en el artículo 32 de la Convención de Viena como simples *medios complementarios* a los que se podrá acudir con uno de estos objetivos: 1) confirmar el sentido resultante de la aplicación de la *regla general* de interpretación (así, por ej., CIJ, *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004); ó 2) determinar dicho sentido cuando la interpretación dada de conformidad con la *regla general*: a) deje ese sentido ambiguo u oscuro; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

A pesar de la subordinación de los medios complementarios a la *regla general* de interpretación, la jurisprudencia revela un frecuente recurso a ellos

(v., por ej., CIJ, *Plataformas petrolíferas*, 1996; Muro, 2004). A decir verdad, la separación entre los elementos de interpretación de los artículos 31 y 32 de la Convención es más teórica que real, en la medida en que todos ellos confluyen de hecho en la operación interpretativa. Esta observación no destruye, sin embargo, el valor de la distinción pues, como también se desprende de esa misma jurisprudencia (CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001), si el sentido de un texto claro es razonable, no cabe invocar los *trabajos preparatorios* u otras *circunstancias de la celebración del tratado* para alterar la interpretación. Así ha de entenderse hoy la vieja máxima *in claris non fit interpretatio*.

La Convención de Viena se abstuvo de definir los *trabajos preparatorios*. La sentencia pronunciada por un tribunal arbitral en relación con el Acuerdo de 1952 sobre la deuda exterior alemana (*Young loan*, 1980) ha ofrecido una descripción, útil como referencia. En la práctica, los trabajos preparatorios incluyen el conjunto de *materiales escritos* de la gestación del tratado que, aun no publicados, hayan sido accesibles a todas las partes (correspondencia diplomática, actas oficiales y anejos de las Conferencias y órganos donde se ha desarrollado la negociación). En el caso de tratados de codificación, también deben ser considerados los materiales producidos en la primera etapa codificadora por órganos compuestos de expertos, como la Comisión de Derecho Internacional. Así, por ejemplo, en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un *Muro* en el territorio palestino ocupado (2004) la Corte Internacional de Justicia incluye dentro de los trabajos preparatorios del IV Convenio de Ginebra (1949) los trabajos de la conferencia de expertos gubernamentales convocada por el Comité Internacional de la Cruz Roja tras la segunda guerra mundial. Tendrán consideración de trabajos preparatorios las declaraciones interpretativas unilaterales o plurilaterales, así como, en su caso, las declaraciones institucionales, formuladas por escrito en el momento de la adopción. En cuanto a las declaraciones orales, podrían excepcionalmente ser consideradas cuando se hubieran formulado oficialmente durante las negociaciones.

277. La interpretación de los tratados autenticados en más de una lengua

La autenticación del texto de un tratado en dos o más lenguas plantea problemas de interpretación adicionales, dada la dificultad de establecer en lenguas diferentes términos perfectamente concordantes en un plano conceptual. La Convención de Viena toma como punto de partida la unidad del tratado y la igualdad entre los textos auténticos, sentando la presunción de que los términos utilizados tienen idéntico sentido (art. 33.3). Esta presunción sólo se quebrará en el caso de que, a pesar de la aplicación de todos los elementos de interpretación de los artículos 31 y 32, se alce la evidencia de una discrepancia insalvable entre los textos auténticos.

En una situación semejante la Convención ordena que prevalezca el texto que hayan dispuesto las partes, bien en el propio tratado, bien en un acuerdo coetáneo o posterior (art. 33.1). Pero, ¿qué hacer en ausencia de disposición al respecto? La Convención insiste en la búsqueda de la conciliación de los textos discrepantes, instando a adoptar en último extremo “el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin” (art. 33.4). Esto es lo que hizo la Corte en *Isla Kasikili/Sedudu* (1999). Se pide al intérprete, en definitiva, que revise su primera conclusión de que la discrepancia es insalvable; sólo después, como último recurso, ha de proceder el análisis *teleológico* que sirva a una conciliación posible (s. arbitral en el asunto *Young loan*, 1980).

La Convención no ha querido, pues, resolver la cuestión recurriendo a presunciones en favor del *texto básico u original* de la negociación, del *texto más claro* o del *texto más restrictivo* (regla del *mínimo común denominador*). Lo cierto es que las dos últimas presunciones carecen de fundamento: la favorable al *texto más claro* requiere del intérprete una apreciación que puede ser discutible e ignora que la voluntad de las partes puede quedar reflejada en el texto *menos claro* (v. s. arbitral en el asunto del *canal de Beagle*, 1977); la que aboga por el *texto más restrictivo* no tiene fundamento en la práctica y jurisprudencia internacionales. La presunción en favor del *texto básico u original* de la negociación merece, en cambio, mayor consideración. En la medida en que los trabajos preparatorios constituyen uno de los elementos de interpretación recogidos por la Convención de Viena, dicho texto tiende a imponerse.

Téngase en cuenta que lo normal es que se trabaje sobre un texto —dos a lo sumo— siendo los demás simples traducciones hechas al final de la negociación. Así, por ejemplo, en su opinión consultiva relativa al *Intercambio de poblaciones griegas y turcas* (1925) la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo en cuenta que el Tratado de Lausana (1923), autenticado en dos lenguas, había sido redactado inicialmente en francés, para atenerse al sentido que en esta lengua revestía el término litigioso.

278. *La interpretación de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales*

Las reglas de interpretación de los tratados son en principio aplicables *mutatis mutandis* a las resoluciones de (los órganos de) las Organizaciones Internacionales, pero teniendo en cuenta que:

1) Las resoluciones de una Organización Internacional no son acuerdos entre los Estados miembros, sino *actos emanados de sus órganos* conforme al procedimiento previsto en el tratado constitutivo, lo que resulta particularmente relevante a la hora de: a) determinar su *fin*, en aplicación del criterio de interpretación teleológica; y b) determinar el contexto: atendiendo a las declaraciones hechas por los representantes de los Estados miembros, a otras resoluciones del

órgano sobre la misma cuestión y la práctica ulterior en relación con ellas (CIJ, *Kosovo*, 2010).

2) Las resoluciones están *subordinadas al tratado constitutivo* de la Organización, por lo que éste no puede considerarse como un elemento más del contexto de la resolución; al igual que una ley estatal debe interpretarse a la luz de la Constitución del Estado, se impone la *interpretación de toda resolución de una Organización Internacional conforme con su tratado constitutivo* (v. par. 288).

279. Procedimientos para favorecer una interpretación uniforme de los tratados

Una exquisita atención a las reglas sobre interpretación, por lo demás tan flexibles, no basta para atajar la aplicación desigual de tratados y resoluciones de Organizaciones Internacionales de un órgano a otro, de un sujeto a otro. Cabe, sin embargo, arbitrar remedios que, si no evitan tales resultados, sirven al menos para atenuar sus consecuencias, favoreciendo la uniformidad en la aplicación de los tratados. Entre ellos podemos mencionar:

- 1) La definición, a efectos del tratado, de términos y expresiones utilizadas y la inclusión de cláusulas interpretativas que imponen o, por el contrario, excluyen una determinada significación. De inspiración anglosajona, este procedimiento es hoy ampliamente empleado, y con éxito. La misma Convención de Viena lo hace (art. 2).
- 2) La atribución en exclusiva de la gestión y ejecución de un tratado a determinados órganos internos, procedimiento que puede ser objeto de una utilización desviada para escamotear la publicidad de los compromisos adquiridos y forzar discretamente las normas constitucionales que rigen su conclusión, recepción y aplicabilidad interna.
- 3) El establecimiento de mecanismos de consulta, dentro de una variada gama de cláusulas redactadas en función de tres criterios principales: el grado de institucionalización, la periodicidad de su actuación y el alcance de las misiones que les son atribuidas. Nos movemos, así, entre una modesta alusión a la *evacuación de consultas por canales diplomáticos ordinarios*, cuando lo requieran las circunstancias, y la *constitución de comisiones mixtas ad hoc*, que han de reunirse periódicamente y están dotadas de competencias para vigilar y evaluar la aplicación de un tratado, promover su desarrollo y tratar de solucionar las dificultades.
- 4) Particular mención merece el mecanismo de cooperación entre el Tribunal de Justicia de la UE y los tribunales nacionales previsto en artículo 267 del TFUE para garantizar la unidad de interpretación. De acuerdo con este precepto, cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro llamado a resolver un litigio en el que sean de aplicación disposiciones de Derecho comunitario o de acuerdos celebrados con terceros, está facultado

u obligado, según los casos, para plantear ante el Tribunal de Justicia una *cuestión prejudicial de interpretación*.

LXV. PROBLEMAS PARTICULARES DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LOS ÓRGANOS ESTATALES

280. *Las reglas aplicables*

Carece de justificación que los órganos estatales procedan de modo distinto a los órganos internacionales al interpretar normas y obligaciones internacionales. En particular, no es admisible que prescindan de las reglas de la Convención de Viena; más aún tratándose de Estados partes en la Convención, como es el caso de España. Sin embargo, los órganos judiciales españoles han interpretado a menudo los tratados según los criterios establecidos en el artículo 3 del Código civil, prescindiendo por completo de las reglas de la Convención (v., por ej., ss. del TS de 21 de enero de 1992, 12 de abril de 1995, 29 de enero de 1999). Entre las excepciones a esta práctica habitual cabe citar las ss. del TS de 26 de noviembre de 1991, 23 de enero de 1997 y 1 de diciembre de 1997 y, sobre todo, la s. 140/1995 del TC.

Sentado lo anterior, conviene tener en cuenta las dificultades con las que se topan los órganos internos al interpretar un tratado o una resolución de una Organización Internacional:

1) Algunos de los medios de interpretación enunciados en la Convención de Viena no son de fácil aplicación. Tal es el caso, en primer lugar, de los *trabajos preparatorios* y las *circunstancias de celebración*; con frecuencia los órganos internos sólo tienen en cuenta los domésticos, que llevaron a la formación de la voluntad del Estado en obligarse por el tratado (por ej., los debates previos a la autorización parlamentaria, los actos formales de autorización parlamentaria para la manifestación del consentimiento...), así como las declaraciones interpretativas unilaterales formuladas por el Estado al tiempo de autenticar el texto o de manifestar su consentimiento en obligarse.

También es el caso, en segundo lugar, de la *práctica seguida en la aplicación del tratado*; cabe observar a este respecto la tendencia a endosar la interpretación del tratado que mejor se adecua a las leyes y reglamentos internos, adoptados o no en ejecución de aquél (en lugar de interpretar, como procede, las leyes y reglamentos internos a luz de las disposiciones convencionales).

2) Los órganos internos pueden considerarse sujetos al contenido de los instrumentos que hayan sido publicados en el diario oficial del Estado junto con el texto del tratado (por ej., los actos de autorización parlamentaria o las propias declaraciones interpretativas unilaterales, a las que ya hemos hecho referencia), a pesar de que, de acuerdo con el artículo 32 de la Convención, no son más que *medios complementarios* de interpretación.

Así, por ejemplo, cuando Estados Unidos ratificó (1994) el Convenio contra la Tortura (1984) no sólo declaró, de acuerdo con las condiciones puestas por el Senado para otorgar su autorización, que los arts. 1-16 del Convenio no eran *self-executing*, sino que agregó una serie de *understandings*, uno de los cuales redefinía la *tortura*. Es esta definición la que tendrán en cuenta los órganos internos de los Estados Unidos, con independencia de la valoración que se haga de su *reserva* en el orden internacional y de sus consecuencias (v. par. 205, 212).

3) Finalmente, es bueno recordar que los órganos internos interpretan el tratado a partir de la versión publicada en su propia lengua en el diario oficial, sea o no uno de los textos auténticos en el orden internacional; así, desde la perspectiva interna es reducida la expectativa de aplicación del artículo 33 de la Convención (v. par. 277).

281. La intervención de órganos especializados en la labor interpretativa

En algunos países se adopta como principio el recurso preceptivo a los órganos centrales de la acción exterior del Estado (Ministerio de Asuntos Exteriores) —con efectos vinculantes o no— cuando está en juego la interpretación de un tratado, por lo menos en los casos en que se suscitan dudas o quedan afectados intereses públicos. La razón estriba, por un lado, en el deseo de garantizar la uniformidad y de evitar las controversias y la eventual responsabilidad internacional debido a erróneas operaciones interpretativas; por otro, en el afán de no interferir en las relaciones internacionales del Estado.

Sin embargo, tratándose de órganos judiciales no parece compatible con la independencia del Poder Judicial imponer la consulta preceptiva —y más aún vinculante— de un órgano político, ni siquiera de los órganos consultivos de la Administración. Cuestión distinta es que los jueces puedan contar con el auxilio del Ministerio de Asuntos Exteriores o de otros Departamentos, como el de Justicia, solicitándoles materiales o informaciones que faciliten la interpretación de un tratado o de una resolución de una Organización Internacional, así como para determinar la existencia de normas de Derecho Internacional consuetudinario. También merece consideración la posibilidad prevista en algunos países — Estados Unidos es emblemático— de que el Ejecutivo pueda intervenir como *amicus curiae* en el procedimiento judicial para hacer valer una determinada interpretación

En España, como en numerosos países latinoamericanos, los órganos judiciales han afirmado tradicionalmente en términos amplios su competencia para interpretar por sí mismos los tratados. Esa libertad puede desfallecer (dejando aparte los supuestos en que procede el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TFUE) en los casos en que su ejercicio roza el “orden público internacional”, presente “cuando se incide en cláusulas propiamente políticas, y más generalmente en aquellos casos en que pueden apreciarse derivaciones que afectan a la órbita de las relaciones entre Estados” (TS, s. de 20 de enero de 1969). Nada

impide a los órganos judiciales en España, por lo demás, servirse de las *diligencias para mejor proveer*, aunque no suelen hacerlo, para requerir la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores o de otros Departamentos.

El margen de libertad de los órganos de la Administración activa, sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, es más reducido. Cuando su interpretación es impugnada por los administrados o, en términos más generales, siempre que surgen dudas o discrepancias, es preceptivo —aunque no vinculante— el dictamen del Consejo de Estado en pleno (arts. 2.3 y 21.3 LOCE; art. 21.4 en relación con las resoluciones de OI, incluido los actos comunitarios de *Derecho derivado*). La omisión del trámite determina la nulidad del acto recurrido.

282. La interpretación del Derecho interno a la luz del Derecho Internacional

La interpretación de una ley o de un reglamento estatal adoptado en ejecución de un tratado o de una resolución de una Organización Internacional ha de realizarse a la luz de sus disposiciones. La *interpretación del Derecho interno conforme al Derecho Internacional del que trae causa* se impone naturalmente.

Cabe incluso afirmar la obligación de los órganos internos de interpretar toda ley o reglamento conforme al conjunto de normas y obligaciones internacionales, al menos de las que deban ser consideradas como parte de su Derecho interno (lo que en casi todos los países incluye las normas de Derecho Internacional general). Esta obligación encontraría su fundamento en la primacía de tales normas y obligaciones internacionales sobre las leyes, en el caso de países cuyos ordenamientos reconocen tal primacía (v. par. 293, 294) o, simplemente, en la obligación que incumbe a todo Estado de cumplir de buena fe con el Derecho Internacional (v. par. 247).

En materia de protección de los derechos humanos son hoy bastantes los ordenamientos internos que reconocen solemnemente la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los tratados que la desarrollan, universales y regionales, como faros alejandrinos en la interpretación de leyes y disposiciones reglamentarias (v. tema 23). Uno de ellos es el ordenamiento español (art. 10.2 de la Constitución). El Tribunal Constitucional ha interpretado de forma amplia la referencia a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, extendiendo la consideración de canon hermenéutico a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en 2000 (por ej., s. 41/2006), a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (por ej., s. 41/2002), a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (v., por ej., las ss. TC 38/1986 y 64/1991), e incluso a los pronunciamientos de otros órganos de garantía, como el Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (por ej., s. 116/2006).

LXVI. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE NORMAS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

283. *Reglas generales: concurrencia y conflicto entre normas consuetudinarias y disposiciones convencionales*

La generalidad de la doctrina admite que *no existe jerarquía* entre las distintas normas y obligaciones internacionales por razón de su forma de producción, estimando que el orden en que figuran referidas las fuentes del Derecho Internacional en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia —tratados, costumbres y principios generales del Derecho— indica sólo un orden de prelación lógico en la búsqueda de la norma aplicable.

Se han aducido diversas razones para explicar que —a salvo las normas consuetudinarias que han sido objeto de codificación— las reglas convencionales tienden a prevalecer. Así: 1) la tangibilidad que les confiere su carácter escrito; 2) su habitual condición particular o especial respecto de la norma consuetudinaria; 3) el hecho de que en el origen de una norma consuetudinaria incompatible con un tratado anterior se encuentra siempre su infracción por al menos una de las partes y la falta de reacción de las otras... Todas estas razones tienen relevancia en el plano sociológico —en términos estadísticos— pero no en el normativo. Aunque no sea lo normal, es perfectamente posible que una norma consuetudinaria —tanto particular como general— posterior a un tratado prevalezca sobre sus disposiciones. Consecuentemente, en caso de concurrencia entre dos normas u obligaciones internacionales no cabe resolver las posibles contradicciones o diferencias atendiendo al carácter consuetudinario de una o convencional de la otra.

El órgano de aplicación ha de tener presente:

1) En primer lugar, que las normas generales de *ius cogens* (v. par. 145-149), sea cual sea su forma de producción, prevalecen sobre cualesquiera otras (v., por ej., CPA, s. arbitral sobre la *Disputa relativa al acceso a la información conforme al art. 9 de la Convención OSPAR*, 2003). Se explica por ello que actúen como causa de nulidad, si son previas, y de terminación, si son posteriores, al tratado que las contradiga (arts. 53 y 64 CV) (v. par. 224, 232).

La Convención de Viena, además, reconoció un cierto carácter *constitucional* a la Carta de Naciones Unidas —cuyo alcance es prácticamente universal— al consagrar la primacía de las obligaciones contraídas en virtud de la misma sobre cualesquiera otras obligaciones convencionales (art. 30.1 CV, 1969, y art. 31.6 CV, 1986, en relación con el art. 103 de la Carta).

Al salvar el artículo 103 de la Carta la Convención de Viena se pronuncia implícitamente, además, por la observancia de las decisiones del Consejo de Seguridad adoptadas en el marco de su Capítulo VII, aunque ello suponga el incumplimiento de tratados (v. CIJ, *Lockerbie*, 1992).

2) En segundo lugar, que serán de aplicación los principios *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, presentes en todo ordenamiento jurídico. La preferencia por uno u otro depende del *contexto*. El principio *lex specialis* resulta aplicable incluso respecto de dos o más disposiciones de un mismo tratado (v., por ej., s. arbitral en el asunto del *Canal de Beagle*, 1977).

Ahora bien, la aplicación de estos principios presenta algunas peculiaridades en nuestro caso: a) hay ciertos tipos de leyes generales que prevalecen siempre, a saber, cuando la aplicación de la ley especial o de la ley posterior puede frustrar el *propósito* de la ley general, perjudicar el equilibrio de derechos y obligaciones establecido por ésta o afectar negativamente a terceros beneficiarios de la ley general (CDI, 2006); b) una disposición puede tener carácter de *lex specialis* no sólo por razón de su materia o de su contenido, sino igualmente por su alcance limitado a unos pocos sujetos (v., por ej., CIJ, *derecho de paso por territorio indio*, 1960); c) para determinar el carácter especial de una norma respecto de otra es preciso tener presentes todos los elementos del contexto; y, d) ambos principios actúan en Derecho Internacional con carácter supletorio, de manera que si un tratado dispone que está subordinado a otro tratado o a una determinada costumbre prevalecen estos últimos.

3) En tercer lugar, que en virtud del *principio de armonización*, las normas en concurrencia o en conflicto deben ser interpretadas, en la medida de lo posible, de forma que resulten compatibles entre sí. La aplicación de este principio, que ha de iluminar la solución de conflictos entre normas de idéntica jerarquía, puede ser insuficiente. Considérese el caso en que la persecución de crímenes internacionales por jueces estatales choca con la inmunidad tradicionalmente reconocida a determinados agentes del Estado extranjero. La protección de derechos fundamentales de la persona y el deseo de hacer justicia, brindando a las víctimas una tutela judicial efectiva compite con el derecho del Estado extranjero a que sus agentes no sean perseguidos judicialmente en interés de la igualdad soberana y de la estabilidad de las relaciones interestatales (CIJ, *Orden de arresto*, 2002, CIJ; TEDH, *Al-Adsani*, 2001) (v. par. 606, 607).

284. Concurrencia y conflicto entre tratados sucesivos sobre la misma materia. Cláusulas expresas

La *concurrencia* de distintos tratados en la regulación de una misma materia o situación es hoy frecuente, dando en ocasiones lugar a *conflictos* entre sus disposiciones. La inflación convencional propiciada por la cooperación internacional y el solapamiento de la actividad de las Organizaciones Internacionales lo explica en buena medida. A ello se añade que lo que aparece como objeto principal de un tratado se presenta en otro como objeto secundario. Así, por ejemplo, el hecho de que numerosos tratados se ocupen de la homologación de las decisiones judiciales extranjeras en general no impide que un tratado sobre

transporte de mercancías prevea el reconocimiento y ejecución en los Estados partes de las decisiones dictadas sobre esta materia.

La Convención de Viena se ocupa —esquemáticamente— en su artículo 30 de la concurrencia —y el eventual conflicto— entre tratados sucesivos y lo hace, no en términos de validez, sino de *aplicación preferente*.

Lo primero es atender a la voluntad de las partes. De ahí que el numeral 2 del artículo disponga que: “cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”.

En la medida en que estas cláusulas afirman, de uno u otro modo, la *subordinación del tratado a otro u otros anteriores* no plantean especiales problemas. Lo mismo cabe decir de una cláusula subordinando los efectos de un tratado a la conclusión de un acuerdo posterior que ha de complementarlo o desarrollarlo. Son en cambio problemáticas las cláusulas de *subordinación* (y más aún de la de *exclusión o prohibición*) de tratados posteriores. Lo único que puede colegirse de ellas es la intención de las partes de renunciar a la prevalencia mecánica del tratado posterior por el mero hecho de serlo pues, como observó la CDI (1966), “cuando concluyen el segundo tratado las partes tienen plenas facultades para abrogar o modificar el tratado anterior que ellas mismas concertaron”. Hay que examinar, pues, la situación siempre a partir de las cláusulas del tratado posterior, que es donde recibe expresión la voluntad última de las partes.

Por lo que se refiere a las cláusulas de *compatibilidad*, y de acuerdo con lo que acabamos de afirmar, son irrelevantes o superfluas las referidas a tratados posteriores. En cuanto a las cláusulas de compatibilidad de un tratado con los anteriores, si nos atenemos al tenor literal del artículo 30.2 debería prevalecer siempre el tratado anterior, lo que sería un craso error porque, aun prescindiendo de que la compatibilidad entre las disposiciones de dos o más tratados no puede imponerse *a priori* por la vía del *imperio*, sino sólo como resultado del análisis lógico y la comparación, es la voluntad de las partes expresada en el tratado posterior la que establece hacia y hasta donde llegan las sedicentes cláusulas de compatibilidad, por lo que el órgano de aplicación habrá de buscar esa voluntad atendiendo al tenor de la cláusula.

Hay que tener en cuenta que aunque son muchas las cláusulas que se limitan a la mera declaración de compatibilidad con todos los acuerdos en vigor sobre la misma materia (por ej., art. 73 de la CV sobre relaciones consulares, 1963), la cláusula puede establecer la *prioridad* del tratado que la incluye sobre las disposiciones divergentes de otros (por ej., art. 311 de la CONVEMAR), decantarse por la *disposición más favorable* para la satisfacción de los objetivos del tratado (por ej., art. VII.1 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extrajeros, de 1958) o por el *régimen más especial* (por ej., art. 237 de la CONVEMAR, en relación con los convenios especiales sobre protección del medio marino).

De una cláusula de compatibilidad sólo puede afirmarse con carácter general que refleja la intención de las partes de renunciar a la prevalencia en términos absolutos del tratado posterior. Por otra parte, cuando la cláusula se formula en *términos genéricos* el órgano de aplicación estará llamado a compaginar las disposiciones concurrentes y encauzar en lo posible su coexistencia, y si la operación resulta inviable habrá de hacer frente a la situación como si la cláusula no existiera pues, de hecho, nada resuelve.

285. Concurrencia y conflicto entre tratados sucesivos sobre la misma materia. Reglas supletorias

En defecto de cláusulas expresas la Convención de Viena dispone reglas supletorias, distinguiendo según sean o no partes en el tratado posterior las que lo son en el tratado anterior: a) Si hay coincidencia de partes el tratado anterior será aplicable sólo en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior (art. 30.3 y 4, *a*, CV); b) si no la hay, se aplicará el tratado en que los Estados de que se trate sean partes (art. 30.4, *b*, CV).

El artículo 30.3 y 4.*a* de la Convención, en su misma literalidad, conduce demasiado lejos y demasiado deprisa. La aplicación prioritaria de las disposiciones del tratado posterior está en la naturaleza de las cosas cuando son *más favorables* para satisfacer los objetivos o *más especiales* para regular la materia que las del tratado anterior. Pero, ¿cabe decir lo mismo cuando el tratado posterior no es más especial ni más favorable? El viejo *generalia specialibus non derogant* invita a pensar lo contrario.

El automatismo en la aplicación del tratado posterior sólo ha de jugar, pues, cuando sea imposible determinar la voluntad implícita de las partes. Se presume que al concertar un nuevo tratado las partes entienden aplicar sus disposiciones antes que las de un tratado anterior; pero la presunción se desmorona cuando los órganos de aplicación llegan a la conclusión de que no fue voluntad de las partes preterir el tratado anterior. Así, es concebible que las partes en un tratado celebren posteriormente otro más *general* o menos *exigente* para atraer a un número más amplio de sujetos reticentes a obligarse por el tratado anterior. La CDI ha advertido (2006) que el tratado anterior prevalece en todo caso cuando la aplicación del posterior puede frustrar su *propósito*, perjudicar el equilibrio de derechos y obligaciones establecido o afectar negativamente a terceros que de él se benefician.

Los interrogantes que plantea el artículo 30.3 (y 4.a) son más alarmantes cuando el órgano de aplicación se pregunta cuál es la *fecha crítica* para determinar la posterioridad de un tratado: ¿la fecha de adopción, de autenticación, de manifestación del consentimiento, de entrada en vigor...?

La opinión de que la *fecha crítica* es la de la adopción —o, en su caso, de la autenticación del tratado—, basada en que en ese momento se plasma una *nueva*

intención legislativa, fue ampliamente compartida en la Conferencia de Viena, pero su adecuación a la realidad depende de las circunstancias. Generalmente acertada en la relación entre tratados bilaterales, puede no serlo en la relación entre un tratado multilateral y otro bilateral o entre tratados multilaterales.

En la relación entre tratados bilaterales es difícil imaginar que la manifestación del consentimiento y la entrada en vigor pueda verificarse antes respecto del tratado adoptado en segundo lugar; consecuentemente, en este caso es razonable identificar la *fecha crítica* con la fecha de adopción o de autenticación del tratado. La situación es muy distinta cuando Estados que han adoptado un tratado bilateral participan en la adopción de un tratado multilateral sobre la misma materia, procediendo a la ratificación del tratado bilateral después de haber consentido el multilateral. En estas circunstancias no parece razonable sostener que la fecha de la adopción determina la posterioridad del tratado multilateral.

La aplicación de las reglas consideradas no es, desde luego, una tarea fácil; requiere, junto a la técnica, una cierta sensibilidad *artística* cuyo punto de partida son los *valores* que afinan la operación del órgano de aplicación a menudo vulnerable a consideraciones políticas.

286. Concurrencia y conflicto de normas y obligaciones entre regímenes internacionales

Las reglas que acabamos de exponer son igualmente aplicables a los supuestos de concurrencia y conflicto de normas y obligaciones en y entre *regímenes internacionales*, subsistemas fundados en un tratado multilateral de vocación universal o regional en el que las reglas primarias (derechos materiales, obligaciones de conducta o de resultado, prohibiciones...) son acompañadas por reglas secundarias más o menos avanzadas.

Podemos llamar *autónomo* al *régimen* que cuenta con reglas secundarias particulares en estos puntos, pero llamarlo *autosuficiente* (o *autárquico*) podría inducir a confusión. Los regímenes *autosuficientes*, que se bastan a sí mismos, si son *autosuficientes* no son *internacionales*: a) porque iría contra la misma naturaleza del *subsistema* ser *sistema*; b) porque los regímenes internacionales no conciben el *sistema* como una mera suma de regímenes particulares o especiales; su misma validez y continuidad depende de la aplicación de normas generales del Derecho Internacional; c) porque los regímenes internacionales han de respetar las normas generales imperativas (el *ius cogens*) y la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta de Naciones Unidas (artículo 103 de la Carta); y, d) porque ha de observarse en la interpretación el principio de *integración sistémica* (CV, art. 31.3, c) (v. par. 274). Cabe, sí, que un *régimen autónomo* desarrolle una política *separatista* y al declararse *autosuficiente* deje de ser *internacional*. Podría ser, por ejemplo, el caso del Derecho de la Unión Europea según alguno de los planteamientos que de él se hacen. Los enfoques

dualistas de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión serían un síntoma de esta evolución. Pero ese riesgo está vinculado a las transformaciones de los sujetos; no es concebible si se vincula a un ámbito material, sea a escala universal o regional, manteniendo la misma base social.

No hay, pues, riesgo de fragmentación del sistema por la multiplicación y progresión de regímenes internacionales; todo lo contrario, los regímenes internacionales demuestran la expansión, maduración y progresiva efectividad del Derecho Internacional como sistema que, como señaló la CDI (2006), está omnipresente detrás de los regímenes internacionales, ilustra su interpretación y colma sus lagunas.

Los regímenes internacionales cuentan con las reglas precisas para resolver sus propios conflictos normativos, sea mediante reglas expresas, sea atendiendo al principio de jerarquía, *lex specialis*, *lex posterior*, *ley más favorable*, principio de armonización e interpretación evolutiva, aplicables según las circunstancias. Estas reglas son las mismas que se aplican a los conflictos entre tratados suscritos entre las mismas partes al margen de los regímenes internacionales.

Su aplicación no es, desde luego, una tarea sencilla. Así, por ejemplo, el principio de armonización o de interpretación compatible que ha de iluminar la solución de conflictos entre normas de idéntica jerarquía, puede ser, como ya hemos advertido, insuficiente (v. par. 283). Otro tanto cabe decir del principio de jerarquía, que protege a las normas imperativas, especialmente cuando son obligaciones resultantes de la Carta de Naciones Unidas, como las que imponen resoluciones del Consejo de Seguridad actuando conforme al Capítulo VII, las que aparentemente chocan con normas que consagran el *rule of law* y garantizan derechos básicos de las personas en los Estados democráticos y en las organizaciones de las que forman parte. La no aplicabilidad de tales resoluciones podría ser decidida por cualquier jurisdicción internacional (o interna) con base en el mismo principio de jerarquía (las resoluciones han de tomarse “de conformidad con la Carta”) o *matando al prisionero* como ha hecho el Tribunal de Justicia de la UE (*Al Barakaat / Kadi*, 2008), ignorando las resoluciones del Consejo de Seguridad y anulando los reglamentos comunitarios adoptados para su aplicación, con un enfoque dualista (v. par. 295).

Arduos problemas surgen en situaciones de concurrencia y conflicto entre disposiciones que pertenecen a regímenes internacionales diferentes, todas ellas con vocación de aplicación, pues los órganos del subsistema darán a los tratados que legitiman sus competencias carácter constitucional. La CDI (2006) ha declarado que el conjunto de las relaciones entre distintos regímenes internacionales es un *agujero negro* legal. Cada órgano se debe a *su público*, fue concebido para defender intereses (o valores, o fines) determinados. *Dime cual es el órgano de aplicación y te diré como se resolverá el conflicto*. Al igual que hacen los tribunales constitucionales cabe encontrar remedios, pero no son tan seguros.

Se ha citado, por ejemplo, el papel bien diferente que ocupa el principio de precaución, aplicado por órganos creados en un régimen internacional sectorial

de protección del medio ambiente, o invocado ante órganos del régimen internacional sectorial del comercio. Desde la Organización Mundial de Comercio (OMC) se ha destacado que su régimen no está “clínicamente aislado” (OSD, *Gasolina*, DS2, 1996), que sus normas deben interpretarse en armonía con los principios generales del Derecho Internacional (v. par. 131) y que en su relación con las normas y obligaciones de otros regímenes internacionales la práctica ha introducido un “criterio de equilibrio” o “de proporcionalidad” que puede dar prevalencia a obligaciones no comerciales sobre las comerciales cuando no son tapadera de medidas proteccionistas, contribuyendo así a una coherencia sostenible en el orden jurídico internacional. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC rechazó, sin embargo, en *Hormonas* (1998) que el principio precautorio fuera un principio general, e insistió en *Productos Biotecnológicos* (2006) en que su *status* jurídico era todavía incierto.

Se ha observado (P. Martín) que la descompensación en los dispositivos institucionales desemboca en una mayor presencia y efectividad del sector normativo más sólido, en claro perjuicio de los que permanecen en el régimen jurídico internacional general, con una repercusión directa sobre la coherencia material del sistema y la preeminencia de unos intereses y valores sobre otros. Un principio debe trascender al régimen de origen para hacerse general si pretende prevalecer cuando se invoca en el campo de un régimen distinto. Para apreciarlo habría que acudir a un órgano externo a los regímenes y/o establecer normas generales para la solución de los conflictos entre regímenes (el problema es que estos conflictos suelen ser sectoriales, no territoriales o personales, como los que habitualmente tratan de resolver, si la calificación es pacífica, las reglas de conflicto a las que recurre el Derecho Internacional privado).

287. Incompatibilidad de derechos y obligaciones en tratados estipulados con sujetos diferentes

La Convención de Viena también se ocupa del supuesto en que el Estado A concierta con el Estado B un tratado cuya observancia supone, casi inevitablemente, el incumplimiento de un tratado suscrito previamente por A o B con el Estado C. El problema que en ese caso se plantea no es de validez o nulidad del tratado, sino de responsabilidad internacional de quien, irremediablemente, incumple una obligación libremente consentida que no debió asumir jamás. De ahí que el artículo 30.5 de la Convención puntualice que las reglas aplicables a los tratados sucesivos no prejuzgan “ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado”.

Estos embrollos no siempre son el resultado de comportamientos de mala fe; a menudo son fruto de la inadvertencia o de una deficiente coordinación administrativa. En estos casos el punto de partida del órgano de aplicación ha de

ser la presunción de que no es propósito de las partes en un tratado violar sus obligaciones respecto de otros sujetos. Pero si la contradicción no puede salvarse, al culpable de la situación no le quedará otra alternativa que renegociar o denunciar uno de los tratados.

Un supuesto de incompatibilidad que merece especial atención es el que se plantea cuando las obligaciones de un Estado como miembro de una Organización chocan con las asumidas con otros Estados. Sabemos que en el ámbito de Naciones Unidas se impone la prevalencia de las obligaciones impuestas por la Carta (art. 103). En el ámbito de la Unión Europea hay que distinguir:

- 1) La situación más simple se da cuando la masa de tratados que obligan a un Estado se confronta con las obligaciones de la Unión que asume al adquirir la condición de miembro. Si los tratados en vigor en esa fecha lo son con Estados terceros a la Unión: a) los terceros *conservarán* los derechos que les reconocen esos tratados; b) el Estado miembro concernido recurrirá a todos los medios apropiados para *eliminar* las incompatibilidades detectadas con las obligaciones de la Unión; y c) los Estados miembros se prestarán *ayuda mutua* y adoptarán, en su caso, una posición común para lograrlo (art. 351 TFUE).

Con otras palabras, la Unión Europea toma como punto de partida —en consonancia con la regla codificada en el artículo 30.4 de la Convención de Viena— la observancia de los acuerdos anteriores con terceros, proponiendo la solución de los conflictos en favor de las obligaciones comunitarias a través de medios conformes con el Derecho Internacional (la renegociación de los acuerdos, su sustitución por otros celebrados por la Unión Europea o, en último extremo, su denuncia). No ha de ocultarse la *influencia* de los Estados miembros debidamente concertados.

Los Estados miembros no pueden prevalerse de derechos reconocidos en su favor en tratados anteriores con terceros para sustraerse a las obligaciones derivadas de su participación en la Unión Europea (v., por ej., *Conegate*, 1986; *Deserbais*, 1988).

En los casos de tratados celebrados entre Estados miembros serán de aplicación las reglas del artículo 30.3 —tratados sucesivos sobre una misma materia entre las mismas partes (v. par. 285) — o del artículo 59 —sucesión de tratados— de la Convención de Viena (v. par. 246) (v. TJUE, *Matteucci*, 1988; no obstante, el tratado anterior producirá efectos en las relaciones *intracomunitarias* cuando imponga *obligaciones de carácter multilateral*, exigibles por todas las partes, TJUE, *Levy*, 1993; *Evans Medical*, 1995).

- 2) Una *segunda situación* se da cuando los tratados suscritos por los Estados miembros con terceros son posteriores a las obligaciones comunitarias con las que resultan incompatibles. En el ámbito comunitario el Estado miembro podrá ser objeto del *recurso por incumplimiento* ante el Tribunal de Justicia (arts. 258-260 del TFUE); pero, más allá de dicho ámbito,

en caso de incumplimiento del tratado suscrito, deberá hacer frente a su responsabilidad internacional frente a los terceros (a menos que prospere la alegación de la causa de nulidad prevista en el art. 46 de la CV, lo que parece problemático, v. par. 221, 225).

288. Conflicto entre las resoluciones de una Organización Internacional y su tratado constitutivo

La ausencia de jerarquía en las distintas normas y obligaciones internacionales por razón de su forma de producción no es predicable de las relaciones entre las resoluciones de una Organización Internacional y su tratado constitutivo, cuyo papel es equivalente al de la Constitución en los Estados. Ahora bien, admitida la doctrina de los *poderes implícitos* (v. par. 87) y estando las *prácticas* de la Organización incluidas entre sus *reglas*, es necesario convenir que los preceptos convencionales —*constitucionales*— han de interpretarse con inclusión de tales *poderes y prácticas*, lo que aporta una cierta dosis de incertidumbre al marco *constitucional* de la Organización.

¿Qué sucede si el órgano de aplicación se enfrenta a una resolución de una Organización Internacional que considera contraria a dicho marco? La necesidad de protegerlo debería conducir al establecimiento de controles jurídicos adecuados para verificar la conformidad de la resolución con los preceptos que le sirven de fundamento. Sin ellos la supremacía del tratado constitutivo —y de las *reglas de la Organización*— gozará del éxito de la palabra, pero su aplicación estará a merced de las interesadas interpretaciones políticas de los Estados miembros. Están en juego la seguridad jurídica y el delicado equilibrio entre la soberanía de los Estados y las competencias de la Organización.

Ese control ha sido instaurado en las Organizaciones de integración, al acompañarse la atribución de amplias competencias normativas con la creación de un *guardián judicial* del respeto de los tratados constitutivos. Este es, particularmente, el caso de la Unión Europea, concebida como “una Comunidad de Derecho en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus Instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la Carta Constitucional que constituye el Tratado” (TJUE, *Los Verdes*, 1986).

Más allá del privilegiado espacio que forman estos sistemas desarrollados, el control judicial es inexistente o muy débil. Significativo es, en este sentido, el estrecho margen dejado a la Corte Internacional de Justicia para examinar la legalidad de los actos de los órganos de las Naciones Unidas y de los Organismos Especializados a la luz de sus Cartas constitutivas (v. par. 529).

LXVII. CONCURRENCIA Y CONFLICTO ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

289. Órganos internacionales y órganos estatales

Un *órgano internacional* siempre aplicará las normas y obligaciones internacionales sea cual sea su grado de compatibilidad con las normas internas de un Estado y el rango de éstas. Generalmente, las normas estatales tienen para el Derecho Internacional el valor de meros *hechos*. Así, un órgano internacional se interesará por el Derecho interno para determinar si a través de él un Estado incumple sus obligaciones internacionales (por ej., CIJ, *E. Böll*, 1958) o para probar el contenido de una norma internacional cuyo contenido depende de actos internos (por ej. el *uti possidetis iuris*, v. par. 370; v. CIJ, *Controversia fronteriza*, Benin/Níger, 2005; o el agotamiento de los recursos internos, como condición para el ejercicio de la protección diplomática; v. par. 358, 362; v. CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, 2007). En este sentido sería inexacto hablar en el plano internacional de *conurrencia* entre Derecho Internacional y Derecho interno.

Para un *órgano estatal* la situación es diferente. Dificilmente admitirá la preeminencia de normas y obligaciones internacionales sobre la Ley Fundamental del Estado (a menos que hayan sido constitucionalizadas). Asimismo, será su Ley Fundamental la que determinará su decisión en casos de concurrencia (v. par. 291).

En la medida en que el *órgano estatal* se decante por aplicar disposiciones de Derecho interno en detrimento de normas y obligaciones internacionales habrá problemas. La preeminencia del Derecho Internacional constituye un principio fundamental, asentado sobre una jurisprudencia constante y arraigada (ss. arbitrales: *Alabama*, 1872, *Georges Pinson*, 1928; CPJI, *Cuestión de las comunidades greco-búlgaras*, 1930; *Trato de los nacionales polacos en Dantzig*, 1932; *Zonas francas*, 1932...; CIJ, *Aplicabilidad del Acuerdo de sede de NU*, 1988) y codificado por la Convención de Viena que, en su artículo 27, afirma inequívocamente que un Estado no puede invocar los preceptos de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (la Convención de 1986 afirma lo propio respecto de las reglas de una OI).

Cosa distinta es la conclusión de un tratado en violación manifiesta de normas internas de importancia fundamental relativas a la competencia para celebrarlo, lo que, bajo condiciones muy estrictas, podría conducir a su nulidad (artículo 46 CV) (v. par. 221).

290. Costumbre internacional y Derecho interno

Si son pocos los ordenamientos estatales que *reciben* en bloque las normas generales (consuetudinarias) del Derecho Internacional, aún son menos los que precisan su situación en la jerarquía de fuentes del Derecho interno. En la prác-

tica los tribunales estatales suelen establecer una equiparación entre dichas normas y las reglas convencionales, entre otros argumentos por la falta de jerarquía entre las diferentes fuentes del Derecho Internacional.

La costumbre internacional no podrá prevalecer sobre los preceptos constitucionales, a menos que ella misma haya sido constitucionalizada (como en España podría predicarse de las que forman parte del *ius cogens* internacional (art. 96.1, último inciso, de la Constitución).

Su relación con la ley puede ser compleja. Podemos proponer tres supuestos elementales:

1) Si una ley remite a las normas generales del Derecho Internacional, el órgano de aplicación habrá de identificar esas normas. Tal es el caso del artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reconoce “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del derecho internacional público” (v. tema 18).

2) Si una ley incorpora materialmente una norma consuetudinaria, se aplicará en principio la ley, pero habrá dificultades si una parte interesada —o el mismo órgano de aplicación— considera que la ley traduce mal o insuficientemente la costumbre en vigor. Así, por ejemplo, el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que incorpora el principio de jurisdicción universal sobre una serie de delitos, ha suscitado dudas interpretativas que los tribunales han procurado resolver acudiendo a las normas de Derecho Internacional general. En la determinación del contenido de estas normas el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han mantenido posiciones divergentes (v. s. TC 237/2005) (v. par. 602).

3) Si una ley contraría una costumbre anterior no ha de descartarse su propósito *provocador* de un cambio en la norma consuetudinaria; de ser así, la ley se inscribiría en una práctica dirigida a modificar el contenido de la costumbre internacional o a forzar la aparición de una nueva norma (v. par. 4).

291. *Tratados y Constitución*

No faltan ejemplos de tratados que incorporan la Constitución de un Estado (por ejemplo, la de Bosnia-Herzegovina, anexo IV de los acuerdos de Dayton-París, 1995). Dicho esto, en el orden interno los tratados *se subordinan* a las normas constitucionales. Hay Constituciones que así lo proclaman de manera expresa. En otras resulta de la articulación de mecanismos de control —previos o *a posteriori*— de la constitucionalidad de los tratados (v. par.178, 179, 292).

Esta *subordinación* de los tratados es, sin embargo, compatible con: 1) la posibilidad que abren algunas Constituciones, en la estela de la de los Países Bajos (art. 91), a la conclusión de tratados que se separen de la Ley Fundamental, siempre que se sometan al procedimiento de aprobación de la reforma constitucional (por ej., Perú, art. 57); y 2) el reconocimiento de *jerarquía constitucional*

a determinados tratados, en particular concernientes a derechos humanos (por ej., Argentina, art. 75.22, Colombia, art. 93, Guatemala, art. 46, Venezuela, art. 23).

La Constitución española invita a considerar el Derecho Internacional como parámetro de interpretación de sus disposiciones. No nos referimos sólo a su artículo 10.2, que así lo exige en relación con la Declaración Universal y los tratados sobre derechos humanos ratificados, sino a los otros *apuntes de internacionalismo* presentes a lo largo del texto constitucional, aun vagos y fragmentarios, como la referencia en el preámbulo a la voluntad de “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra”, la posibilidad contemplada en el artículo 93 de transferir a una Organización Internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la alusión en el artículo 96.1 al Derecho Internacional general.

292. El control de la conformidad de los tratados en vigor con la Constitución

En la práctica el conflicto tratado-constitución será *teórico* a menos que se reconozca la aplicación directa de los preceptos constitucionales o se disponga un control jurisdiccional para su protección.

En el siglo XIX la práctica diplomática y parlamentaria de muchos países, incluida la española, consideró que el tratado irregularmente concluido era un hecho consumado, que obligaba al Estado y no podía ser fiscalizado judicialmente; todo lo más, podía dar lugar a la responsabilidad personal y política del Gobierno y de sus miembros. Asumía así una *concepción internacionalista* pura, según la cual el Derecho interno es irrelevante en el orden internacional, frente a la que se alzarían *concepciones constitucionalistas* igualmente extremas.

Esta estampa se mantiene allí donde los ordenamientos estatales continúan ignorando el control judicial de la constitucionalidad de los tratados o, incluso, la prohíben expresamente (Constitución holandesa, art. 120), pero no donde el control ha sido instaurado, como es el caso de España, tanto en relación con la constitucionalidad *intrínseca* (o material) como *extrínseca* (o formal) del tratado.

El Derecho comparado ofrece un amplio abanico de soluciones para determinar el órgano responsable del control. Hay controles concentrados en un órgano especial (el Tribunal Constitucional en Austria, España, Italia o Alemania; el Consejo Constitucional en Francia) y controles difusos, en manos del juez ordinario (Estados Unidos).

En cuanto al momento en el que se verifica, el afán por proteger los preceptos constitucionales debería conducir al establecimiento de controles *preventivos*, que han de ser experimentados antes de la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse. Dado que las declaraciones de inconstitucionalidad de

un tratado en vigor sientan las bases del conflicto entre el orden interno y el internacional, un eficaz sistema de diagnóstico precoz justificaría la presunción *iuris et de iure* de su constitucionalidad en relación con los preceptos en vigor en la fecha de la conclusión del tratado. Así, por ejemplo, en Francia, donde el control preventivo se pone en manos del Consejo Constitucional, no cabe plantear la conformidad con la Constitución del tratado ya concluido.

Pero estos controles no existen en todos los países y, cuando existen, no excluyen los controles *reparadores*, posteriores a la manifestación del consentimiento. Así, por lo que se refiere a España, junto a la previsión de un control previo (art. 95 de la Constitución) se cuenta con mecanismos de control *a posteriori*, como: 1) el *recurso de inconstitucionalidad*, que están legitimados para interponer el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados ó 50 senadores, así como, según se desprende de una correcta interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, las Asambleas y órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas en la medida en que un tratado afecte a su ámbito de autonomía, dentro de los tres meses siguientes a su publicación oficial (arts. 29.1 y 31-34 LOTC); 2) la *cuestión de constitucionalidad*, que un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, está facultado a plantear, una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, cuando estime que la regla convencional “de cuya validez depende el fallo” puede ser contraria a la Constitución (arts. 29.1 y 35-37 LOTC). La cuestión de constitucionalidad no procede, pues, en relación con tratados *non-self-executing* ya que, por principio, no podrán superar el *juicio de relevancia* al no ser directamente aplicables al caso concreto; y, 3) el *recurso de amparo* para la protección de los derechos fundamentales que cualquier persona física o jurídica puede interponer (art. 53.2 Constitución), en la medida en que traiga causa de una presunta vulneración de tales derechos por las obligaciones asumidas por el Estado en un tratado. De acuerdo con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de estimarse el amparo, la Sala correspondiente podría elevar al Pleno una *auto-cuestión de constitucionalidad*. En la práctica son relativamente numerosos los recursos de amparo interpuestos en relación con tratados internacionales, pero ninguno ha prosperado. Así, por ejemplo, la s. 140/1995 descartó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, frente a una sentencia que había reconocido inmunidad de jurisdicción a un agente diplomático de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.1 del Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas (v. par. 442, 443).

Esta regulación es criticable. En primer lugar, un despropósito que se admita la legitimación activa de minorías parlamentarias y de órganos autonómicos para recurrir *a posteriori* la constitucionalidad de un tratado y no se les permita hacerlo antes de su conclusión (v. par. 179). En segundo lugar, la declaración previa de constitucionalidad de un tratado se considera compatible con su revisión *a posteriori* e, incluso, las sentencias desestimatorias de recursos de inconstitucionalidad no obstan al planteamiento por los jueces, de oficio o a ins-

tancia de parte, de cuestiones de inconstitucionalidad cada vez que alberguen una duda razonable. Por último, la legislación española ha carecido de la sensibilidad suficiente para prever una limitación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta el doble plano normativo en que se mueve el tratado.

Debe quedar claro que la inconstitucionalidad de un tratado no afecta en principio a su validez, sino sólo a su incorporación y aplicación en el orden interno. La validez de un tratado no puede ser enjuiciada por los órganos de un sujeto parte; sólo puede decidirse en el plano internacional. No parece por ello oportuno plantear las relaciones entre tratado y Constitución en términos de jerarquía normativa. Así, la declaración de inconstitucionalidad de un tratado supondría que las disposiciones inconstitucionales no forman parte del Derecho interno, pues el artículo 96.1 de la Constitución condiciona la incorporación de los tratados al ordenamiento español al hecho de que hayan sido “válidamente celebrados”. Adviértase además que la posibilidad de declarar la nulidad del acto de autorización parlamentaria sólo se daría en el caso de los tratados del artículo 93 de la Constitución —en los que la autorización se instrumenta en ley orgánica— pues el acto de autorización de los tratados del artículo 94.1 se materializa en un acto *ad hoc*, no formalizado en *ley* (v. par. 175).

Aunque la inconstitucionalidad *intrínseca* de un tratado arrastra forzosa-mente la *extrínseca* —lo que permitiría invocar, llegado el caso, el artículo 46.1 de la Convención de Viena, esto es, la violación manifiesta de una regla interna de importancia fundamental relativa a la competencia para la estipulación de los tratados, para sostener en el plano internacional su nulidad (v. par. 221)— no es en absoluto seguro que una declaración de inconstitucionalidad conduzca a ese resultado. El Derecho Internacional se rige por sus propias reglas, un órgano internacional no está sujeto a las conclusiones a las que hayan llegado los órganos estatales y el interés por su comportamiento puede incluso llevarle a la decisión más indeseable para quien lo invoca, a saber, la pérdida del derecho a pretender la nulidad (art. 45 de la CV) (v. par. 225). De no prosperar, al Estado sólo le quedará, para evitar el incumplimiento y la correspondiente responsabilidad internacional (v. par. 302), promover la enmienda (v. par. 245) o la terminación del tratado, procediendo, si el tratado lo permite, a su denuncia (v. par. 229, 230, 236).

Además, si la inconstitucionalidad de un tratado es *sobrevenida*, como consecuencia de una reforma constitucional posterior a su conclusión, el artículo 46 de la Convención de Viena no opera y, a lo sumo, cabría servirse de la declaración de inconstitucionalidad en el marco de la invocación de alguna de las causas de terminación de los tratados.

Un medio para manejar el conflicto sería limitar los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad, respetando los pasados e, incluso, permitiendo que continúe la aplicación del tratado por un plazo, siempre que no estén en juego derechos de los particulares, de manera que el gobierno pueda promo-

ver la nulidad del tratado o, más fácilmente, su enmienda o terminación. Así se hace por el Tribunal de Justicia de la UE cuando las circunstancias lo aconsejan (v., por ej., *Acuerdo con EE.UU. sobre contratación pública*, 1996; *Parlamento Europeo c. Consejo*, 1997) y puede hacerse en España

En cuanto a los efectos pasados, cabe recordar que el Tribunal Constitucional consideró apropiado disociar la inconstitucionalidad de la Ley 13/1999 (de adhesión de España a ciertos acuerdos del FMI) de su nulidad, estimando que la vulneración por las Cortes del procedimiento especial del artículo 74.2 requerido para el caso “encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulatorio que, sobre no reparar el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión (*sic*) de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva del Derecho de los tratados” (s. de 9 de junio de 2005, 2005/155).

Sobre la posibilidad de limitar los efectos *pro futuro*, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de mantener los efectos de determinadas disposiciones de una ley del Estado declarada inconstitucional por invasión de las competencias de una Comunidad Autónoma, difiriendo los efectos de su nulidad hasta el momento en que la Comunidad Autónoma dictase la pertinente disposición (s. 195/1998).

293. *Tratado y ley*

En un sistema de *recepción especial* o de *transformación* la posición de los tratados respecto de las leyes viene determinada por las características del acto formal (normalmente una ley) de incorporación.

En un régimen de *recepción automática* la cuestión es más compleja. Equiparar los tratados a las leyes basta para asegurar su prevalencia en un eventual conflicto con la ley anterior; no, en cambio, con la ley posterior. ¿Habrà de propugnarse, en consecuencia, la prevalencia de los tratados para garantizar su observancia? Así lo hacen algunas Constituciones estatales (Países Bajos, art. 94; Francia, art. 55; Costa Rica, art. 7). Otras, en cambio, se decantan por la prevalencia de la ley posterior sobre el tratado (Austria, art. 9, Irlanda, art. 29).

La carencia de disposiciones constitucionales en la materia ha sido suplida en algunos países por los jueces, que han consagrado la primacía de los tratados sobre las leyes (TS luxemburgués, *Pagani*, 1954; TS belga, *Le Ski*, 1971; Corte Suprema de Argentina, *Cafés La Virginia*, 1994; Corte Superior de Justicia de México, *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*, 1999). En otros países donde los tribunales no han proclamado la supralegalidad de los tratados el aparente conflicto con la ley se resuelve a favor del tratado gracias a ciertos recursos interpretativos. Así, la presunción *iuris tantum* de que el legislador entiende reservada la aplicación de las disposiciones convencionales preexistentes; la consideración del tratado como *lex specialis*; la preferencia por la exégesis de la ley que sea conforme con el tratado...

En cualquier caso, debe desdramatizarse el conflicto del tratado con la ley pues la práctica enseña que, frecuentemente, sus relaciones han sido previstas. Así, sin afán exhaustivo, nos encontramos con leyes que remiten a tratados y tratados que: 1) conciben su regulación como un estándar mínimo, admitiendo la aplicación de la legislación estatal más favorable (por ej., tratados en materia de derechos humanos); 2) exigen a las partes un determinado quehacer o comportamiento legislativo (v. par. 255, 282); 3) reenvían al Derecho interno la regulación de algún aspecto de la materia que es su objeto...

En España el artículo 96.1 de la Constitución, tras afirmar que “los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, añade que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas de Derecho Internacional”. Si esto es así, cabe deducir que la ley posterior no ha de prevalecer sobre un tratado que no ha terminado, ni ha sido modificado o suspendido, conforme a las normas internacionales.

La primacía de los tratados según el artículo 96.1 de la Constitución alcanza sólo a los “válidamente celebrados” y publicados oficialmente. Teniendo en cuenta que la prestación del consentimiento en obligarse por tratados que supongan modificación o derogación de alguna ley requiere la autorización previa de las Cortes (art. 94.1.e), los tratados cuya conclusión no ha sido autorizada por las Cámaras (tratados del art. 94.2) no deben prevalecer sobre las leyes preexistentes, porque si realmente las afectan su celebración habrá sido inconstitucional y sería posible reclamar del Tribunal Constitucional una declaración en este sentido.

Un problema más delicado se plantea en las relaciones del tratado concertado sin autorización parlamentaria con la legislación posterior. Esa autorización es, ciertamente, preceptiva para los tratados que exijan medidas legislativas para su ejecución (art. 94.1.e), pero no todos los tratados las reclaman —por ser *auto-ejecutivas* sus disposiciones o bastante un desarrollo reglamentario (v. par. 254, 255)— y hay que preguntarse, puesto que han sido válidamente celebrados, si prevalecen sobre las leyes. Para defender la prerrogativa legislativa de las Cortes se ha defendido una *degradación* de estos tratados, similar a la introducida en la práctica constitucional norteamericana por la distinción entre los *treaties* y los *executive agreements* del Presidente (v. par. 121). El Consejo de Estado (dictamen de 7 de marzo de 1985) da por descontado que el rango de estos tratados será de “carácter meramente administrativo o reglamentario, al proceder exclusivamente del Poder Ejecutivo”. El Tribunal Supremo no parece en cambio seducido por la estampa de un tratado *sub* artículo 94.2 de la Constitución como norma reglamentaria (s. de 26 de abril de 2004).

294. Consecuencias de la primacía de los tratados en el orden interno

Para que la primacía de los tratados sobre las leyes sea efectiva, es preciso completarla con el adecuado mecanismo jurisdiccional de protección, ya sea a cargo de los jueces ordinarios o, en su caso, de la jurisdicción constitucional.

En España el Tribunal Constitucional ha descartado que los tratados formen parte del *bloque de constitucionalidad* (ss. 49/1988, 28/1991, 36/1991 y 64/1991), postulando la *aplicación preferente* del tratado por la jurisdicción ordinaria, tanto si la ley es anterior como si es posterior, sin cuestionar su validez. La aplicación preferente del tratado ha de entenderse sin perjuicio del esfuerzo que jueces y tribunales han de realizar para lograr una interpretación de la ley compatible con el tratado (v. par. 282).

En el mismo sentido se ha pronunciado, en términos generales, el Tribunal Supremo, sin que las referencias al principio de *jerarquía*, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución (TS, ss. de 22 de mayo de 1989, 18 de junio de 1991, 7 de julio de 2000, que incluso otorga a los tratados un “valor superior” a la Constitución), hayan comprometido la validez de la ley.

El conflicto sí que afecta en cambio a la validez de las disposiciones reglamentarias que infringen un tratado. La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia competencia para anular —ya sea mediante recurso directo o a través de la *cuestión de ilegalidad* (arts. 27 y 123)— por “infracción del ordenamiento jurídico” (art. 70). Aunque la Ley se refiere literalmente a la infracción de las “normas de Derecho estatal o comunitario europeo” (art. 86) cuando regula el recurso de casación, no hay razón para rehusar un recurso basado en la violación de otras disposiciones convencionales.

295. Las resoluciones de las Organizaciones internacionales y el Derecho interno

En principio puede predicarse de las resoluciones de las Organizaciones Internacionales lo que se ha dicho de los tratados. En este sentido las resoluciones llamadas a una aplicación y eficacia directa no se aplicarán si chocan con los preceptos constitucionales, a menos que ellas mismas hayan sido constitucionalizadas. En los demás casos prevalecerán sobre las leyes en la medida en que lo hacen los tratados que son su fuente nutricia (sobre la extensión en España del régimen de los tratados a las resoluciones de las OI, v., por ej., TS, s. de 30 de abril de 1986).

Cabe preguntarse, no obstante, si la subordinación de las resoluciones a su tratado constitutivo abre a los órganos de aplicación internos algún tipo de control. La respuesta ha de ser negativa. Son los órganos externos del Estado los que, en su caso, habrán de promover en el marco del tratado constitutivo la nulidad de la resolución (si el tratado cuenta con los medios adecuados para ello). La

insatisfacción de esta respuesta aconseja someter las resoluciones a un régimen de recepción *especial* o *transformación* que permita a los sujetos obligados por la resolución en el orden internacional filtrar sus efectos en el orden doméstico mediante la actividad legislativa o reglamentaria (v. par. 253).

Las resoluciones del Consejo de Seguridad imponiendo *sanciones* a particulares en el marco de su política antiterrorista *sub* Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas ofrece un excelente caso para el estudio. A pesar de que en la resolución 1456 (2003) el mismo Consejo invita a los Estados miembros a cerciorarse de que las medidas que adopten para luchar contra el terrorismo son conformes con el Derecho Internacional, en particular con las normas relativas a los derechos humanos y a los refugiados y al Derecho humanitario, las *sanciones* decididas por el Consejo sobre particulares han sido criticadas por un insuficiente respeto de los derechos de defensa de los sancionados. Naturalmente, cabría proponer que, siguiendo la recomendación de la resolución 1456 (2003), los Estados miembros rehúsen la implementación de sanciones que no satisfacen los estándares mínimos de respeto de derechos fundamentales de la persona y que, de no hacerlo a nivel ejecutivo, los jueces cuiden de éstos, según reclaman las Constituciones de los países democráticos y sus obligaciones internacionales.

En el ámbito de la Unión Europea, en la medida en que se habilita a través de reglamentos comunitarios la aplicación por los Estados miembros de las resoluciones del Consejo de Seguridad, previa posición común de aquéllos en el seno de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), particulares perjudicados han acudido ya a los órganos judiciales de la Unión impugnando los actos comunitarios por violación de sus derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia, asumiendo una posición dualista acerca de las relaciones entre el Derecho Internacional (las resoluciones del Consejo de Seguridad) y el Derecho de la Unión (los reglamentos comunitarios), ha anulado éstos, sin pronunciarse sobre aquéllas, considerándolos incompatibles con el respeto de derechos fundamentales de la persona que forman parte del Derecho de la Unión (TJ, *Al Barakaat / Kadi*, 2008).

La responsabilidad internacional

LXVIII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

296. *Las normas reguladoras*

Junto a las normas primarias, que establecen las conductas exigibles a los Estados, es preciso que existan normas secundarias, para determinar qué sucede cuando se incumplen las normas primarias. El régimen de la responsabilidad abarca el conjunto de reglas que regulan las consecuencias del incumplimiento

La variedad de situaciones en que un sujeto puede comprometer su responsabilidad es tan amplia como el conjunto de obligaciones que haya asumido. La fuerza expansiva del Derecho Internacional, al regular nuevos campos de actividad, complica la observancia de obligaciones aceptadas sin una comprensión adecuada de su alcance o sin una preparación técnica suficiente.

Las normas generales sobre la responsabilidad internacional tienen una acusada impronta de origen consuetudinario, aunque abundan cada vez más los *regímenes* que, al regular sectores concretos de las relaciones internacionales, adoptan reglas particulares para los ilícitos posibles de los Estados partes (v. par. 150, 286, 323).

La importancia vertebradora de las reglas sobre responsabilidad justificó que de ellas se ocupara la Comisión de Derecho Internacional (CDI), a fines de codificación, desde sus inicios, en 1949. La dificultad de la tarea se refleja en el hecho de que sólo en 2001 la Comisión estuvo en condiciones de aprobar un *proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* del que la Asamblea General tomó nota (res. 56/83, de 2001), sin pronunciarse acerca del destino del proyecto, adormecido en el seno de un grupo de trabajo de la VI Comisión de la Asamblea (v. par. 141).

No obstante, aun en el caso de que acabe engavetado por tiempo indefinido, el proyecto de la Comisión ha de producir —ya ha producido— efectos benéficos. Que las normas consuetudinarias se hayan ordenado y sistematizado —*visualizado*— en un texto escrito acrece su certidumbre y favorece: 1) su irradiación sobre la jurisprudencia internacional —prueba de ello son los pronunciamientos judiciales que lo citan (TPIY, *Nikolic*, 2002, y, sobre todo, CIJ, *Muro*, 2004; *Pasteras en el río Uruguay*, 2010); y, 2) su influjo potencial sobre los *regímenes internacionales* que, a título de *lex specialis*, contienen reglas sobre la responsabilidad por la infracción de sus disposiciones (v. par. 323).

LXIX. EL HECHO GENERADOR DE LA RESPONSABILIDAD

297. *El hecho ilícito internacional*

“Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional” (CDI, proyecto de arts., art. 1). El hecho generador de la responsabilidad descansa en la ilicitud de un comportamiento (por acción u omisión) atribuible al Estado. Un comportamiento es ilícito cuando, conforme al Derecho Internacional, constituye una violación de una obligación internacional de dicho sujeto, sea cual sea su origen o naturaleza (CDI, proyecto de arts., arts. 1-3, 12).

Advertimos, pues, la conjunción de dos elementos: 1) la infracción de una obligación internacional (elemento objetivo del ilícito) apreciada según normas de Derecho Internacional; y 2) su atribución al Estado (elemento subjetivo del ilícito). Se habla así de una responsabilidad *objetiva*, en la medida en que se deduce de la mera violación de la obligación atribuida al sujeto, sin que sea relevante la falta —esto es, el dolo o la culpa— del infractor (a menos, claro está, que forme parte de la obligación misma: por ej., el estándar de *diligencia debida* en la protección de una misión diplomática extranjera, v. par. 299, 432) o la comisión de un daño material al sujeto lesionado (que interesa al modo y cuantía de la reparación, v. par. 315, 316). Hay, en efecto, ilícitos sin daños materiales (por ej., el simple vuelo no autorizado de una aeronave de Estado por el espacio aéreo de otro).

298. *El elemento subjetivo: hechos debidos a los órganos del Estado*

El Estado es internacionalmente responsable sólo de los actos (acciones y omisiones) que le pueden ser atribuidos o imputados. El ilícito ha de ser el *hecho de un Estado*. Son hechos del Estado, en primer lugar, los de sus órganos y agentes actuando en el ejercicio de las prerrogativas del poder público. Este principio encuentra un inequívoco reconocimiento en la jurisprudencia (v., por ej., ss. arbitrales en *Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en Perú*, 1901; CPJI, *Colonos alemanes en Polonia*, 1923; CIJ, *Inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la CDH*, 1999; *LaGrand*, 1999, que declara su carácter consuetudinario) y ha sido confirmado por la CDI (proyecto de arts., art. 4).

Conviene, sin embargo, desmenuzar el principio para comprender mejor su alcance:

1) Corresponde al Derecho interno concretar la estructura orgánica del Estado (CDI, proyecto de arts., art. 4.2). El principio de *auto-organización*, que se deduce de la soberanía, es un *prius* con el que se encuentra el Derecho Internacional. El Derecho interno designa las personas que han de actuar como órganos y agentes del Estado y determina su estatuto. Sólo excepcionalmente la cualidad de órgano del Estado proviene del Derecho Internacional: Jefe de Estado, jefe de

gobierno, ministro de relaciones exteriores, agentes diplomáticos, cuentan con un estatuto reconocido por normas internacionales, lo que simplifica los problemas de atribución (v. par. 158, 417).

2) Siendo *una* la responsabilidad del Estado (CIJ, *LaGrand*, 1999, 2001; *Avena*, 2004) *todos* los órganos pueden comprometerla, se trate o no de órganos encargados de las relaciones exteriores, pertenezcan a uno u otro poder (ejecutivo, legislativo y judicial) y sea cual sea el lugar que ocupen en la jerarquía orgánica, siempre que exista la posibilidad de que con su conducta contravengan una obligación internacional (proyecto de arts., art. 4.1).

En otro tiempo se sostuvo que el Estado era sólo responsable indirectamente de la conducta de los órganos a los que no competen en principio las relaciones exteriores. Pero esta opinión está hoy totalmente desacreditada. La responsabilidad internacional del Estado por hechos de órganos del poder ejecutivo y de la administración cuenta con un abundantísimo respaldo jurisprudencial.

En cuanto a los actos de los órganos del poder legislativo, la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró enfáticamente (*Intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, 1926) que las leyes nacionales son hechos que expresan la voluntad de los Estados y forman parte de sus actividades, igual que las decisiones judiciales o las medidas administrativas. Los comportamientos de los órganos legislativos potencialmente constitutivos de un ilícito internacional no tienen por qué consistir sólo en una acción, como sería la promulgación de una ley contraria a un tratado en vigor (siempre que el jefe del estado carezca de facultades para vetarla o devolverla a las Cámaras); también puede ser la consecuencia de una omisión (si, por ej., no adoptan la legislación exigida por un tratado en vigor). La responsabilidad del Estado por actos de sus órganos legislativos abarca los actos constitucionales (CPJI, *Trato de los nacionales polacos en Dantzig*, 1932).

También los órganos judiciales son capaces de involucrar la responsabilidad internacional del Estado. Su campo de acción más frecuente es el del trato a los extranjeros, la denegación de justicia *lato sensu*, que abarca: i) las decisiones directamente contrarias a un tratado o a una norma de carácter consuetudinario, como sucedería si un juez o tribunal —ignorando la inmunidad de jurisdicción penal de los agentes diplomáticos del Estado extranjero (v. par. 442)— sometiese a proceso y condenase a uno de ellos; ii) las decisiones judiciales de última instancia cuyo contenido viole el Derecho interno del foro flagrante e inexcusablemente, de mala fe y con intención discriminatoria (CPJI, *Lotus*, 1927); iii) la denegación de justicia *stricto sensu*, que a su vez comprende los casos en que se niega al extranjero el acceso a los tribunales, rechaza el juez estatuir o el procedimiento sufre injustificados retrasos (v., por ej., Comisión de Reclamaciones México-Reino Unido, *Oro Mining and Railway Co.*, 1931). El derecho a la tutela judicial efectiva se extiende hoy a los nacionales en virtud de las obligaciones asumidas por los Estados en los Convenios de Derechos Humanos (v., por ej., Convenio Europeo, 1950, art. 6, con base en el cual el TEDH ha declarado en

más de una ocasión la responsabilidad del Estado. Así, *Yagiz y otros c. Turquía*, 2005).

Asimismo ha sido desechada la opinión de que sólo las conductas de los órganos superiores son atribuibles al Estado, siéndolo las de los órganos inferiores sólo en cuanto han sido consentidas explícita o implícitamente por aquéllos (v., por ej., Comisión de Conciliación Franco-Italiana, *Dame Mossé*, 1953; Comisión de Conciliación Anglo-Italiana, *Currie*, 1954).

3) ¿Deben atribuirse al Estado los actos de los entes territoriales (Estados federados, *países*, *cantones*, comunidades autónomas en España) que cuentan con competencias propias en materias con evidente proyección internacional? La respuesta es en principio afirmativa. La práctica lo avala (v., por ej., Comisión de Reclamaciones franco-mexicana, *Pellat*, 1929; Comisión de Conciliación franco-italiana, *Herederos del Duque de Guisa*, 1951; CIJ, *LaGrand*, 1999). De acuerdo con esta jurisprudencia la CDI explicita que es *hecho del Estado* el comportamiento de todo órgano “tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado” (CDI, proyecto de arts., art. 4.1).

Cabe, no obstante, exonerar al Estado si la entidad territorial ejerce una capacidad para obligarse internacionalmente que le ha sido reconocida y la otra parte consiente en invocar la responsabilidad sólo contra dicha entidad. Ese mismo efecto puede provocarse mediante la inserción de una *cláusula federal* en un tratado (v. par. 258).

4) El ejercicio de las prerrogativas del poder público es siempre requisito *sine qua non* para que el Estado se haga responsable internacionalmente de un hecho. De ahí que se atribuyen al Estado los actos de organismos autónomos y corporaciones públicas o semipúblicas e, incluso, compañías privadas, si ejercen prerrogativas del poder público (CDI, proyecto de arts., art. 5).

Por la misma razón no son imputables al Estado los actos de los órganos y agentes estatales actuando como *particulares*. Sí que lo son, en cambio, los actos *ultra vires*, sobrepasando los límites dispuestos por el Derecho interno (CDI, proyecto de arts., art. 7). El asunto *Mallén* (1927) —resuelto por la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México— es un claro ejemplo tanto de la responsabilidad del Estado por los actos *ultra vires* de sus órganos como de la no atribución al mismo de los comportamientos realizados a título particular por quienes son sus titulares. En este caso México había presentado una reclamación ante Estados Unidos por la agresión sufrida por partida doble por el cónsul Mallén a manos de un policía estadounidense. En la primera ocasión —en la que el policía golpeó y amenazó con matar al cónsul— la Comisión entendió que se trataba de un comportamiento del policía como particular y, por lo tanto, no atribuible al Estado; en cambio, en la segunda el policía hirió gravemente y recluyó en la cárcel del condado a Mallén, por lo que la Comisión entendió que el policía había actuado oficialmente aunque de manera abusiva, concluyendo que su comportamiento era un hecho ilícito atribuible a Estados Unidos.

La CDI, al atribuir al Estado las conductas *ultra vires* de sus órganos y agentes sin excepción, incluso en el caso de que infrinjan manifiestamente el Derecho interno, cierra la vía a quienes pretendían limitar la responsabilidad a los hechos conformes con el Derecho interno, o con una competencia aparente.

Por la relevancia de la regla cabe mencionar que el Protocolo I (1977) adicional a los Convenios de Ginebra (1949), relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, establece que las Partes en conflicto serán responsables de “todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas” (art. 91) (v. par. 560).

El Estado no será responsable de los actos de sus órganos si se encuentran bajo la dirección y control efectivo de otro Estado u Organización Internacional o si actúan bajo coacción (CDI, proyecto de arts., arts. 17 y 18). Piénsese en Estados en situaciones de dependencia, protectorado, ocupación territorial o unión desigual. Aunque la CDI advierte que en el ámbito de esta regla no entran las relaciones de dependencia entre un territorio no autónomo y su potencia administradora, pues sólo se plantean las relaciones de dominación entre Estados, la regla bien puede valer también en ese caso.

299. *Hechos de los particulares*

Se consideran *hechos del Estado* los comportamientos de particulares cuando actúan *de facto* como un órgano del Estado. La CDI ha considerado cuatro situaciones que responden a este supuesto:

1) *la persona o grupo de personas que sigue instrucciones de los órganos del Estado* (proyecto de arts., art. 8). Así, la Corte Internacional de Justicia declaró a Estados Unidos responsable por la colocación de minas en puertos nicaragüenses realizada por particulares que seguían instrucciones de autoridades norteamericanas (*Nicaragua*, 1986). La privatización de la seguridad en nuestros días (los llamados *contratistas* de que se sirven el Pentágono de Estados Unidos y otros países que siguen su modelo) multiplicará estos casos.

2) *la persona o grupo de personas que actúa bajo la dirección o control de los órganos del Estado* (art. 8). Tratándose de la dirección y control por los órganos estatales de la actuación de particulares, la Corte Internacional de Justicia ha exigido la prueba convincente y completa del vínculo *efectivo* entre el Estado y el particular.

En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos* (1980) la Corte entendió que dicho vínculo existe sólo cuando un órgano del Estado ha ordenado o impuesto, en ejercicio de su autoridad sobre el particular, la comisión de un acto específico; en definitiva, cuando el particular ha seguido sus instrucciones. De ser así esta situación se identificaría con la expuesta *sub* 1.

En el caso *Nicaragua* (1986), la Corte se planteó —en relación con los actos de la *Contra*— el grado de control necesario para imputarlos a Estados Unidos, re-

afirmando el estándar del control *efectivo*. Aunque la Corte sostuvo que Estados Unidos era responsable de la planificación, dirección y apoyo proporcionado a la *Contra*, añadió que “no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que *los contras* actuaran por cuenta de los Estados Unidos”.

En un sentido divergente se pronunció la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en el asunto *Tadic* (1999). Para este Tribunal basta un control *general* del Estado sobre los particulares a los efectos de imputación. De ser así la imputación por *dirección y control* se distinguiría de la situación *sub 1*.

La divergencia de criterio podría explicarse porque el Tribunal Penal trata de establecer el carácter internacional de un conflicto a los efectos de la aplicación de las normas del Derecho Internacional humanitario en un supuesto de responsabilidad penal del individuo (v. par. 582), no de atribuir al Estado la responsabilidad internacional del hecho de los particulares, como la Corte, que se ha reafirmado posteriormente en su criterio del control *efectivo* (*Genocidio en Bosnia*, 2007) (v. par. 487).

La doctrina parece unánime en sostener, de acuerdo con este criterio, que la existencia de campos de entrenamiento de *Al-Qaeda* en Afganistán no basta para atribuirle el control sobre el grupo liderado por Osama Bin Laden y, por consiguiente, la responsabilidad de sus crímenes (v. par. 503). Otro caso, este discutido, es el de los *paramilitares* en Colombia cuya relación con las esferas gubernamentales se ha denunciado repetidas veces.

3) *la persona o grupo de personas que, por reclamarlo las circunstancias, ejerce de hecho atribuciones de poder público en ausencia o en defecto de autoridades oficiales* (art. 9). En esta situación podrían encontrarse, por ejemplo, los cazas recompensas (*bounty hunters*), reconocidos jurídicamente en algunos lugares (por ej. en el Estado de New Jersey); y,

4) *el comportamiento de particulares reconocido y adoptado por el Estado como propio* (art. 11). En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos* (1980) la Corte imputó a Irán la actuación de los *estudiantes islámicos* en la embajada estadounidense sólo a partir del momento en que las autoridades iraníes la aprobaron, decidiendo su continuación, lo que trajo como corolario su caracterización como hechos del Estado.

Fuera de las situaciones mencionadas los comportamientos de los particulares no son en sí mismos imputables al Estado a los efectos de deducir de ellos un ilícito que origina responsabilidad internacional. No obstante, el ilícito del Estado —y su responsabilidad internacional— pueden ser la consecuencia del incumplimiento por sus órganos de obligaciones que le incumben, como el deber general de mantener el orden, impedir que se cometan delitos y castigar a los delincuentes, obligaciones que operan frecuentemente en situaciones creadas por comportamientos de particulares. En estos casos el ilícito del Estado con-

siste en no haber desplegado la *diligencia debida* para impedir (y, en su caso, reprimir) tales comportamientos.

En el mismo asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos* (1980) la Corte sostuvo que en un primer momento, cuando los *estudiantes* islámicos irrumpieron y retuvieron *por su cuenta* al personal, sus actos no podían atribuirse al Estado, pero su responsabilidad podía deducirse de la inacción de las autoridades para prevenir y reprimir tales acontecimientos. También en *Actividades armadas en el Congo* (R.D. del Congo c. Uganda, 2005) la Corte ha subrayado la responsabilidad de Uganda en el territorio ocupado del Congo por defecto de la vigilancia requerida para prevenir la violación de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario por otros actores presentes en dicho territorio.

300. Hechos de movimientos insurreccionales

Un *movimiento insurreccional* se identifica con unas fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte del territorio de un Estado un control tal que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (CDI, proyecto de arts., comentario al art. 10, en relación con el art. 1.1 del Protocolo II, 1977, a los Convenios de Ginebra sobre protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales). Sería el caso, por ejemplo, de las FARC en Colombia.

Dada su organización y control territorial se considera que los hechos de los órganos del movimiento insurreccional han de atribuirse al mismo movimiento, dotado de una subjetividad efímera, y no al Estado bajo cuya soberanía o administración ese territorio formalmente se encuentra (s. arbitral en el asunto de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*, 1925).

Siendo generalmente el objetivo de un movimiento insurreccional reemplazar al gobierno que combate, establecer una nueva arquitectura constitucional o proveer a la separación del Estado, sus actos acabarán siendo atribuyéndose al Estado, si triunfa (Comisión de reclamaciones franco-mexicana, *Georges Pinson*, 1928). El fundamento se encuentra en la continuidad entre sus órganos y los del Estado una vez logrados sus objetivos (CDI, proyecto de arts., art. 10).

No ha de excluirse, por otro lado, que —constante la insurrección— la responsabilidad del Estado se deduzca —al igual que sucede con los actos de particulares— de la insatisfacción del estándar de *diligencia debida* en la prevención y represión de los actos del movimiento insurreccional (s. arbitral en el asunto *Aroa Mines*, 1903; Comisión de reclamaciones México-Reino Unido, *Reclamaciones por los daños sufridos por bombardeos en la ciudad de México*, 1930).

La presencia y actuación de un movimiento insurreccional a caballo de la frontera con otro Estado —que le sirve de *santuario*— puede verse también desde esta perspectiva. Su responsabilidad puede originarse por la falta de la *dili-*

gencia debida en la prevención y represión. Si, además, ampara al movimiento insurreccional, su conducta supondrá una violación del principio de no intervención (v. par. 48-51) y su responsabilidad tendrá consecuencias más graves. Así es como, en la década de los ochenta, el gobierno de El Salvador contemplaba la ayuda del gobierno de Nicaragua al *Frente Revolucionario Farabundo Martí* y así es como el gobierno de Nicaragua contemplaba la ayuda de los gobiernos de Costa Rica y de Honduras a la *Contra* nicaragüense.

301. Hechos de los órganos de otros Estados y Organizaciones internacionales

Los actos de un Estado o de una Organización Internacional no son atribuibles a otro Estado por el mero hecho de que hayan tenido lugar en su territorio. Son abundantes los ejemplos que la práctica internacional ofrece: piénsese en los agentes diplomáticos y consulares o en las bases militares establecidas en otro país. Las Organizaciones Internacionales tienen su sede y actúan habitualmente en el territorio de Estados con lo que suelen firmar acuerdos donde se incluyen cláusulas de no atribución al Estado de los ilícitos en que pueden incurrir los órganos de las Organizaciones (v. par. 322).

No obstante, un Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por ilícitos de otros (Estados y OI): 1) cuando habiendo ocurrido en territorio bajo su jurisdicción no ha sabido o no ha querido prevenirlos y reprimirlos con la *diligencia debida* (esto es particularmente interesante en los casos en que el Estado o la Organización desarrolla una actividad *sucia* tolerada por las autoridades locales); 2) cuando el órgano u órganos del Estado o de la Organización Internacional concernidos se ponen a su disposición para actuar bajo su exclusiva dirección y control (CDI, proyecto de arts., art. 6); y, 3) cuando un Estado es *cómplice*, presta deliberadamente ayuda y asistencia a otro en la comisión de un ilícito (proyecto de arts., art. 16). Así, por ejemplo, si Reino Unido presta sus bases aéreas para que Estados Unidos lance desde ellas una misión de bombardeo sobre Libia (como ocurrió en abril de 1986), será responsable, no del ataque (presuntamente una represalia armada, prohibida por el Derecho Internacional, v. par. 333, 335, 338), pero sí del apoyo logístico para que se perpetre.

302. El elemento objetivo: la violación de la obligación internacional

La comisión de un hecho internacionalmente ilícito —supuesto generador de la responsabilidad internacional de un Estado— resulta de la violación de una obligación internacional (CPJI, *Chorzów*, 1927); CIJ, *Nicaragua*, 1986).

La expresión *violación de una obligación internacional* es muy comprensiva, pues la obligación puede deducirse de una norma (consuetudinaria), pero también de las disposiciones de un tratado, o ser el fruto de un acto unilateral del propio Estado, de la decisión de un tribunal o de un órgano de una Organización

Internacional. El origen o fuente de la obligación es irrelevante, siempre que la prescriba el Derecho Internacional (CDI, proyecto de arts., art. 12).

Es también irrelevante —a salvo lo que se dirá en el epígrafe siguiente— la naturaleza de la obligación violada (CIJ, *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997). Tanto da que sea una obligación que impone un comportamiento (por ej., el paso en superficie de un submarino por el mar territorial de otro Estado), como una obligación que exige un resultado (la norma consuetudinaria que obliga a un Estado al arresto y castigo de las personas que en su territorio han asaltado a un diplomático de otro país), o la obligación de prevenir un hecho (la norma consuetudinaria que obliga a los Estados a impedir la formación en su territorio de movimientos cuyo objetivo es la subversión del país vecino).

Por otro lado, cualquier acto de un Estado incompatible con una obligación internacional será ilícito cualesquiera que hayan sido los medios utilizados (CIJ, *Plataformas petrolíferas*, 1996).

No se origina responsabilidad, por no haber violación de obligaciones internacionales, cuando se lesionan meros *intereses* de un Estado, que no *derechos*, pues como advirtió la Corte Internacional de Justicia (*Barcelona Traction*, 1970) sólo un derecho lesionado hace nacer la responsabilidad del infractor. De ahí que el incumplimiento de un acuerdo *no normativo* sea ajeno al mundo de la responsabilidad, siendo de índole *política* las obligaciones que originan (v. par. 125).

303. La violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas

A mediados de los setenta Roberto Ago, entonces relator de la CDI, propuso —y la Comisión aceptó— distinguir entre dos tipos de ilícito, el *delito* y el *crimen* internacional, atendiendo a la importancia de la obligación violada, y deduciendo de la distinción un régimen diferenciado. En 1996 este planteamiento seguía inspirando el proyecto de artículos de la Comisión (art. 19).

Si el *delito* es el ilícito ordinario (por ej., la infracción de la obligación de autorizar la entrada de un determinado contingente de mercaderías consentida en un tratado comercial) que origina una relación bilateral de responsabilidad entre el sujeto infractor y el sujeto lesionado, el *crimen* internacional era definido (art. 19.2) como el hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que se reconoce como crimen por esa comunidad en su conjunto.

A guisa de ejemplo la Comisión ofrecía (art. 19.3 del proyecto) una relación de supuestos constitutivos de *crímenes*. Las obligaciones violadas afectaban al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a la libre determinación de los pueblos, a la salvaguardia del ser humano (como las que prohíben el genocidio, la esclavitud y el *apartheid*), a la protección del medio humano (como

las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares), obligaciones todas que derivaban de normas imperativas (*ius cogens*) del Derecho Internacional cuya infracción trascendía la relación entre autor y víctima (v. par. 145-149).

Si la enumeración de *crímenes* incluidos en el artículo 19.3 del proyecto era, a todas luces, una relación abierta, la misma definición proponía que es *crimen* internacional lo que *la comunidad internacional en su conjunto* entiende por tal. Así la potestad de designar qué es y qué no un crimen se reconoce a quien también dispone de la prerrogativa de identificación de las normas de Derecho imperativo (art. 53.2 de la CV sobre Derecho de los Tratados, 1969).

La cuestión resultó muy polémica por la dificultad de avanzar en la articulación del régimen (y fundamentalmente sobre las consecuencias) del *crimen* y su relación con las competencias del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Las grandes potencias (occidentales) aspiraban a tenerlo todo *atado y bien atado* y se opusieron ferozmente a una completa regulación de los *crímenes de Estado*, con procedimientos colectivos para la determinación de la responsabilidad criminal y consecuencias fuertes (imposición de *sanciones*, v. par. 334).

Como conclusión del arduo debate el *crimen* desapareció *eo nomine* del proyecto definitivo (2001), sustituido por la *violación grave de obligaciones contraídas en virtud de normas imperativas del Derecho Internacional general* (art. 40); pero tal vez, en el fondo, todo quedó en una rebaja terminológica. La Comisión ha optado ahora por omitir una lista indicativa de supuestos en el articulado del proyecto, desplazándola al comentario: la agresión (CIJ, *Nicaragua*, 1986); la prohibición de la tortura (refrendada por decisiones de tribunales internacionales e internos, por ej., Cámara de los Lores, *R. V. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte* (Nº 3), 1999); las normas básicas del Derecho Internacional humanitario aplicables a los conflictos armados (CIJ, *Armas nucleares*, 1996); la obligación de respetar el derecho a la libre determinación (CIJ, *Timor Oriental*, 1995).

Pero no toda violación de normas imperativas origina esta responsabilidad cualificada. La violación ha de ser *grave*, esto es, ha de implicar el incumplimiento “flagrante o sistemático” de la obligación (art. 40.2). La Comisión nos ilumina acerca de estos términos en su comentario. *Sistemática* es toda violación que se lleva a cabo de manera organizada y deliberada; mientras que *flagrante* se refiere a la intensidad de la violación o sus efectos.

304. El elemento temporal: una obligación internacional en vigor cuando se produce el hecho

Para que un hecho atribuido al Estado se considere *ilícito* la obligación infringida debe estar vigente en el momento en que se produce ese hecho. Esta

regla que parece obvia encontró una formulación muy celebrada en el *dictum* del árbitro Max Huber en el asunto de la *Isla de Palmas* (1928), cuando sostuvo que un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del Derecho de la época y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho. La CDI lo confirma sin excepción (proyecto de arts., art. 13). La Comisión entiende que la regla se aplica a todas las obligaciones, sea cuál sea su naturaleza, y niega una asunción retroactiva de responsabilidad apoyada en el art. 71.2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Asimismo, descartó la propuesta (asumida en el proyecto de 1996) según la cual no puede hacerse responsable a un Estado de un hecho que, aunque no conforme con una obligación internacional en el momento en que se cometió, resulta no ya lícito, sino obligatorio en virtud de una norma de *ius cogens* posterior.

305. *Hechos instantáneos, de carácter continuo y compuestos*

Precisar el momento en que se produce la violación de la obligación, así como su duración, es decisivo para establecer cuándo se contrae la responsabilidad internacional, cual es —entre sus consecuencias— el papel de la *cesación* del ilícito (v. par. 314) e, incluso, la competencia *ratione temporis* de un tribunal internacional, en el caso de que las partes hayan optado por el arreglo arbitral o judicial de la controversia.

Así, en *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) la Corte Internacional de Justicia entendió que la construcción por Eslovaquia en su propio territorio de una obra para el aprovechamiento hidroeléctrico de las aguas del Danubio no era en sí misma ilícita; lo ilícito era ponerla en funcionamiento unilateralmente, desviando entre un ochenta y un noventa por ciento de las aguas, sin consentimiento de Hungría, dadas las características del sistema de explotación conjunta concebido por el tratado de 1977 y con independencia de su incumplimiento por este país. La Corte distinguió pues entre los actos preparatorios (que excluyó) del hecho ilícito y el hecho ilícito, lo que una minoría disidente consideró artificioso.

La CDI (proyecto de arts., arts. 14 y 15) distingue entre el hecho *que no tenga carácter continuo* (al que llamaremos *instantáneo*), el hecho *que tiene carácter continuo* y el hecho *compuesto*. Un hecho *instantáneo* puede, a su vez, desdoblarse en un hecho *consumado* (cuando sus efectos se han agotado) y un hecho *de efectos continuados* (cuando perduran más allá del hecho mismo).

Tratándose de un hecho *consumado* (por ej., el hundimiento de un buque neutral o el derribo de una aeronave) el establecimiento del *tempus commissi delicti* no ha de revestir dificultad.

La distinción entre un *hecho instantáneo de efectos continuados* y un *hecho de carácter continuo* puede ser más problemática. Como ejemplo del primero se menciona la confiscación de un inmueble sede de una misión diplomática. La ocupación, en cambio, de esa misma misión y el arresto de su personal po-

dría considerarse como un ilícito de carácter continuo (recuérdese el asunto del *Personal diplomático y consular de Estados Unidos*, 1980). En el primer caso el *tempus commissi delicti* coincide con el momento del hecho y la cesación de sus efectos continuados puede ligarse a la exigencia de la responsabilidad. En el segundo el ilícito se origina cuando se reúnen los elementos constitutivos de la infracción y dura mientras persisten. En esta circunstancia la cesación del ilícito está ligada a la misma consumación del hecho y no a la exigencia de responsabilidad.

Por último, un hecho ilícito *compuesto* es el que se deduce de una serie de acciones o/y omisiones definida en su conjunto como ilícita. La CDI lo ejemplifica con la infracción de la obligación, incluida en un tratado, que prohíbe toda práctica discriminatoria de los nacionales de otro Estado en el acceso a una determinada profesión. Una primera negativa no implicaría una práctica discriminatoria; una reiteración de las mismas, sí. Para la Comisión el ilícito tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás, constituye el ilícito. De ser así el ilícito se extenderá desde la primera acción u omisión de la serie hasta que las acciones u omisiones infractoras cesan. Si nos atenemos al ejemplo presentado ha de concluirse que la regla o incluso la noción del hecho *compuesto* no permite establecer con claridad el momento de la violación sin recurrir a la interpretación de la obligación primaria violada.

LXX. LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

306. Consideraciones generales

Hay casos en que la conducta de un Estado supone *prima facie* la violación de una obligación internacional y, sin embargo, por la concurrencia de determinadas circunstancias, se excluye que el comportamiento haya sido ilícito y, por tanto, origine responsabilidad.

Aunque se debate sobre el número, contenido e, incluso, terminología de estas circunstancias, la CDI (proyecto de arts., arts. 20 a 25) propone como tales el *consentimiento* (del estado lesionado), la *legítima defensa*, las *contramedidas*, la *fuerza mayor*, el *peligro extremo* y el *estado de necesidad*. Las enumeradas son la expresión del Derecho Internacional general preexistente, que puede ser desarrollado por la práctica de los Estados. Además, cabe introducir mediante tratado otras circunstancias excluyentes de ilicitud en ámbitos particulares de regulación (art. 55).

La concurrencia de una de estas circunstancias —conviene subrayarlo— no anula ni da por terminada la obligación, limitándose a justificar su incumplimiento mientras está presente. Desaparecida la circunstancia el cumplimiento de la obligación es, de nuevo, exigible (art. 27, *a*). En *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) la Corte Internacional de Justicia rechazó la argumentación de Hungría

de que el *estado de necesidad* había tenido por efecto la anulación de las obligaciones derivadas del tratado con Checoslovaquia (1977).

Ha de insistirse, por otro lado, en que las circunstancias mencionadas actúan sobre el ilícito, excluyéndolo, y no sólo sobre su consecuencia, la responsabilidad. Con este planteamiento se mantiene firme el principio de que la responsabilidad internacional es una consecuencia necesaria e inevitable de todo hecho ilícito.

La Comisión ha incluido en el proyecto de artículos una disposición que deja a salvo la cuestión de “la indemnización de cualquier pérdida efectiva” causada por el hecho cuya ilicitud ha sido excluida (art. 27, *b*). Esta previsión es particularmente pertinente respecto de tres de las circunstancias enumeradas —la *fuerza mayor*, el *peligro extremo* y el *estado de necesidad*— que operan sin que el sujeto que sufre un daño haya tenido arte ni parte en la situación que origina la excepcionalmente lícita infracción objetiva de una obligación internacional. En *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) Hungría reconoció que, aún invocando el *estado de necesidad*, tenía que hacer frente a la obligación de indemnizar a sus socios. Se trata de la aplicación de la regla según la cual los Estados deben hacer frente a las consecuencias perjudiciales de hechos no prohibidos.

Finalmente, para todas las circunstancias juega un límite obvio: el cumplimiento de las normas imperativas de Derecho Internacional general. Ninguna circunstancia excluye la ilicitud de un hecho que no se conforma con una obligación que emana de una de estas normas (proyecto de arts., art. 26). En *Genocidio en Bosnia* (1996), y refiriéndose a las *contramedidas*, la Corte Internacional de Justicia señaló que en ningún caso una violación de la Convención para la prevención y la represión del delito de Genocidio (1948) podía servir de excusa para responder con otra violación. Opinar lo contrario sería colocar una carga de dinamita sobre el propio concepto de norma imperativa. No obstante, hay casos menos pacíficos, sobre todo cuando la circunstancia excluyente de la ilicitud busca la sombra de otra norma imperativa. En este sentido ha podido invocarse el *peligro extremo* o el *estado de necesidad* para justificar la persecución *en caliente* más allá de las fronteras del Estado de una banda armada o una intervención cuyo fin es salvaguardar la vida de personas en peligro (v. par. 506, 508).

307. *El consentimiento del Estado lesionado*

¿Es aplicable la regla *volenti non fit injuria*? A la luz de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional puede decirse que sí. El consentimiento de quien tiene derecho a la observancia de una obligación internacional específica excluye la ilicitud del hecho de un Estado que la infringe.

Sin embargo, la consagración de este principio por la CDI (proyecto de arts., art. 20) distó mucho de ser pacífica, dado el carácter altamente político de las situaciones en que puede aducirse esta circunstancia. Sería fácil para algunos Estados acogerse a ella para excluir la ilicitud de sus comportamientos, una vez que sus testaferros han obtenido el control de los órganos de gobierno del Estado

lesionado por sus actos. La práctica suministra multitud de ejemplos: pensemos en la entrada de tropas extranjeras sobre territorio de un Estado, que normalmente debe ser considerada como una seria violación de la soberanía de aquél o incluso un acto de agresión. De ahí que las cautelas deben jugar, estando además como estamos en presencia de situaciones excepcionales, a la hora de fijar límites y condiciones al consentimiento del Estado lesionado como circunstancia excluyente de ilicitud.

A tal efecto el consentimiento debe ser: 1) real; 2) válido en Derecho Internacional; 3) atribuible internacionalmente al Estado; 4) anterior a la comisión del acto cuya ilicitud pretende excluir; y, 5) continuado.

1) El consentimiento, real, puede ser implícito, con tal de que sea indudable. La validez del consentimiento implícito no ha de extenderse, sin embargo, a los supuestos del uso de la fuerza por un Estado en el territorio de otro. Aunque el proyecto de la Comisión no hace distinciones, esos casos incurrirán normalmente en el ámbito material de otra circunstancia excluyente de la ilicitud —la legítima defensa colectiva (proyecto de arts., art. 21) (v. par. 308)— cuya petición ha de ser expresa. Ha de descartarse en todo caso un consentimiento presunto. El consentimiento que ha de presumirse simplemente no existe.

2) Debemos estar ante una expresión válida de la voluntad del Estado. Sostiene la Comisión que las reglas sobre la validez de los tratados (v. par. 220-223) encuentran aquí, en tanto que principios generales, una aplicación analógica.

3) El consentimiento debe ser atribuible internacionalmente al Estado, es decir, debe provenir de órgano que al efecto pueda expresar su voluntad. En la práctica internacional y en relación con este requisito se han cuestionado consentimientos otorgados por gobiernos cuya legitimidad se discutía (v. par. 29), o la validez de consentimientos expresados en infracción de disposiciones esenciales de Derecho interno (v. par. 221).

4) El consentimiento debe ser prestado con anterioridad a la comisión del acto cuya ilicitud ha de excluir. Un consentimiento posterior sólo implicará la renuncia a hacer valer la responsabilidad, sin excluir la ilicitud del comportamiento que la origina.

5) Decir que el consentimiento ha de ser continuado es decir que puede ser modificado y revocado en cualquier momento, desapareciendo la cobertura que daba a hechos en otro caso ilícitos (CIJ, *Actividades armadas en el Congo*, RD del Congo c. Uganda, 2005).

El consentimiento, por lo demás, excluye la ilicitud de un comportamiento que discurre “dentro de los límites del consentimiento” (CDI, proyecto de arts., art. 20). Por ejemplo, si un Estado admite el sobrevuelo de su espacio aéreo por aeronaves comerciales de otro Estado, tal consentimiento no debe entenderse automáticamente extendido al sobrevuelo de aeronaves militares.

308. *La legítima defensa*

Se excluye la ilicitud de un acto que constituye una medida de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de Naciones Unidas. La CDI ha formulado de manera genérica la circunstancia (proyecto de arts., art. 21), sin profundizar en su definición, en la determinación de sus límites, en su conexión con el sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas. La Comisión ha huido de los serios peligros de una tentativa de codificación de la legítima defensa que hubiera obligado a abordar en el marco de la responsabilidad internacional cuestiones muy controvertidas que consideraremos más adelante (v. par. 496-502).

309. *Las contramedidas*

La ilicitud de un hecho queda excluida si constituye una *contramedida* contra otro Estado (CDI, proyecto de arts., art. 22). Bajo este término se esconden las tradicionales *represalias*, la clásica respuesta del estado lesionado frente al hecho ilícito de otro, que ha infringido sus derechos (v. par. 333). Quedan fuera: 1) las *retorsiones* (v. par. 332), medidas inamistosas que en sí mismas no suponen ilícito, pues no vulneran obligación internacional alguna (por ej. la ruptura de relaciones diplomáticas, una vez que el DI consagra la discrecionalidad de los Estados en cuanto al establecimiento o al mantenimiento de ese tipo de relaciones); y 2) las *sanciones* (v. par. 334) decididas por una Organización Internacional contra uno de sus países miembros (por ej., las medidas económicas decididas por el C. de S. contra Irak tras su invasión de Kuwait, res. 661, de 1990, v. par. 515).

El recurso legítimo a las *contramedidas* pasa por el cumplimiento de una serie de requisitos (CDI, proyecto de arts., arts. 49-54). Ahora bien, en tanto las *contramedidas* operan en el ámbito de la *aplicación coactiva* del Derecho Internacional, las estudiaremos más detenidamente al ocuparnos de este punto (v. par. 335-341).

310. *La fuerza mayor*

Bajo la rúbrica de *fuerza mayor* el proyecto de artículos de la CDI (art. 23) recoge en realidad dos supuestos (la fuerza irresistible o *fuerza mayor propiamente dicha*, y el *caso fortuito*, el acontecimiento imprevisto), ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible cumplir con la obligación.

La distinción carece de consecuencias, al ser objeto ambos supuestos de una regulación única, que se caracteriza por la existencia de una relación de causalidad entre la circunstancia excluyente de la ilicitud y el incumplimiento de la obligación.

No se podrá invocar fuerza mayor cuando la circunstancia se deba, en sí misma o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado, o cuando éste haya asumido el riesgo de que se produzca (art. 23.2).

311. *El peligro extremo*

Un Estado está en esta situación de *peligro extremo* cuando el órgano o agente que adopta un comportamiento en principio ilícito no tiene razonablemente en ese momento otro medio de salvarse o salvar a las personas a su cargo (CDI, proyecto de arts., art. 24)

A diferencia de la *fuerza mayor* en caso de *peligro extremo* el órgano o agente estatal podría optar por respetar la obligación internacional en lugar de infringirla; pero el Derecho Internacional no impone las actitudes heroicas.

A su vez, a diferencia de lo que sucede con el *estado de necesidad*, el *peligro extremo* no amenaza al propio Estado, a su supervivencia, sino a la de la persona que adopta el comportamiento ilícito y personas que de ella dependen.

El *peligro extremo* no opera como circunstancia excluyente de la ilicitud de un hecho: 1) si el Estado que lo invoca ha contribuido, intencionalmente o por negligencia, a crear la situación de peligro; y 2) si es probable que el comportamiento cree un peligro comparable o mayor al que se quiere evitar, debiendo ser el interés sacrificado de menor rango que el que se pretende proteger (art. 24.2).

312. *El estado de necesidad*

La formulación del *estado de necesidad* (CDI, proyecto de arts., art. 25), punto final de un proceso muy controvertido por la hostilidad que suscitaba tanto entre Estados como en medios doctrinales, se destaca de las otras circunstancias excluyentes de ilicitud por haberse redactado *en negativo* para realzar su carácter restrictivo, su excepcionalidad.

Para que un Estado pueda invocar eficazmente el *estado de necesidad* han de concurrir los siguientes requisitos: 1) un peligro grave e inminente; 2) que amenace con dañar un interés esencial del Estado (su existencia, su independencia, su integridad territorial, la salvaguarda de su población o del medio natural); 3) no provocado por éste; 4) que sólo puede atajarse mediante una conducta contraria a una obligación internacional; y 5) que no afecte, a su vez, a un interés esencial, sea del Estado o Estados con los que se tiene la obligación, sea de la comunidad internacional en su conjunto.

Para una mejor comprensión del juego de esta circunstancia cabe recordar el incidente del *Torrey Canyon*. Este petrolero de bandera liberiana, con un cargo de ciento diecisiete mil toneladas de crudo, encalló el 18 de marzo de 1967 cerca de Cornualles, aunque fuera del mar territorial británico. Al abrirse una vía de agua en su casco se produjo un impresionante vertido de crudo. Fracasados los intentos de reflotar el buque, que llegó a partirse en tres pedazos amenazantes para las costas y la población ribereña, el Reino Unido optó por bombardearlo, tras el abandono implícito de los restos por el propietario.

En *Gabcíkovo-Nagymaros* (1997) la Corte Internacional de Justicia, aun rechazando el *estado de necesidad* invocado por Hungría, aceptó expresamente la figura y las condiciones para su invocación tal y como sostenía la CDI, reafirmando su carácter consuetudinario. Asimismo, en el asunto del *Muro* (2004) la Corte desecha en el caso concreto un *estado de necesidad*, en particular porque no cree que el trazado elegido del muro sea la única forma de salvar a Israel de un daño inminente.

Uno de los principales problemas que plantea el *estado de necesidad* es su distinción de la *fuerza mayor* o el *peligro extremo*, pues tanto la práctica como la jurisprudencia abundan a menudo en la confusión. En la *fuerza mayor* no se da el carácter deliberado o voluntario del comportamiento del Estado que concurre en el *estado de necesidad*. Y algo similar puede decirse del *peligro extremo*, puesto que aunque en esta circunstancia el Estado no se ve forzado fatalmente a infringir el Derecho Internacional, su posibilidad de elegir entre el respeto de la obligación internacional y su infracción es más teórica que real; amén de que en el *estado de necesidad* el *peligro extremo* afecta al mismo Estado.

Un Estado no podrá ampararse en el *estado de necesidad*: 1) cuando la obligación de que se trate excluya la posibilidad de invocarlo; y 2) cuando el Estado ha contribuido a que se produzca (art. 25.2). Uno de los campos naturales de la primera excepción es el Derecho Internacional humanitario, porque precisamente las normas que componen el *ius in bello* encuentran su base en el consentimiento de los Estados para abstenerse de ciertos actos en caso de guerra (v. tema 24). La segunda excepción es, justamente la que, según la Corte Internacional de Justicia, impedía a Hungría a invocar el *estado de necesidad* (*Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997) al haber “ayudado, por acción u omisión a provocar” tal situación.

En tiempos recientes el debate en sede jurisdiccional sobre el estado de necesidad se está desarrollando en el ámbito de los contenciosos entre inversionistas extranjeros y Estados cuyos gobiernos se ven impelidos a adoptar decisiones económicas en situaciones de crisis y fuerte desasosiego social que se llevan mal con los postulados neoliberales que han alimentado las formulaciones de los APPRI (v. par.352).

LXXI. LAS CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO: LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

313. Consideraciones generales

El Estado responsable del hecho ilícito está obligado a: 1) ponerle fin (si el hecho continúa); 2) reparar íntegramente el perjuicio causado; y 3) ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición (si las circunstancias lo exigen) (CDI, proyecto de arts., arts. 30 y 31). Un Estado no puede escudarse en su

Derecho interno para justificar el incumplimiento de estas obligaciones (art. 32) de la misma forma que la invocación del Derecho interno no ampara la inobservancia de un tratado (v. par. 247, 289).

Las obligaciones deducidas del hecho ilícito no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada (art. 29). Tratándose de obligaciones emanadas de normas imperativas esta afirmación tiene valor absoluto. No siendo así, conviene advertir que, bajo determinadas circunstancias, la aplicación de las normas reguladoras de la terminación y suspensión de los tratados en casos de violación puede conducir a la terminación o suspensión de la obligación primaria violada (v. par. 232, 237).

La naturaleza y contenido de la obligación (primaria) violada y las circunstancias de la violación determinan que las obligaciones (secundarias) recién enunciadas existan respecto de un Estado, de varios Estados o de la comunidad internacional en su conjunto (art. 33.1).

314. *La cesación del ilícito*

El Estado cuyo comportamiento es ilícito está obligado a desistir del mismo, a ponerle fin. Esta obligación surge únicamente, como es lógico, en relación con los hechos ilícitos de carácter continuado (CDI, proyecto de arts., art. 30.a). Así, Bélgica estaba obligada a anular la orden de detención, que la Corte Internacional de Justicia consideraba contraria al Derecho Internacional, del antiguo ministro de relaciones exteriores de la RD del Congo, Abdulaye Yerodia Ndombasi (*Orden de arresto*, 2002). En cambio, en el asunto *Pasteras en el río Uruguay* (2010), “habiendo tenido lugar en el pasado y terminado la inobservancia por Uruguay de las obligaciones de naturaleza procesal, no ha(bía) lugar a ordenar su cesación”, declara la Corte.

El término *cesación* puede ser equívoco, en la medida en que tratándose de “omisiones continuadas” la *cesación*, como advierte J. Barboza, no puede ser sino el cumplimiento de la *prestación* debida; *cesar* es *hacer*.

La consideración de la cesación del ilícito de carácter continuado como una obligación deducida de la responsabilidad ha sido objetada desde distintos ángulos: 1) la cesación del ilícito se confunde con la continuidad de la obligación primaria incumplida; 2) la cesación del ilícito se confunde con la reparación cuando ésta se concreta en una restitución (*restitutio in integrum*). Así puede suceder, en particular, en el caso de los ilícitos que consisten en la detención de personas (CIJ, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1980).

315. *La reparación*

El término *reparación* se utiliza en sentido amplio para referirse a todas las medidas que el Estado autor del ilícito debe adoptar para cancelar todas sus

consecuencias. “El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito” (CDI, proyecto de arts., art. 31.1).

El perjuicio comprende “todo daño, tanto material como moral” (art. 31.2). El perjuicio o daño —recordemos— no es un elemento del hecho ilícito, a menos que la obligación primaria lo introduzca en su estructura como una parte indisoluble de su relato normativo (v. par. 297).

La Comisión concreta los daños materiales en los producidos en los bienes u otros intereses de los Estados o de sus nacionales que puedan cuantificarse en términos financieros. Así, en su opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un *Muro* en el territorio palestino ocupado (2004), la Corte Internacional de Justicia se refiere a los daños producidos por Israel en las propiedades de particulares despojados de sus “tierras, huertos, olivares y demás bienes inmuebles”.

En cuanto al daño moral, la Comisión advierte que puede deducirse del dolor y sufrimiento individual, la pérdida de personas queridas o la ofensa personal asociada con la intrusión en el hogar o la vida privada. Pero también los Estados son susceptibles de sufrir daños morales (CIJ, *Orden de arresto*, 2002).

316. Modalidades de la reparación

Según indicaba la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Chorzow*, 1928) el Estado infractor debía proceder a la restitución (*restitutio in integrum*) o, en su defecto, al pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución, más el abono, en su caso, de una indemnización por los daños o perjuicios por las pérdidas no cubiertas por la restitución o por el pago que la sustituya. A estas modalidades de la reparación ha de añadirse la *satisfacción*. En ese sentido el proyecto de artículos de la CDI señala que la reparación íntegra del perjuicio causado adoptará “la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada” (art. 34).

Parece existir consenso en la práctica, jurisprudencia y doctrina internacionales que el medio primero y natural de obtener la reparación es la restitución, teniendo las otras modalidades una función subsidiaria y complementaria. Así se desprende de la fórmula *canónica* de la Corte de La Haya y de las normas propuestas por la Comisión (proyecto de arts., arts. 35-37). No obstante, cabe que el Estado lesionado solicite directamente una indemnización (como hizo Bélgica en el asunto *Barcelona Traction*, 1970, sin que España lo cuestionara) o una satisfacción. Obviamente si el Estado presuntamente infractor discrepa la controversia se enriquecerá con un nuevo punto que habrá de resolverse por los medios de arreglo consentidos por las partes.

Consideremos cada una de las modalidades de la reparación:

1) La **restitución** (*restitutio in integrum*) supone la forma más completa de reparación, pues conduce al restablecimiento de la situación que existía antes

de la comisión del hecho ilícito (*statu quo ante*). Su contenido material puede ser muy variado y, como ya hemos señalado (v. par. 314), cabe su confusión con la cesación del ilícito cuando éste tiene carácter continuado. Se restituyen personas, naves, mercaderías, obras de arte, documentos, derechos; se reponen leyes...

Así, en el asunto del *Templo* (1962) la Corte Internacional de Justicia decidió que Tailandia estaba obligada a devolver a Camboya ciertos objetos que las autoridades tailandesas habían retirado del templo de Préah Vihéar. En el asunto del *Muro* (2004) la Corte concluye que Israel ha de eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que verosímilmente habría existido de no mediar tal acto, lo que tiene una dimensión de restitución física (desmantelar inmediatamente las partes del muro construidas en territorio palestino) y jurídica (abrogar y privar de efectos a las leyes y reglamentos asociados a dicha construcción, a menos que sean pertinentes a fines de reparación).

No obstante haberse detectado abundantes casos de restitución, no es esta modalidad de reparación la que prima en la práctica internacional. Ello se debe a diferentes factores: a) Imposibilidad material; b) imposibilidad jurídica, que puede ser reconocida en tratados de arreglo pacífico de controversias (como el art. 32 del *Acta General*, 1928); c) acuerdo, incluso tácito, de los Estados interesados.

En el proyecto de artículos de la CDI se especifica (art. 35) que el Estado responsable está obligado a la restitución siempre que no sea materialmente imposible o no entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución. La jurisprudencia avala esta regla (CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros*, 1997; *Muro*, 2004; *Genocidio en Bosnia*, 2007).

En el asunto *Pasteras en el río Uruguay* (2010) la Corte, inspirándose en *Avena* (2004), ha precisado que la restitución, como cualquier otra forma de reparación, ha de ser “apropiada al perjuicio sufrido, habida cuenta de la naturaleza del hecho ilícito que lo origina”. De esta manera se ha distanciado de una prioridad mecánica de la restitución cuando es posible y ha moderado el parámetro de la desproporción entre coste y beneficio. En el caso en cuestión, frente a la solicitud argentina de desmantelamiento de la pastera en funcionamiento en Uruguay, la Corte estima que una medida así “no sería una forma de reparación apropiada a la violación de obligaciones de naturaleza procesal” en que se concreta el ilícito del demandado.

2) Si la *restitución* restablece la situación anterior al hecho ilícito, la **indemnización** aspira a compensar la situación que, verosímilmente, habría existido si el hecho ilícito no se hubiese cometido. La indemnización es la forma de reparación más frecuente en la práctica. Usualmente tiene carácter pecuniario —de ahí la denominación que le atribuye la Comisión (proyecto de arts., arts. 34 y 36)— pero nada impide que se realice en especie. Un ejemplo de esto último fue la entrega a España por Portugal de obras de arte para sustituir a las que desaparecieron de la Embajada española en Lisboa, asaltada en 1975 en el contexto

de manifestaciones de protesta por la ejecución en España de cinco presos del FRAP y ETA.

Son daños indemnizables los causados directamente al Estado y a sus nacionales por el hecho ilícito. Los daños deben presentar un nexo o relación de causalidad con el hecho ilícito. La indemnización abarca los daños materiales causados directamente al Estado, su territorio, su organización, sus bienes doquier se encuentren, locales diplomáticos, buques,..., así como los daños indirectos, esto es, los daños materiales y morales que sufren sus nacionales. El proyecto de artículos de la CDI dispone que la indemnización ha de cubrir “todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado” (art. 36.2). Dentro de la visión monetarista que preside la reparación por equivalencia se prevé el abono de intereses sobre toda la suma adeudada desde la fecha en que debió pagarse la suma principal y hasta que el pago se haga efectivo, fijándose la tasa de interés y el modo de cálculo de manera que se asegure una reparación *íntegra* (art. 38).

Es en este momento de las reparaciones indemnizatorias cuando adquieren relevancia —influyendo sobre la cuantía de la indemnización— la forma en que el Estado lesionado —o sus nacionales— ha contribuido a causar el daño o a agravarlo. Para determinar la reparación “se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación” (CDI, proyecto de arts., art. 39).

3) Aunque el término ha sido ocasionalmente utilizado de manera impropia, para referirse a la indemnización pecuniaria por daños morales infligidos a particulares, la **satisfacción** consiste en el remedio jurídico normal del daño moral, inmaterial y no pecuniario causado directamente a un Estado (CDI, proyecto de arts., arts. 34 y 37). Funcionalmente, tal y como se desprende de la práctica diplomática y de la jurisprudencia internacional, la satisfacción es una forma de reparación cuasi-retributiva, más que compensatoria, presentándose a veces en conjunción con la indemnización o, incluso, subsumida o confundida con ella.

La Comisión constata el carácter abierto de las formas de la *satisfacción* cuando se refiere al “reconocimiento de la violación, expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada” (proyecto de arts., art. 37.2). Las más comunes, de acuerdo con la práctica diplomática, son: a) las disculpas presentadas por el Estado infractor al lesionado; en el asunto *LaGrand* (2001) la Corte Internacional de Justicia entendió que no eran suficientes; b) el castigo de las personas responsables; en el caso de la muerte en Palestina en 1948 del conde Bernadotte, que estaba al servicio de las Naciones Unidas, de Israel se exigió no sólo la presentación de disculpas y el pago de una indemnización, sino también el castigo de los responsables; c) la constatación de la ilicitud del acto a cargo de un organismo internacional, bien de carácter político o judicial; así, en el asunto del *estrecho de Corfú*, (1949) la Corte entendió que por razón de los ac-

tos de su marina de guerra en aguas albanesas el Reino Unido había violado la soberanía de Albania, y que tal constatación por parte de la Corte constituía de por sí para el Estado lesionado una satisfacción apropiada; otro tanto ha ocurrido en el asunto *Papeleras en el río Uruguay* (2010): la constatación del comportamiento ilícito de Uruguay en relación con sus obligaciones de procedimiento constituye en sí misma —declara la Corte— una medida de satisfacción.

Teniendo en cuenta que la indemnización no puede ser punitiva, sino sólo compensatoria, hay quien ha propuesto (G. Arangio-Ruiz) que el pago de una suma de dinero sin relación con la magnitud de la pérdida material puede ser una manifestación de la *satisfacción* como modalidad de la reparación. En el asunto del *Rainbow Warrior* el Secretario General de las Naciones Unidas determinó que Francia debía presentar disculpas a Nueva Zelanda y pagar siete millones de dólares, cantidad que excedía con mucho del daño material causado. Si nos guiamos por el proyecto de artículos de la CDI todo depende de cómo se interpreten los límites que se imponen a la *satisfacción*, que no ha de ser *desproporcionada* al perjuicio causado ni adoptar una *forma humillante* para el Estado responsable (art. 37.3).

317. Las garantías de no repetición

Esta consecuencia no se presenta siempre y, además, se discute si se trata de un efecto jurídico del hecho ilícito o ha de calificarse como una de las formas que adopta la *satisfacción*. Su calificación jurídica podría haber sido esclarecida por la Corte Internacional de Justicia, que se topó con ella en el asunto *LaGrand* (2001), pero no examinó su fundamento jurídico. La CDI ha optado por referirse a la obligación del Estado infractor de “ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen” como una consecuencia más, junto a la cesación y a la reparación, del acto ilícito (proyecto de arts., art. 30.a), sin descartar que pueda suponer también una forma de satisfacción (comentario del art. 37).

Partiendo de la presunción de buena fe la Corte Internacional de Justicia considera que ha de suponerse que el Estado cuyo comportamiento ha sido declarado ilícito no será reincidente, por lo que sólo en “circunstancias especiales, que ha de apreciar la Corte” procede ordenar la prestación de seguridades y garantías de no repetición (*Navegación en el río San Juan*, 2009; *Pasteras en el río Uruguay*, 2010).

318. Las consecuencias sustantivas derivadas de la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional general

El mantenimiento, en términos diferenciados, de una responsabilidad por violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas (CDI, proyec-

to de arts., art. 40) ha añadido a las consecuencias generales que se deducen de todo ilícito (que acabamos de considerar) y a cualesquiera otras que se puedan generar según el Derecho Internacional (art. 41.3), consecuencias particulares (art. 41.1 y 2).

Estas consecuencias —modestas— se concretan en obligaciones que se imponen a *todos* los Estados, que: 1) no deben reconocer como lícita la situación creada por la violación; 2) no han de prestar ayuda o asistencia para mantenerla; y 3) deben cooperar para ponerle fin, por medios lícitos.

Sobre 1): el deber de no reconocimiento de las situaciones surgidas de las violaciones graves de las obligaciones derivadas de normas imperativas está bien asentado en la práctica internacional.

Sobre 2): Se trata de una prolongación lógica del deber de no reconocimiento de la situación creada por la violación que se pretende combatir. Ayuda y asistencia se entienden posteriores al comportamiento ilícito pues, en caso contrario, estaríamos ante un supuesto de *complicidad* en la comisión del ilícito.

Sobre 3): El deber de cooperación, en Organizaciones Internacionales y fuera de ellas, es un desarrollo progresivo del Derecho Internacional y no refleja, por tanto, una práctica establecida, según opina la CDI.

La Corte Internacional de Justicia nos ha brindado un compendio de las consecuencias del hecho ilícito (por la violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas) en la opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un *Muro* en el territorio palestino ocupado (2004). Israel, según la Corte, no sólo estaba obligado a suspender enseguida la construcción del *Muro* en territorio palestino, sino que debía dismantelar de inmediato las partes situadas en el territorio ocupado y, asimismo, derogar los actos legislativos relacionados con su construcción y con el régimen asociado al mismo. Igualmente, debía reparar el daño causado por este motivo a personas físicas y jurídicas. Los demás Estados estaban obligados a no reconocer la situación ilegal resultante de la construcción del Muro y a no prestar ayuda o asistencia para su mantenimiento.

¿Son estas consecuencias suficientes cuando nos encontramos frente a un Estado que, presuntamente, ha violentado valores fundamentales de la comunidad internacional? Todo depende de hasta donde se llegue en la concreción del deber de cooperación, cuya indeterminación es más que notable. Puede ser un magro bagaje si lo confrontamos con la potencialidad de un régimen de responsabilidad agravada que hubiese institucionalizado la verificación de la comisión de crímenes, añadido responsabilidades penales internacionales a los órganos del Estado autor del crimen, eventualmente suspendido en los derechos derivados de la membresía de Organizaciones Internacionales, objeto de contramedidas de adopción obligatoria por el resto de los Estados, según advierten opinantes autorizados (C. Gutiérrez Espada).

LXXII. LA RESPONSABILIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

319. *Las normas reguladoras*

Es innegable la aptitud de las Organizaciones Internacionales para ser sujetos activos y pasivos de responsabilidad internacional. Las más de las reglas sobre responsabilidad internacional de los Estados les serán aplicables por serlo indistintamente a cualquier sujeto de Derecho Internacional, como sucede, por ejemplo, con la determinación genérica de los elementos del ilícito internacional o de las consecuencias —la obligación de reparar— que acarrea su comisión. Pero no cabe una traslación automática. Hay reglas que requieren especificaciones atendiendo a la diferente subjetividad de las Organizaciones Internacionales, como las relativas a la atribución del ilícito a la Organización o a sus Estados miembros, y las hay que han emergido de la propia práctica de las Organizaciones, por ejemplo, la que genera el incumplimiento de los llamados acuerdos *mixtos* —celebrados conjuntamente por una Organización y sus Estados miembros con un tercer Estado (u Organización). De ahí la decisión de hacer de la codificación de las reglas sobre responsabilidad internacional de las Organizaciones Internacionales un proceso aparte. Para agosto de 2009 la CDI había aprobado en primera lectura un proyecto de artículos completo sometido a los comentarios y observaciones de los Estados y Organizaciones Internacionales hasta el 1 de enero de 2011.

320. *La atribución del hecho ilícito*

El punto de partida es el mismo de los Estados. No hay duda que “todo hecho internacionalmente ilícito de una Organización Internacional genera su responsabilidad internacional” y que hay ilícito cuando una acción u omisión constituye una violación de una obligación internacional atribuible a esa Organización (CDI, proyecto de arts., arts. 3 y 4). Así, en su opinión consultiva sobre la *Inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la CDH* (1999), la Corte Internacional de Justicia señaló la posibilidad de que Naciones Unidas incurriese en responsabilidad por los daños resultantes de actos realizados por la Organización o sus agentes actuando a título oficial.

La atribución de un *hecho* (ilícito) a una Organización resulta de una operación similar a la que se sigue cuando se imputa a un Estado. Será, *hecho de la Organización* cualquier comportamiento de uno de sus órganos y agentes en el ejercicio de sus funciones, sea cual sea la posición del órgano o del agente respecto de la Organización. Será ilícito cuando el hecho implique la infracción de una obligación internacional asumida con otro sujeto de Derecho Internacional (CDI, proyecto de arts., arts. 5.1 y 9). La práctica avala este planteamiento (CIJ, *Reparación de daños sufridos al servicio de las NU*, 1949; *Aplicabilidad de la*

Convención sobre privilegios e inmunidades de las NU, 1989; Inmunidad de jurisdicción de un Relator Especial de la CDH, 1999).

Son las *reglas de la Organización* las que determinan las funciones de sus órganos y agentes (CDI, proyecto de arts., arts. 2, b y c y 5.2). En una línea similar a lo establecido para los Estados, los actos *ultra vires* de órganos y agentes se atribuyen a la Organización (*Id.*, art. 7; antes, CIJ, *Ciertos gastos de las NU, 1962*).

Dada la índole de las Organizaciones, que necesitan a menudo de los Estados miembros para el cumplimiento de sus funciones, se revela mucho más problemática la atribución de los hechos (ilícitos) de los órganos estatales puestos a disposición de una Organización y sus consecuencias. No es lo mismo que el órgano *prestado* quede totalmente adscrito a la Organización, en cuyo caso ha de entenderse que se transmuta en órgano de la misma, o que el órgano siga actuando como órgano estatal en cuyo caso habrá que estar a lo que hayan acordado las partes. Así, el acuerdo tipo sobre los contingentes militares puestos a disposición de las Naciones Unidas por sus Estados miembros atribuye su comportamiento a la Organización, aunque reconociéndole el derecho a repetir contra el Estado, “si la pérdida, el daño, la muerte o las lesiones se deben a negligencia grave o a una falta intencional del personal proporcionado por el Gobierno” (art. 9). A falta de acuerdo la CDI propone el *control efectivo* como criterio de atribución del comportamiento del órgano prestado. Si lo ejerce la Organización a ella le será atribuido (CDI, proyecto de arts., art. 6)

Finalmente, tal como ocurre con los Estados, nada impide atribuir a una Organización Internacional un comportamiento que reconoce y adopta como propio (CDI, proyecto de arts., art. 8). En *Nikolic* (2002) el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia aplicó como “una guía” las reglas sobre responsabilidad del Estado para concluir que la SFOR no había “reconocido y adaptado” como suya la conducta de ciertos individuos.

321. Violación de una obligación internacional por una Organización

Al igual que sucede con los Estados, el hecho internacionalmente ilícito de una Organización se asienta en la violación de una obligación internacional sea cual fuere su origen o naturaleza, incluidas las obligaciones que resultan de las *reglas de la organización* (CDI, proyecto de arts., arts 2, b, y 9).

Esta última mención sería superflua de ser pacífica la opinión de que las *reglas de la Organización* son también Derecho Internacional por tener su fundamento en un tratado; pero no lo es desde el momento que hay quienes las consideran *Derecho interno* de la Organización. Por razones no siempre honestas hay gobiernos contrarios en todo caso a que la codificación de la responsabilidad internacional de las Organizaciones abarque las violación de sus obligaciones para con sus Estados miembros.

322. *Responsabilidad de la Organización y responsabilidad de sus Miembros*

El juego de la regla *acto ilícito del órgano (o agente), hecho ilícito de la Organización* ¿excluye la responsabilidad internacional de sus (Estados) miembros? Como punto de partida debe sostenerse una respuesta afirmativa, conforme con la concepción de la Organización como una entidad distinta y separada de los (Estados) miembros y con la distinción jurídica de sus actos.

Ha de tenerse en cuenta en todo caso que el carácter limitado de las competencias de una Organización Internacional se proyecta sobre el ámbito objetivo de la responsabilidad en un doble sentido: 1) la Organización podrá reclamar por un *ilícito* cometido por otro sujeto mientras afecte a los derechos propios de la Organización; y 2) los hechos por los que la Organización responde han de guardar conexión con el abanico de sus competencias conforme a sus reglas. Así, en el caso de la Unión Europea corresponde a la Organización —y no a los Estados miembros— reclamar en los supuestos de incumplimiento por terceros de los acuerdos celebrados con ellos por la Unión —y solo por la Unión— en el ejercicio de sus competencias. A su vez los terceros deben dirigirse contra la Unión —y no contra los Estados miembros— si consideran que la Comunidad ha infringido estos acuerdos (TJUE, *Demirel*, 1987).

Ha de advertirse, no obstante, que llevar el argumento hasta el extremo, aduciendo en todo caso la ausencia de responsabilidad complementaria de los (Estados) miembros, puede emboscar realidades más complejas: 1) Si un (Estado) miembro presta ayuda a una Organización en la comisión de un hecho ilícito, será responsable si lo sabe y, además, el hecho sería también ilícito de ser cometido por quien brinda la asistencia (CDI, proyecto de arts., art. 57); 2) Si uno o varios (Estados) miembros ejercen un *control efectivo* de la Organización, o la coaccionan, es apropiado recurrir al *levantamiento del velo* a efectos de la atribución de comportamientos (arts. 58 y 59); 3) Si el acto ilícito del órgano o agente de la Organización no es obligatorio para los (Estados) miembros, dejando a éstos en libertad para aplicarlo, habrá de considerarlos responsables de sus propios actos de aplicación; 4) tampoco ha de excluirse que los (Estados) miembros de un órgano de composición intergubernamental puedan salvar su responsabilidad haciendo constar su oposición a la adopción del acto ilícito; 5) un (Estado) miembro de una Organización no puede eludir el cumplimiento de sus obligaciones y la responsabilidad por su incumplimiento mediante la transferencia a la Organización de competencias en relación con esa obligación, independientemente de que el hecho sea o no internacionalmente ilícito para la Organización (arts. 17 y 60); 6) viceversa, una Organización no puede escapar a su responsabilidad ordenando, autorizando o recomendando a los (Estados) miembros la comisión de un hecho que sería ilícito de cometerlo la Organización misma (art. 16); y 7) en los ámbitos en que las competencias de la Organizaciones Internacionales concurren con las de los (Estados) miembros la dificultad

de establecer una línea divisoria en lugar de una marca fronteriza aconseja sostener una responsabilidad conjunta, concurrente o alternativa (el proyecto de arts., arts. 17 y 61, presume una responsabilidad subsidiaria del (Estado) miembro de una OI en el caso de que haya aceptado o haya inducido a la parte perjudicada a confiar en su responsabilidad por un hecho ilícito de la Organización).

La práctica no es abundante. No obstante, conviene recordar los acuerdos *mixtos* concluidos por la Unión Europea y los Estados miembros con terceros. El problema se plantea a la hora de determinar las respectivas responsabilidades, activa y pasiva, habida cuenta de las distintas competencias de cada uno en virtud del TUE. A la hora de clarificar un panorama más que confuso, que genera la natural inseguridad en la(s) otra(s) parte(s), se siguen diversas técnicas, como la señalización en el acuerdo de *quién es para qué cosa* competente, o la presentación de una declaración de reparto de competencias. En defecto de tal determinación, y para los supuestos de incumplimiento por la parte *europea*, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sostenido (*PE c. Consejo*, 1994) un régimen de responsabilidad conjunta, de carácter solidario; en cambio, si se trata de la exigencia de responsabilidad de la(s) otra(s) parte(s), la Unión y sus Estados miembros sólo podrán reclamar hasta donde sean competentes.

Asimismo, al igual que los Estados, también las Organizaciones pueden prestar asistencia o, incluso, dirigir, controlar o coaccionar a un Estado u otra Organización en la comisión de un hecho ilícito. En estos casos las reglas aplicables no tienen por qué ser distintas (CDI, proyecto de arts., arts. 13-15). Algo así pudo ocurrir en relación con la presunta comisión de actos ilícitos en Kosovo por la KFOR —siendo la OTAN responsable de su dirección y las Naciones Unidas de su control (v. par. 579). En *Licitud del empleo de la Fuerza* (2004) algunos de los Estados demandados (Canadá y Portugal) pretendieron excusar su responsabilidad argumentando que atañía a la OTAN.

Igualmente revisten un interés particular las relaciones entre Organización Internacional y Estado local, esto es, aquél en cuyo territorio una Organización ha desplegado las actividades que son la base del hecho ilícito que se le imputa. La acción de los órganos y agentes de las Organizaciones se ejerce por regla general en el territorio de un Estado y en virtud de los acuerdos de sede celebrados entre ambos. Estos acuerdos proclaman normalmente el principio de exclusión de la atribución al Estado del comportamiento ilícito de órganos y agentes de la Organización. Sin embargo, tales acuerdos no obligan a terceros Estados, son para ellos *res inter alios acta*, con lo que nada impide que, caso de sufrir un ilícito internacional por parte de la Organización presenten directamente su reclamación al Estado local. De ahí que algunos acuerdos de sede incluyan cláusulas reconociendo el derecho del Estado local de recurrir frente a la Organización de darse este supuesto.

LXXIII. RESPONSABILIDAD Y RÉGIMENES INTERNACIONALES

323. ¿*Lex specialis*?

La regulación de la responsabilidad internacional se ha ido diversificando con la adopción de *regímenes internacionales*, calificados así por su voluntad de regular un ámbito particular, circunscrito, de la actividad internacional, sea la protección del medio ambiente, los derechos humanos, la integración económica, el comercio internacional o la navegación aérea... Se dice de un *régimen internacional* que es *autónomo* cuando las normas primarias —aquéllas que describen las obligaciones sustanciales o de fondo— van acompañadas por específicas normas secundarias, reguladoras de las consecuencias de su incumplimiento. Estos regímenes son más ambiciosos cuando se articulan en el seno de una Organización Internacional que cuenta, entre sus competencias, la de declarar los incumplimientos de sus Estados miembros a las reglas de la Organización y exigir consecuentemente que hagan frente a su responsabilidad. Sirva de ejemplo el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la UE (arts. 258-260 TFUE).

La aplicación de la *lex specialis* en materia de responsabilidad (CDI, proyecto de arts. responsabilidad Estados, art. 55; Id. OI, art. 63) ha ido ganando terreno. El problema estriba en determinar si la pertenencia de dos sujetos, el infractor y el lesionado, a un régimen autónomo, les obliga a atenerse exclusivamente a sus reglas secundarias frente al ilícito o si, por el contrario, pueden recurrir a las normas generales, en particular la exigencia de reparación, la utilización de medios de arreglo y el recurso a contramedidas.

En los *regímenes internacionales* se advierte, en general, una apertura a las reglas de la responsabilidad del Derecho Internacional general. En unos casos la apertura es total, pues el régimen carece de reglas sobre su incumplimiento (v., por ej., los CV de 1961 sobre relaciones diplomáticas y 1963 sobre relaciones consulares); en otros, el régimen contiene sólo reglas ligeras y elementales (v., por ej., la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, 1973, que habilita a la Conferencia de Partes a formular *recomendaciones* en caso de comercio ilegal de especies, art. 13).

No es fácil encontrar un régimen genuinamente autónomo de responsabilidad que cierre a sus miembros toda posibilidad de recurso a las normas del Derecho Internacional general. De haber uno será el de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su *Entendimiento para la solución de diferencias comerciales*. Tal vez el de la misma Unión Europea. Si un Estado miembro infringe sus obligaciones los demás no pueden acudir a otros mecanismos que los previstos en los artículos 258 y 259 TFUE, o someter la controversia al Tribunal de Justicia por la vía del artículo 273, quedando además excluido el recurso a las contramedidas (TJUE, as. 232/78, 1979; y C-131/01, 2003). Dicho esto, como ha sostenido la mejor doctrina, una sentencia del Tribunal de Justicia declarando

la obligación de un Estado miembro de reparar los daños causados a particulares bajo la jurisdicción de otro por violación del Derecho comunitario podría servir de base para que éste, o la Unión, formulen su reclamación siguiendo los cauces del Derecho Internacional general.

LXXIV. ¿UNA RESPONSABILIDAD POR RIESGO?

324. *Daños causados por actividades no prohibidas por el Derecho Internacional*

Ni la emergencia de reglas de responsabilidad para regular la activa vida de relación de las Organizaciones Internacionales, ni la tensión entre la *lex generalis* y las *leges speciales*, arriesgan fragmentar la unidad esencial de la regulación, por su común adscripción a un fundamento único: la responsabilidad se genera tras la comisión de un hecho ilícito, la violación de una norma o de una obligación internacional. Pero ¿cabe deducir responsabilidad por los daños y perjuicios causados por actos no prohibidos por el Derecho Internacional?

El progreso científico y tecnológico ha permitido la realización de actividades especialmente peligrosas que generan considerables riesgos para las personas, los bienes y el medio ambiente, sin que las fronteras interestatales sirvan, lógicamente, de barreras. Piénsese, por ejemplo, en los daños ocasionados en tierra por la caída incontrolada de un objeto espacial o por un vertido accidental de agentes tóxicos a un medio fluvial o marino. En la medida en que esas actividades no sean objeto de normas y obligaciones internacionales son lícitas y los daños transfronterizos una eventualidad hecha realidad en la práctica.

Basándose, precisamente, en la interpretación de algunas decisiones arbitrales (*Fundición de Trail*, 1941; *Lago Lanós*, 1957) y judiciales (CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949), se ha sostenido doctrinalmente que la obligación de reparar los daños a terceros resultantes de actividades no prohibidas forma ya parte del Derecho Internacional general. Se ha hablado así de una *responsabilidad por riesgo*, considerando que surge de la realización de actividades especialmente peligrosas, o de una *responsabilidad absoluta*, en tanto que no admite excepciones.

Sin embargo, si consideramos la regulación de la responsabilidad en estos casos advertiremos (con P.S. Rao) que en la mayoría de los tratados concertados (y son muchos en ámbitos como los usos pacíficos de la energía nuclear o la protección del medio ambiente) los Estados han arrojado la cuestión de la asignación de la pérdida recurriendo a la responsabilidad civil. Así, han establecido la responsabilidad directa del causante de la contaminación (un operador privado) en el derecho nacional como medio óptimo de facilitar la obtención de una indemnización, sin tener que recurrir a reclamaciones interestatales o a las complejidades del derecho relativo a la responsabilidad de los Estados. Se

habla, en inglés, no ya de *responsability* (que deriva del hecho ilícito) sino de *liability* (por los daños originados sin que concorra ilicitud).

La responsabilidad subsidiaria del Estado podría explicarse en términos de la obligación de prevención de daños causados por actividades peligrosas, cuya infracción generaría responsabilidad. Se trata de una obligación que forma parte ya del Derecho Internacional general y tiene su origen en la “diligencia debida”, esto es, la “obligación del Estado de no dejar que su territorio se utilice para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados” (CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949). En la opinión consultiva sobre licitud de la amenaza o del empleo de *Armas nucleares* (1996), la Corte afirmó que esta obligación “forma ya parte del cuerpo de reglas del Derecho Internacional del medio ambiente”. La Corte lo ha recordado en el reciente asunto *Pasteras en el río Uruguay* (2010), donde se dice que “en adelante puede considerarse que existe en Derecho Internacional general una obligación proceder a la evaluación del impacto sobre el medio ambiente cuando la actividad industrial proyectada arriesga tener un impacto perjudicial importante en un marco transfronterizo...”. La llamada responsabilidad (subsidiaria) *absoluta* del Estado convenida en los tratados no supondría sino una exención de la carga de la prueba por el reclamante de la infracción del deber de diligencia debida en que habría incurrido el Estado. Estamos, pues, también ahora, ante una responsabilidad generada por la infracción de una obligación primaria, establecida en su caso convencionalmente. Por ello, a salvo regímenes convencionales, no hay base consuetudinaria suficiente que consagre una responsabilidad sin ilícito.

En 1978 Canadá, al presentar una reclamación contra la Unión Soviética por los daños causados por el satélite soviético *Cosmos 954*, que se había precipitado sobre territorio canadiense, sostuvo —con escaso predicamento— que la norma de *responsabilidad absoluta* por las actividades espaciales, en especial las que implican el uso de la energía nuclear, se había convertido en un principio general del Derecho Internacional. Pero el fundamento real de la reclamación estaba en el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972, art. 2), del que ambos Estados eran partes. Esa responsabilidad absoluta se limitaba a los daños producidos en la superficie de la Tierra (art. 3) y siempre que no fueran consecuencia de negligencia grave o de una omisión con intención de causarlos por parte del demandante o de sus representados (art. 6).

Si en 1978 la CDI registró sus trabajos en la materia bajo la rúbrica de *responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional*, en 1997 optó por desdoblarla, ocupándose primero de la *prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el Derecho Internacional* (lo que condujo a la aprobación en 2001 de un proyecto de arts.) y considerando sólo después el régimen jurídico aplicable a la *asignación de la pérdida*, caso de que tales daños se produjesen (habiéndose aprobado en 2006 un proyecto de *principios*). La Asamblea

General de las Naciones Unidas ha incluido los proyectos como anexos a sendas resoluciones (61/36 y 62/68) llamando la atención de los gobiernos e invitándoles a formular observaciones sobre el camino a seguir.

Estamos ante una responsabilidad civil, una *liability*. La responsabilidad internacional siempre se desencadena por la violación de una obligación internacional. Lo que se está haciendo en la codificación de la sedicente responsabilidad internacional por la comisión de actos no prohibidos por el Derecho Internacional no es otra cosa que codificar obligaciones primarias trasladando la asignación de daños de los Estados a los operadores privados. Nada más lejos de la responsabilidad internacional tal y como la entiende el Derecho Internacional y se deja a salvo en el proyecto de *principios* de la Comisión (2006).

Invocación de responsabilidad y aplicación coactiva del derecho internacional

LXXV. LA INVOCACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

325. Consideraciones generales

La invocación de la responsabilidad se refiere a la facultad de adoptar medidas legales contra el Estado infractor, bien sea la presentación de una reclamación internacional, bien la de una demanda ante un tribunal internacional. No ha de confundirse con el ejercicio, mediante la protesta, de la crítica política. Al igual que sucede con la observancia espontánea del Derecho (v. par. 3), es posible que un infractor haga frente voluntaria, adecuada y rápidamente a su responsabilidad, asumiendo las consecuencias (cesación, reparación, garantías de no repetición) que acabamos de examinar (v. par. 313-317), pero la natural resistencia de los sujetos a aceptar que han violado el Derecho Internacional lo hace improbable (v. par. 6). Determinar, pues, la comisión —y atribución del ilícito— es una cuestión previa cuya respuesta, necesaria, ha de facilitar el camino para hacer efectiva —si procede— la responsabilidad internacional.

En el marco de Organizaciones y *regímenes* internacionales (v. par. 150) es frecuente contar con mecanismos colegiados que proveen a estas tareas. Son la *lex specialis*, de aplicación preferente (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad de los Estados, art. 55; Id. OI, art. 63). Así, la Comisión Europea tiene poder para dictaminar que un Estado ha infringido las obligaciones que le incumben en virtud de los tratados. Realizada tal constatación, si el Estado no se aquieta podrá demandarlo ante el Tribunal de Justicia (TFUE, art. 258). También los Estados miembros pueden demandar, bajo determinadas condiciones, a aquél que en su opinión está incumpliendo los tratados (art. 259). El Estado declarado infractor por el Tribunal de Justicia ha de tomar las medidas necesarias para ejecutar la sentencia y si no lo hace se expone a ser condenado al pago de una suma a tanto alzado y a multas coercitivas (art. 260). Pero si no existen reglas especiales serán pertinentes las normas del Derecho Internacional general cuya exigencia corresponde al sujeto o sujetos lesionados (CDI, proyectos de arts., art. 42) (v. par. 326) y sólo en determinados casos, atendiendo a la naturaleza de la obligación violada, a otros Estados, no lesionados (*ib.*, art. 48) (v. par. 327).

326. *Invocación de la responsabilidad por el sujeto lesionado*

¿A quién se considera sujeto lesionado? 1) En primer lugar es *lesionado* el sujeto (Estado u OI) al que se debe *individualmente* la obligación violada; 2) en segundo lugar, si la obligación se debe a un grupo de sujetos o a la comunidad internacional en su conjunto, son *lesionados*: a) el sujeto o sujetos a los que *afecta especialmente* la violación de la obligación, y b) todos los sujetos cuya situación respecto del ulterior cumplimiento de la obligación se ve *modificada radicalmente* por su violación (CDI, proyectos de arts., art. 42).

En relación con 1): estamos en presencia de la violación de una obligación *bilateral*. Se trata del supuesto más tradicional, en el que la relación entre infractor y lesionado se establece sin dificultad de identificación de los sujetos concernidos, reclamante y reclamado. La fuente de la obligación primaria puede estar en un tratado bilateral, pero también puede ser un acto unilateral (v. par. 108-113) o, en el polo opuesto, un tratado multilateral (a menudo en el origen de múltiples relaciones bilaterales cruzadas) o, incluso, una norma general. Considérese, desde esa perspectiva, el asunto *Avena* (CIJ, 2004) en el que México alegó que Estados Unidos había violado los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares (1963) al detener, juzgar, declarar culpables y condenar a cincuenta y cuatro súbditos mexicanos que se encontraban en el *corredor de la muerte*, sin informarles de los derechos que les correspondían en orden a obtener la asistencia consular (v. par. 355). La nacionalidad de los afectados determinó la condición de México como Estado lesionado en el marco de un tratado multilateral general.

En relación con 2): estamos ante supuestos de violación de obligaciones colectivas, unas *inter partes* (las asumidas por un grupo de sujetos más o menos amplio, normalmente —aunque no necesariamente— partes en tratado multilateral) y otras *erga omnes* (las asumidas por todos los sujetos frente a la comunidad internacional en su conjunto, muchas de ellas incorporadas en normas imperativas, v. par. 146)). Ambas pueden yuxtaponerse, siendo irrelevante la calificación a efectos de determinación del sujeto lesionado, sometida en uno y otro caso a los mismos parámetros.

La condición de sujeto *lesionado* no se extiende a todos los vinculados con el infractor por obligaciones colectivas. La violación ha de *afectarle especialmente*, esto es, “de manera que lo distinga de los demás Estados con relación a los cuales existe la obligación” según expresa la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios, lo que, como sugiere la misma Comisión, sólo podrá ser evaluado *in casu*, atendiendo a los hechos y al objeto y propósito de la obligación primaria que se ha violado. La CDI pone como ejemplo una contaminación en alta mar en infracción del artículo 194 de la CONVEMAR. Sólo podrían considerarse lesionados a estos efectos los Estados ribereños y no todos los Estados Partes en la Convención, pues a despecho de que todos tengan un interés común en la preservación del medio marino (v. par. 416), la afectación especial sólo puede

darse en el caso de los Estados con litoral. Cabe ir más lejos para señalar que no todos los ribereños, sino sólo aquellos cuyas costas y espacios marinos pueden verse alcanzados por los vertidos han de considerarse lesionados.

La *lesión* se extiende a todos los Estados que componen el círculo de obligados cuando la violación es de tal índole que *modifica radicalmente* la situación de todos ellos respecto de su cumplimiento ulterior. Estamos ante el supuesto de violación de obligaciones que se han llamado *integrales* o *interdependientes* y —una vez más— el paralelismo con el régimen de la violación (grave) de un tratado como causa de terminación y suspensión del mismo (v. par. 232, 237) es absoluto. Por ejemplo, dice la Comisión, si un Estado Parte en el Tratado Antártico (1959) plantea una nueva reclamación de soberanía territorial sobre la Antártida, a pesar del compromiso de no hacerlo mientras el tratado esté en vigor (art. 4.2), los demás Estados Partes deben considerarse lesionados.

La reclamación se somete a algunos requisitos procesales. Unos hacen referencia a cuestiones de forma: la reclamación debe ser, como es obvio, notificada al sujeto al que se atribuye el hecho, pudiendo expresarse en ella el comportamiento a seguir por el responsable para cesar en el ilícito (si continúa) y la forma de la reparación (CDI, proyectos, arts. 43 y 48.3 ó 5). Otros requisitos se refieren a la admisibilidad de la reclamación (abstracción hecha de las reglas particulares sobre admisibilidad de demandas ante tribunales u otros modos de arreglo pacífico). En este sentido son aplicables las reglas en materia de nacionalidad de las reclamaciones y de agotamiento previo de los recursos internos disponibles y efectivos (CDI, proyectos, arts. 44 y 48.3 ó 5) (v. par. 358-363).

La existencia de una pluralidad de sujetos lesionados no coarta el derecho de cada uno a invocar por separado la responsabilidad del sujeto o sujetos responsables (CDI, proyectos de arts., arts. 46 y 47). Así, Australia y Nueva Zelanda demandaron en paralelo, pero por separado, a Francia al sentirse perjudicados por las pruebas nucleares francesas en el Pacífico (CIJ, *Ensayos Nucleares*, 1974). Si los responsables son varios sólo hay que tener en cuenta que el lesionado no puede recibir al final del día una indemnización superior al daño sufrido.

El derecho a invocar la responsabilidad es renunciable, siempre que la obligación violada no emane de una norma imperativa (CDI, proyectos, arts. 45 y 48.3 ó 5). La renuncia puede producirse mediante una expresión válida del consentimiento o a través de comportamientos que deban entenderse como aquiescencia (v. par. 112). En este sentido cobra particular interés la apreciación de la demora en la presentación de la reclamación, atendiendo a las circunstancias de cada caso (CIJ, *Nauru*, 1992; *Avena*, 2004).

327. Invocación de la responsabilidad por otros Estados

Son los sujetos lesionados, como acabamos de ver, los titulares del derecho a invocar la responsabilidad. No obstante, los sujetos que forman parte de un grupo vinculado por una obligación establecida para proteger un interés colectivo y

todos los sujetos si la obligación existe respecto de la comunidad internacional en su conjunto (*erga omnes*) están también facultados, aun no siendo lesionados, para invocar dicha responsabilidad dentro de ciertos límites (CDI, proyectos, art. 48). En este caso los sujetos no lesionados pueden, en efecto, reclamar del responsable la cesación del ilícito (continuado) y garantías de no repetición, pero la reparación sólo pueden reclamarla “en interés del Estado (u OI) lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada”, lo que, no siendo ellos mismos lesionados, es muy lógico. La referencia final a los *beneficiarios de la obligación violada* en términos alternativos al *Estado (u OI) lesionado* sugiere que en ocasiones, no existirán Estados u Organizaciones Internacionales lesionadas (así cuando un Estado infringe la obligación *erga omnes* de protección de sus propios nacionales o personas bajo su jurisdicción; o se imputa otro tanto a una Organización respecto de personas bajo su administración).

LXXVI. LA APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

328. *¿Existe un sistema de aplicación coactiva del Derecho Internacional?*

Entendemos por aplicación coactiva del Derecho Internacional la intervención autoritativa de un Estado, una Organización o uno de sus órganos a fin de compeler al cumplimiento de una norma u obligación internacional a un sujeto que la ha infringido, volviéndose a la situación anterior a la comisión del ilícito.

Se ha sostenido con insistencia y reiteración que el Derecho Internacional carece de un sistema de aplicación coactiva, afirmación de la que se deduce: 1) la limitadísima eficacia de las normas internacionales, que quedarían al albur de su observancia espontánea; y 2) la negación misma de la juridicidad del Derecho Internacional (v. par. 5). Este planteamiento parte de una errónea apreciación, tanto del fenómeno jurídico como del significado de la coacción. Ni el Derecho es siempre sinónimo de coacción reglamentada, ni carece el Derecho Internacional de un sistema de aplicación coactiva de sus normas y obligaciones, gracias en parte a: 1) un proceso —ciertamente desigual— de *internalización* que le permite beneficiarse de los sistemas estatales de ejecución forzosa; y, 2) un proceso de *institucionalización* —incompleta, pero progresiva— de la sociedad internacional.

Es cierto que el Derecho Internacional, que carece, como veremos, de una jurisdicción obligatoria para el arreglo de las controversias (v. par. 459), tampoco cuenta con una Organización universal competente para reaccionar mediante el ejercicio de la coacción ante la comisión de ilícitos internacionales. La función que desempeña el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no es tal, aun-

que pudiera pensarse lo contrario, porque si bien la competencia que ejerce en el ámbito del mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales —Capítulo VII de la Carta— le permite adoptar medidas contra Estados que desde luego han cometido ilícitos, su actuación se encuentra doblemente limitada, al operar sólo ante una situación de amenaza o quebrantamiento de la paz o un acto de agresión (art. 39 de la Carta) (v. par. 512) —lo que deja al margen de su actividad la mayoría de ilícitos internacionales— y ser el ejercicio de su competencia de naturaleza política y no jurisdiccional, lo que comporta la sujeción de su intervención en la práctica a criterios de mera oportunidad (v. par. 527).

Pero sí existe un conjunto de normas generales de carácter consuetudinario sobre la aplicación coactiva del Derecho Internacional, la mayoría de las cuales tiene que ver con *una aplicación descentralizada*, que opera tradicionalmente, pero no sólo, en el ámbito de las relaciones bilaterales, así como reglas en numerosos tratados internacionales constitutivos de regímenes y Organizaciones Internacionales.

329. Qué es —y qué no es— la aplicación coactiva del Derecho Internacional

La aplicación coactiva es la secuencia natural de la responsabilidad internacional (CDI, proyectos, Tercera Parte, Cap. II). La *aplicación coactiva* no es primariamente punitiva, sino que, en tanto que atraída por la lógica de la relación de responsabilidad, se encamina a obtener la cesación del ilícito y la reparación. Pero los efectos sancionadores no pueden descartarse en los casos en que los posibilita la existencia de una relación *vertical*. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que abre el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea de sancionar a los Estados miembros que incurran en una violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho (v. par. 80).

También se produce una íntima relación entre la aplicación coactiva y el procedimiento de solución de controversias (v. tema 19). En unos casos como continuación de éste; en otros actuando en paralelo o con una muy leve solución de continuidad. Piénsese en medidas adoptadas por un Estado para forzar a otro a la negociación de la solución de una controversia o a ejecutar una sentencia arbitral. Piénsese también en la controversia que puede originarse en torno a la licitud de las medidas adoptadas como reacción frente al ilícito de otro y sobre el mismo ilícito. Es por eso que en el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados aprobado en primera lectura por la CDI (1996, art. 58) se propuso someter estas controversias a un procedimiento de arreglo obligatorio, desistiendo la Comisión ante la contundente oposición de los Estados, ansiosos de conservar las manos libres, lo que nos advierte de la acentuada sensibilidad política que rodea la aplicación coactiva y alimenta la sospecha de que

medidas que se presentan como tales no son más que violaciones de obligaciones internacionales.

A veces se aduce la aplicación coactiva del Derecho Internacional en escenarios que, por no existir ningún ilícito frente al que reaccionar, le son ajenos. Así, cuando un Estado en situación relativa de superioridad pretende forzar con medidas unilaterales las decisiones de otro en el ámbito soberano que le es propio, extender la capa de la aplicación coactiva del Derecho Internacional permite cubrir las vergüenzas de una política de intervención (v. par. 52). Pero no debe confundirse la aplicación coactiva del Derecho Internacional con la aplicación coactiva de *políticas* sobre el Derecho Internacional. Fijémonos, por ejemplo, en la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act* o ley *Helms-Burton* (1996), que recoge y consolida todas las medidas adoptadas por Estados Unidos contra Cuba, presentándolas como una reacción a “la violación de los derechos humanos que representa una amenaza para la paz internacional (Sección 101)” y, entre otros aspectos, a la presunta infracción del Derecho Internacional en que incurrió Cuba al nacionalizar propiedades privadas tras la revolución de 1959.

Tampoco cabe hablar de aplicación coactiva del Derecho Internacional cuando un sujeto adopta medidas que pueden considerarse inamistosas al hilo de incidentes de una cierta gravedad que, con todo, no se concretan en una infracción de normas u obligaciones internacionales. Tales medidas no pueden calificarse como una aplicación coactiva del Derecho Internacional porque su finalidad no es la de inducir al otro al cumplimiento del Derecho, sino la de influir en una conducta que no rebasa los límites legales. Así, por ejemplo, la decisión de México de expulsar al representante diplomático cubano y retirar a su embajadora en La Habana (2 de mayo de 2004), como reacción a declaraciones políticas de Fidel Castro criticando a México y su política exterior, entra de lleno en el juego de las medidas de alcance político (v. par. 332).

330. Las modalidades —descentralizada e institucional— de la aplicación coactiva

La *aplicación coactiva descentralizada* ha surgido de la práctica de los Estados, sin que texto convencional alguno haga referencia a sus condiciones de ejercicio, porque viene a ser una manifestación del concepto más amplio de *autotutela*, que engloba todas las acciones de los Estados encaminadas a la protección de sus intereses y derechos frente a otros sujetos internacionales. La *autotutela* discurre en el plano de la sociedad relacional o de yuxtaposición, como un corolario de la soberanía estatal, y dados sus límites proteicos engloba desde las reacciones ante actos inamistosos, aunque lícitos, de otros Estados, hasta los casos de legítima defensa en respuesta a un ataque armado (v. par. 496-502). El criterio diferenciador entre la *autotutela* (género) y la *aplicación coactiva* del Derecho Internacional (especie) estriba en el más reducido *casus operandi* de

ésta. La *aplicación coactiva* es, en último término, la *autotutela* cuando opera como reacción frente a un ilícito internacional.

Corresponde, en primer lugar, a los sujetos lesionados por el ilícito reaccionar contra el infractor. Se repite aquí el esquema subjetivo de la responsabilidad internacional que acabamos de considerar (v. par. 326, 327). Como afirmó el tribunal arbitral en el asunto relativo al *Acuerdo sobre los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia* (1978), abstracción hecha de los compromisos derivados de tratados y, especialmente, de los mecanismos instituidos en el marco de Organizaciones Internacionales, cada Estado, cada sujeto, aprecia por sí mismo su situación jurídica en relación con otros. De manera análoga, también aprecia por su cuenta la oportunidad de recurrir a medidas para exigir la ejecución forzosa de las obligaciones internacionales. El recurso a la *justicia privada*, excepcional en los ordenamientos internos, se eleva a categoría, desmintiéndose así la máxima *nemo iudex in causa sua*. Pertenece a los sujetos lesionados la facultad de reaccionar contra los infractores, con la finalidad de exigirles el cumplimiento de la obligación no observada. Pero el mismo principio de soberanía que permite a un Estado apreciar el comportamiento de otro como infractor y actuar en consecuencia, permite al presunto *infractor* discrepar, dando origen a una controversia.

Sin embargo, la aplicación coactiva del Derecho Internacional no es sólo descentralizada. Ya hemos señalado a las Organizaciones Internacionales como posibles sujetos lesionados e infractores. En sus relaciones con terceros no miembros, las Organizaciones pueden implicarse en la aplicación coactiva descentralizada del Derecho Internacional, por activa o por pasiva, como hacen los Estados. Pero en las relaciones con los miembros, regidas por las *reglas de la Organización*, las infracciones de éstos pueden encontrar un ámbito sancionador específico, *institucionalizado*.

De ahí que en la sociedad internacional actual coexisten las dos dimensiones —descentralizada e institucional— de la aplicación coactiva del Derecho Internacional, ocupando la última un espacio creciente por la paulatina emergencia de marcos jurídicos de regulación específicos, los llamados *regímenes internacionales* o *autónomos*, se concreten o no en Organizaciones Internacionales (v. par. 150).

Dentro de una cierta dispersión reguladora, las reglas procesales vendrán dictadas en el marco particular en el que se ha producido el ilícito frente al que se pretende reaccionar. No obstante, puede sugerirse en términos generales que si bien el sujeto —normalmente un Estado— puede apreciar *prima facie* que sus derechos son vulnerados por actos de otros sujetos, su reclamación ha de conducirse, no directamente al responsable del comportamiento presuntamente lesivo, sino a los órganos gestores del régimen u Organización en cuestión, que son los facultados para determinar si, en efecto, ha habido incumplimiento y, según los casos, decidir o autorizar la adopción de medidas de ejecución forzosa. Dos casos muy característicos de regímenes autónomos son la Unión Europea y

la Organización Mundial de Comercio (OMC). Ambas Organizaciones, en efecto, disponen de cauces procesales para sustanciar los incumplimientos de sus obligaciones sustantivas que sustituyen, en principio, la facultad de los Estados miembros para recurrir unilateralmente a métodos descentralizados de aplicación coactiva.

LXXVII. LAS MEDIDAS DE APLICACIÓN COACTIVA

331. Consideraciones generales

Históricamente ha sido la *aplicación coactiva* del Derecho Internacional por el Estado soberano en relaciones bilaterales propias de una sociedad de yuxtaposición la que ha permitido decantar dos amplias categorías de medidas: *retorsiones* y *represalias* (v. par. 332, 333). Las *retorsiones* son medidas inamistosas pero legales, que no infringen ninguna obligación internacional. En cambio, si la reacción del Estado lesionado infringe una obligación internacional, se tratará de una *represalia*, quedando excluida su ilicitud por producirse justamente en respuesta a un ilícito previo de otro.

El panorama de medidas descentralizadas se ha espesado con el tiempo, se ha hecho más complejo, debido a la confusión terminológica que ha suscitado tanto la práctica estatal como la interpretación doctrinal, sobredimensionada y apasionada, a horcajadas de unos pronunciamientos judiciales y arbitrales que, aparte algunos casos clamorosos, han sido escasos, debido seguramente a que la aplicación coactiva es un último cartucho (que no todos guardan en su canana). Cuando todo lo demás falla el recurso a la aplicación coactiva aún debe superar un análisis *coste/beneficios* que involucra la imagen del sujeto que va a adoptar las medidas, la intensidad de sus relaciones con el infractor, el interés general subyacente a las normas violentadas y el miedo a ser, a su vez, objeto de medidas posteriores de respuesta, sobre todo atendiendo al poder de los Estados implicados. La huida de las connotaciones negativas, en su mayor parte armadas, del término *represalias* ha coadyuvado a la emergencia de las *contramedidas* (v. par. 335), de apariencia aséptica y sosificada y vocación fagocitaria, mientras que la búsqueda obsesiva de respetabilidad para conductas de legalidad cuando menos dudosa ha hecho que se hablara de *sanciones* (v. par. 334). Los conceptos son menos que los términos que los sirven.

De las anteriores medidas beben las que se insertan en los tratados constitutivos de regímenes y Organizaciones Internacionales, la aplicación coactiva *institucionalizada*, que se mueve en márgenes más estrechos, sobre todo desde el punto de vista del procedimiento, objeto de una regulación más precisa.

332. *Las retorsiones*

Una *retorsión*, como hemos dicho, es una medida legal, pero inamistosa. Así, por ejemplo, un Estado puede romper sus relaciones diplomáticas con otro sin por ello cometer un ilícito, porque no hay norma alguna que obligue a mantener tales relaciones (v. par. 430). Una medida de menor intensidad es la retirada del embajador, su llamada a consultas, la expulsión de uno o más miembros de la misión diplomática, la reducción de su número o la limitación de sus movimientos. El Derecho diplomático (v. tema 18) es un arcón de medidas posibles de retorsión, como también lo es el variado renglón de las políticas de cooperación y asistencia.

Una retorsión puede ser la respuesta a un acto inamistoso de otro sujeto y en ese caso no podría considerarse un supuesto de *aplicación coactiva* del Derecho Internacional, sino sólo una muestra de desagrado.

Pero si la acción (u omisión) que genera la reacción constituye un ilícito, entonces sí, la retorsión se configura como una posible medida de aplicación coactiva del Derecho Internacional, que tiene la ventaja de no comprometer en ningún caso la responsabilidad internacional del sujeto que la adopta aunque yerre en su juicio sobre el ilícito previo del destinatario de la retorsión.

Las retorsiones pertenecen, por tanto, a la esfera de la actividad discrecional de los sujetos, de los comportamientos no reglamentados por el Derecho Internacional. La desregulación, el carácter incompleto del Derecho Internacional o los resquicios que abre la interpretación de sus normas, constituyen el sustrato natural de la retorsión, cuya frontera con las represalias se hace más tenue a medida que se difumina la apreciación de su licitud.

Aunque la retorsión sea una medida lícita *per se* cabe preguntarse si acaso su empleo por terceros, que no han sufrido el acto inamistoso y/o ilícito, es susceptible de alguna cortapisa atendiendo a principios generales. El discurso habitual abona la libertad del sujeto para manifestar su solidaridad, más o menos inducida, con otro adoptando medidas de retorsión. Aunque según los postulados clásicos de la responsabilidad internacional el tercero carece de legitimación para inmiscuirse en la relación entre lesionado e infractor, la medida que concreta la retorsión es, por definición, una medida lícita, no viola ninguna norma u obligación internacional. No obstante, este discurso puede cambiar si enfocamos el supuesto desde la perspectiva del principio de *no intervención*, pues el respeto de éste ha de prevalecer en todo caso (v. par. 51).

333. *Las represalias*

El tribunal arbitral que resolvió la controversia germano-lusa en el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928) dio una exacta y clara definición de la *represalia*, al considerarla «un acto de propia justicia del Estado lesionado, que responde —después de un requerimiento infructuoso— a un acto contrario al Derecho

de Gentes del Estado infractor. Será ilegal si no suministra un motivo para la reacción un acto previo contrario al Derecho de Gentes». De la misma definición se desgajan casi todos los requisitos que debe reunir la represalia: *a)* la existencia de un sujeto infractor y un sujeto lesionado; *b)* la comisión de un ilícito previo por el primero que vulnera los derechos del segundo; *c)* el requerimiento de cesación del ilícito que el lesionado dirige previamente al infractor; *d)* la legitimación del sujeto lesionado para reaccionar, derogando al efecto el Derecho de Gentes, y *e)* la finalidad de la medida, encaminada a obtener la reparación del daño causado por el ilícito. A estos requisitos cabe añadir la proporcionalidad de la medida en relación con el ilícito del que trae causa y su terminación cuando se realiza su objetivo.

Suelen incluirse en el concepto de las represalias las *medidas de reciprocidad*, esto es, el incumplimiento por el sujeto lesionado de obligaciones impuestas por la misma disposición violada por el infractor, o por otra disposición directamente relacionada con ella. Como esta vinculación es posible, pero no preceptiva, para definir las represalias, puede decirse que las medidas de reciprocidad son represalias, pero las represalias no se limitan a medidas de reciprocidad. Entre las medidas de reciprocidad cabe mencionar la máxima *inadimplenti non est adimplendum* es decir, el incumplimiento de una obligación derivada del tratado que ha sido previamente violado por el Estado infractor (*Acuerdo sobre los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia*, 1978).

Hay quienes (como W. Riphagen) consideran que la finalidad de represalias y medidas de reciprocidad es diferente: mientras que las represalias tienen por objeto ejercer presiones sobre el sujeto infractor con el fin de obtener la reparación, las medidas de reciprocidad están destinadas a restablecer el equilibrio entre las posiciones del lesionado y del infractor.

334. *Las sanciones*

Es común concebir la *sanción* como un acto punitivo, adoptado por una instancia superior, dotada de la facultad de *castigar* los ilícitos. Se subraya así su carácter *vertical*. De manera impropia Estados y grupos de Estados y Organizaciones Internacionales se sirven frecuentemente de esta terminología —*sanción*— para dar lustre a meras retorsiones o, lo que es más grave, para legitimar en Derecho Internacional acciones que son, simplemente, hechos ilícitos. Tal fue el caso de las *sanciones* estadounidenses contra Nicaragua (1981) por el apoyo que este país (presuntamente) prestaba a la *guerrilla* salvadoreña. O el de las medidas adoptadas también por Estados Unidos —junto con otros países occidentales— contra Libia y Siria (1985 y 1986) por sus (presuntas) implicaciones en actividades terroristas en suelo europeo. Que un Estado califique sus medidas de presión como *sanciones* no añade un ápice más de legitimidad a las mismas (v. par. 341).

Tras algunas vacilaciones, la CDI se inclinó por circunscribir las *sanciones* a las reacciones institucionales en el marco de una Organización Internacional, poniendo como ejemplo las medidas que se adoptan bajo la autoridad del Consejo de Seguridad conforme al Capítulo VII de la Carta.

Sobre las medidas del Consejo cabe, no obstante, precisar que aunque la práctica —que no la Carta— las califica a menudo como *sanciones* (v. par. 517), esa calificación es discutible, pues no traen por causa la reacción ante un ilícito y, en ese sentido, tampoco pueden considerarse medidas atinentes a la aplicación coactiva del Derecho Internacional, sino que su finalidad es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Sin duda, cabe presumir que un sujeto al que se imputa una amenaza o un quebrantamiento de la paz ha incurrido en grave ilicitud, pero no es éste el presupuesto de actuación del Consejo de Seguridad y son consideraciones políticas (sin perjuicio de la obligación formal de los miembros del Consejo de actuar en el marco de la Carta) las que determinan la toma de decisiones. De ahí las críticas que pueden dirigirse al Consejo cuando, invocando el Capítulo VII de la Carta, adopta medidas que sobrepasan el mantenimiento de la paz para expandirse en el de la responsabilidad internacional y sus consecuencias (v. par. 522, 527).

Hecha esta salvedad, la pertinencia del concepto de *sanción* como medida de aplicación coactiva del Derecho Internacional en su dimensión institucionalizada ha de ser aceptada, siempre que se predique de los actos de un régimen o de una Organización cuya finalidad sea reaccionar contra las violación de sus reglas atribuida a sus miembros. Así, por ejemplo, en la propia Carta de Naciones Unidas los artículos 5 y 6 contemplan la posibilidad de que la Asamblea General suspenda en el ejercicio de sus derechos a un Estado miembro objeto de una acción preventiva o coercitiva del Consejo de Seguridad y la más radical de que expulse de la Organización al Estado miembro responsable de la repetida violación de los principios contenidos en la Carta (v. par. 98).

LXXVIII. EN PARTICULAR, LAS CONTRAMEDIDAS

335. *Noción*

El término *contramedida* no es de tan reciente factura como se cree. Así, ya en 1915, con ocasión de la retención por Suecia de sacas postales provenientes del Reino Unido con dirección a Rusia en respuesta a un comportamiento similar anterior de las autoridades británicas, calificaron éstas la acción sueca de *contramedida*. También en la CDI aparece el término tempranamente, cuando en el contexto de la codificación del Derecho de los Tratados Gerald Fitzmaurice (1959) se refirió en varias ocasiones a las *contramedidas* al comentar un proyecto de artículo sobre la «No ejecución del tratado a título de represalias legítimas».

En el mismo sentido cabe evocar la jurisprudencia internacional. Así, en el asunto sobre el *Acuerdo sobre los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia* (1978) el tribunal arbitral sostuvo que, en una situación que comportase la violación de una obligación internacional, el Estado lesionado estaba facultado para, a reserva de las reglas generales de Derecho Internacional relativas a las coacciones armadas, hacer respetar su derecho por *contramedidas*.

También la Corte Internacional de Justicia ha reafirmado el derecho del Estado lesionado a recurrir a *contramedidas* en respuesta a un ilícito previo que ha infringido sus derechos. En el asunto del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos* (1980) entendió la Corte que las medidas de presión económica adoptadas por los Estados Unidos tras la violación de sus locales diplomáticos y la toma como rehenes de los funcionarios que allí se encontraban, habían sido adoptadas a título de *contramedida*. En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia se planteó la inadmisibilidad de *contramedidas* por terceros Estados que no habían sido víctimas de ningún ilícito internacional. La Corte desechó que las acciones de Estados Unidos contra Nicaragua fueran lícitas a título de *contramedidas* frente a supuestos actos de intervención de Nicaragua en el territorio de sus vecinos (Costa Rica, El Salvador, Honduras).

Como puede observarse, es manifiesta la vinculación inicial de las *contramedidas* con el concepto de *represalias*, hasta ser el punto de ser intercambiables (sugiriendo aquéllas una cierta reciprocidad).

El desarrollo último de la noción de *contramedidas* se debe a los trabajos de codificación de la responsabilidad internacional por la CDI. Los proyectos de artículos de la Comisión sostienen que la ilicitud del hecho de un sujeto que no sea conforme con una obligación internacional suya para con otro sujeto queda excluida si ese hecho constituye una *contramedida* tomada contra ese otro sujeto de acuerdo con las condiciones de fondo y de procedimiento que exige el Derecho Internacional (CDI, proyecto arts. sobre responsabilidad de los Estados, art. 22; Id. OI, art. 21). Esta definición refuerza la identidad entre *contramedidas* y *represalias*. Su regulación ha sido uno de los puntos más conflictivos de la codificación, sometida al fuego cruzado de quienes (como Estados Unidos o el Reino Unido) no la querían a fin de tener las manos más libres y quienes (como Cuba y México) eran hostiles porque regularlas equivalía a legitimarlas. En esta línea hubo quien (Grecia) propuso su prohibición total.

Según la CDI queda fuera del concepto de *contramedida* la terminación o suspensión de un tratado como respuesta a la violación grave del mismo por otro de las partes (art. 60 de la CV sobre Derecho de los Tratados) (v. par. 232, 237). Desde luego, el cumplimiento cabal de esta cláusula, esto es, la suspensión de un acuerdo como respuesta a su violación siguiendo el *iter* procedimental de la Convención de Viena, no puede calificarse de acto ilegal y, por ende, no puede ser una *contramedida*. Pero si la suspensión del tratado se adopta por un Estado lesionado al margen de las reglas de la Convención de Viena nada impide explicarla en términos de *contramedida*.

336. *Las condiciones*

El recurso a las *contramedidas* requiere satisfacer determinadas condiciones, claramente formuladas por la Corte Internacional de Justicia en *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) y precisadas por la CDI (proyecto arts. sobre responsabilidad de los Estados, arts. 49-54; Id. OI, arts. 50-56). Dichas condiciones son:

1) de *legitimación*: el actor ha de ser un sujeto lesionado por un ilícito internacional previo de otro sujeto;

2) de *contenido*: la medida reactiva: a) infringe una obligación internacional que el sujeto lesionado tiene frente al infractor; b) ha de ser proporcional al perjuicio sufrido; y, c) no puede versar sobre determinadas materias;

3) de *procedimiento*: a) su adopción debe: i) ir precedida de un requerimiento al sujeto infractor responsable para que cese en el ilícito y repare el perjuicio causado; y ii) ser notificada, con ofrecimiento de negociaciones; y b) su aplicación ha de suspenderse en determinadas circunstancias;

4) de *finalidad*: su objeto es inducir al sujeto infractor a cumplir con las obligaciones que ha infringido.

337. *¿Quién está legitimado para adoptar contramedidas?*

Quizás la primera condición —la comisión previa de un hecho internacionalmente ilícito para habilitar la respuesta del sujeto lesionado— sea la menos controvertida. La jurisprudencia internacional ha abundado en su exigencia (ss. arbitrales en los asuntos del *Incidente de Naulilaa*, 1928, y del *Cysne*, 1930). En *Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la Corte Internacional de Justicia afirma con rotundidad que: “para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones... En primer lugar debe adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado”.

Partiendo de esa consideración: 1) la legitimación para reaccionar corresponde sólo al sujeto lesionado por el ilícito (CDI, proyecto arts. sobre responsabilidad de los Estados art. 49; Id. OI, art. 50) y 2) queda descartado el recurso a *contramedidas preventivas*, decididas antes de la comisión del ilícito al que dicen responder.

Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse este requisito del ilícito *previo*? No basta con alegarlo, es preciso que se haya producido realmente, aunque ello no desmiente que el Derecho Internacional confiere a los sujetos la calificación preliminar de las situaciones jurídicas que les afectan. Por eso es suficiente condición la convicción de buena fe del sujeto lesionado respecto de la existencia del ilícito. Si esa convicción careciera de base las contramedidas serían ilícitas infringiendo los derechos subjetivos del otro sujeto, que, a su vez, sería el lesio-

nado. Cada cual es, pues, en origen, juez de su propia causa, pero en el ejercicio de tal facultad actúa sometido al riesgo de una apreciación errónea del comportamiento del *otro*. Las controversias originadas por un conflicto de calificaciones no encuentran en las normas de Derecho Internacional general sobre responsabilidad reglas para solucionarlas.

338. *¿Qué condiciones sustantivas deben cumplir las contramedidas?*

Condición esencial es, en primer lugar, la *proporcionalidad*. La jurisprudencia ha exigido taxativamente la observancia de este límite restrictivo desde el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928). La CDI ha precisado en sus proyectos que “las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión” (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad de los Estados, art. 51; Id. OI, art. 53).

La proporcionalidad es un parámetro que obliga a comparar dos ilícitos: el cometido por el infractor y el que encarna la pretendida *contramedida*. En este sentido, la s. arbitral relativa al *Acuerdo sobre los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia* (1978) advierte que es fundamental en un litigio entre Estados tener en cuenta, no sólo los perjuicios sufridos por las empresas interesadas, sino también la importancia de las cuestiones de principio que plantea la violación alegada. Habrá que considerar, entonces, tanto el daño (en sus aspectos cuantitativos) como la trascendencia del interés protegido por las normas conculcadas y la gravedad de la violación (aspectos cualitativos).

Esta condición de la proporcionalidad jugó un papel muy relevante en el asunto *Gabcíkovo-Nagymaros* (1997), en el que la Corte Internacional de Justicia sostuvo que, aunque la negativa de Hungría a completar las obras constituía una infracción del Acuerdo de 1977 con Checoslovaquia, la asunción unilateral por este último país del control de un recurso compartido —los recursos naturales del Danubio, con la consiguiente desviación de las aguas— no respetó la proporcionalidad requerida por el Derecho Internacional.

Además, por razón de la sustancia, el contenido de las contramedidas no es abierto ni ilimitado. Están prohibidas genéricamente las contramedidas que infrinjan normas imperativas de Derecho Internacional; y ello porque la infracción de tales normas conculca algo más que el derecho subjetivo del infractor, también los derechos de todos los demás destinatarios de la disposición y, con carácter general, los intereses de la *comunidad internacional en su conjunto*.

Expresión conspicua y taxativa es la prohibición de las *contramedidas armadas* en virtud del artículo 2.4 de la Carta (v. par. 490, 491), norma con rango de Derecho Internacional general (CIJ, *Nicaragua*, 1986). Sólo ante un ataque armado puede un Estado recurrir, a fin de repelerlo, al uso de la fuerza haciéndolo, no a título de contramedida, sino de legítima defensa (v. par. 496-502). De acuerdo con esto, los proyectos de artículos de la CDI disponen que las contra-

medidas no afectarán a “la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas” (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de los Estados, art. 50.1.a; Id. OI, arts. 52.1,a).

Asimismo, en términos muy explícitos, se excluyen del ámbito de las contramedidas las “obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales” (CDI, proyectos de arts., arts. 50.1,b, y 52.1,b, respectivamente) y las “obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias” (arts. 50.1, c y 52.1, c, respectivamente) (v. temas 23, 24).

Finalmente, las contramedidas no deben incursionar en el Derecho diplomático y consular, pues tienen como límite el respeto a “la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos (o de la Organización)” (arts. 50.2, b y 52.2, b, respectivamente), en línea con lo establecido en su día por la Corte Internacional de Justicia (*Personal diplomático y consular*, 1980) (v. tema 18).

339. ¿Cuáles son las condiciones procesales para la adopción y el mantenimiento de una contramedida?

En el asunto del *Incidente de Naulilaa* (1928) el tribunal arbitral constató que los alemanes habían desencadenado *represalias* contra Portugal sin ninguna formalidad preliminar. En *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997) la Corte se pronuncia con contundencia a favor de que el sujeto lesionado se dirija previamente al infractor exigiéndole que cese en el ilícito. Los proyectos de artículos de la CDI establecen con claridad que antes de aplicar contramedidas el sujeto lesionado: 1) ha de requerir del infractor la cesación del ilícito, si éste continúa, y la reparación; y, 2) ha de notificarle la adopción de las contramedidas y ofrecerle una vía negociadora (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad de los Estados, art. 52.1; Id. OI, art. 54.1).

En curso una negociación nada impide adoptar y aplicar contramedidas (*Acuerdo sobre los servicios aéreos entre los Estados Unidos y Francia*, 1978). Una cosa es ofrecer la negociación y otra esperar a su agotamiento; más aún si se tiene en cuenta que uno de los objetivos que con las contramedidas puede perseguir el lesionado es el de forzar al infractor a sentarse a la mesa de negociaciones o aceptar el sometimiento de la controversia a otros medios de arreglo.

Estas exigencias procesales se excusan, por otro lado, una vez que se admite la adopción de contramedidas urgentes cuando el lesionado las estima “necesarias para preservar sus derechos” (CDI, proyectos de arts. arts. 52.2 y 54.2, respectivamente), lo que no deja de ser inquietante, si se considera que el carácter urgente y la finalidad ínsita de preservación de derechos del lesionado descansan en la propia calificación de éste.

Finalmente, las contramedidas aparecen como una figura excepcional cuya provisionalidad es innegable y cuya temporalidad tiene como juez el comporta-

miento de quien la causó. No cabe adoptar —y si ya se hizo hay que suspender “sin retardo injustificado”— una contramedida cuando: 1) el hecho ilícito haya cesado; y, 2) la controversia que ha justificado o justificaría la contramedida se encuentra sometida a “una corte o tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes” (CDI, proyectos de arts., arts. 52.3 y 54.3 respectivamente).

No ya la *suspensión*, sino la *terminación* de la contramedida procede tan pronto como el infractor “haya cumplido sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito...” (CDI, proyectos de arts., arts. 53 y 55 respectivamente). Si dotamos de contenido propio a los dos términos, la suspensión opera en un momento en que no se sabe cómo encajará el infractor la decisión de la corte o tribunal que ha de pronunciarse sobre la controversia.

340. *¿Cuál es la función y la finalidad de las contramedidas?*

El objeto de la contramedida es inducir al infractor a cumplir las obligaciones que le incumben, esto es, la cesación del ilícito (si es continuado), la prestación de reparación y, si procede, la garantía de no repetición (CDI, proyectos de arts., arts. 49.1 y 50.1 respectivamente).

Tratándose de contramedidas del miembro de una Organización Internacional contra la Organización de la que forma parte se requiere que aquéllas: 1) no sean incompatibles con las reglas de la Organización; y, 2) no existan otros medios adecuados para satisfacer su objeto (CDI, proyecto de arts. sobre la responsabilidad de las OI, art. 51).

341. *¿Contramedidas de terceros frente a violaciones graves de normas imperativas?*

La aplicación coactiva descentralizada del Derecho Internacional se ha caracterizado, como ya hemos advertido (v. par. 326), por su esencia radicalmente bilateral. En este sentido ha quedado claro que es el sujeto lesionado el legitimado para reaccionar frente a los ilícitos que le afectan. Pero esta visión tradicional, derivada de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia, se ha visto conmocionada, especialmente desde la década de los ochenta, por la emergencia de intereses *comunitarios*.

Las reacciones de terceros han encontrado una creciente justificación en la práctica de quienes invocan la necesidad de responder a las infracciones particularmente graves del Derecho Internacional, considerando que las obligaciones violadas interesan a la *comunidad internacional en su conjunto*. La acuñación de nuevos conceptos jurídicos, como el *ius cogens*, las obligaciones *erga omnes* (v. par. 146) y, fundamentalmente, la decantación en el proceso codificador de la noción de *violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas del*

Derecho Internacional general (CDI, proyectos de arts., art. 40) (v. par. 318) han originado corrientes de opinión favorables a la legitimación de contramedidas colectivas (especialmente en los casos en que no cabe hablar de Estado lesionado, por ser las víctimas nacionales del propio infractor).

Al hilo de distintas situaciones que, por otro lado, suponían una amenaza o, incluso, un quebrantamiento de la paz y seguridad internacionales, Estados Unidos, secundado por algunos de sus aliados, decidió aplicar *sanciones* (v. par. 334) económicas a una serie de Estados que, en su opinión, habían cometido graves infracciones del Derecho Internacional: Uganda (1978), a la que se acusaba de genocidio; la Unión Soviética (1979 y 1981) por su intervención en Afganistán y en Polonia; la misma Polonia (1981) por violar derechos humanos fundamentales de sus nacionales; África del Sur (1986) por su política de *apartheid*; Siria y Libia (1986) por su implicación en operaciones terroristas; Iraq (1990) por su invasión de Kuwait; Yugoslavia (1998) por la violación de derechos humanos y de la minoría albanesa en Kosovo... Las obligaciones presuntamente violadas afectaban, pues, a principios fundamentales de la sociedad internacional

Se ha sostenido que esta práctica es suficiente para generar la norma que autorizaría la adopción de contramedidas colectivas. Hay, sin embargo, quienes la han enjuiciado como arbitraria, selectiva, reducida a los países occidentales. Y no faltan, los que ven en ella una *tendencia*, todavía no definitiva, a los efectos de la configuración de una norma consuetudinaria.

Nada impide, desde luego, que los sujetos indirectamente lesionados adopten *retorsiones* (v. par. 332) frente al autor de infracciones graves de normas imperativas. Hasta podría sugerirse que una obligación de adoptarlas es deducible del deber de todos los sujetos de cooperar a fin de que termine, por medios lícitos, semejante infracción (CDI, proyectos de arts., art. 41.1) (v. par. 318).

En cuanto a las contramedidas, el debate en el proceso de codificación de las normas reguladoras de la responsabilidad internacional ha sido arduo y no ha estado exento de un confuso solapamiento con las competencias del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, temiéndose que grandes potencias y grupos de Estados quisieran servirse de aquéllas para esquivar un Consejo en punto muerto por el desacuerdo de sus miembros permanentes, que cuentan con derecho de veto. México, por ejemplo, sostuvo que el mecanismo que se proponía implicaba una reforma del sistema de seguridad colectiva establecido en la Carta de las Naciones Unidas, “permitiendo la adopción de medidas colectivas, decididas de manera unilateral, sin intervención del órgano central de la comunidad internacional y dejando al arbitrio de cada Estado establecer cuando se ha producido una violación grave, cuál es la naturaleza de la contramedida que se aplicará y cómo habrá de terminar la imposición de la contramedida” (v. tema 22).

Con andanadas de este calibre la CDI decidió *escapar* mediante una regla según la cual el régimen de las contramedidas no prejuzga el derecho de cualquier Estado u Organización Internacional, facultado para invocar la responsabilidad

de otro sujeto, a tomar medidas lícitas contra él a fin de asegurar la cesación de la violación y la reparación en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad de los Estados, art. 54; Id. OI, art. 56). Recordemos que los sujetos no lesionados facultados para invocar la responsabilidad internacional del infractor son los que forman parte de un grupo cuando la obligación violada ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo, o todos los sujetos cuando la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto (v. par. 327).

Evitando un pronunciamiento, ante la dificultad de lograr un acuerdo de amplia base sobre la formulación más adecuada de la regla, se da paso a una desregulación peligrosa, al menos para quienes, como es nuestro caso, ven reflejada en la práctica habida en los últimos años una actitud selectiva y arbitraria.

PARTE QUINTA
**LA COEXISTENCIA ENTRE
ESTADOS**

La dimensión personal de la soberanía

LXXIX. CONSIDERACIONES GENERALES

342. Competencia personal, competencia territorial

La concurrencia de Estados reclama, en evitación de conflictos, la articulación de normas que regulen la distribución de competencias entre ellos, lo que se lleva a cabo atendiendo a sus elementos característicos (territorio, población y gobierno, v. par. 18-20). Así, como entes territoriales que son, su competencia es, en primer lugar, *territorial*. En la medida en que cuentan con una población, determinada por el vínculo de la nacionalidad, ejercen una competencia *personal* adicional sobre sus *nacionales* cuando se encuentran fuera de su territorio. Por último, su condición soberana dota a los Estados de una dimensión exterior, de relación con los otros sujetos, en términos de independencia e igualdad formal (v. par. 36-41).

El vigor de la competencia territorial explica su ejercicio respecto de personas (nacionales o extranjeros), bienes y relaciones que se localizan en el territorio del Estado. En él la dimensión personal de la soberanía, que se ejerce sobre los nacionales, es redundante, y cobra todo su carácter solo cuando los *sigue* en sus desplazamientos más allá de los límites del Estado.

El Derecho Internacional tradicional imponía pocas limitaciones al ejercicio de la competencia territorial del Estado, vinculadas a la extranjería. El Estado determinaba discrecionalmente quienes eran sus nacionales y sobre ellos actuaba con una libertad prácticamente absoluta. Otro tanto ocurría con los *apátridas* (v. par. 347). En cuanto a los *extranjeros* nacionales de otros Estados era libre de fijar las condiciones de su entrada, permanencia y salida, pero mientras se encontraban en su territorio debía respetar lo que se consideraba un *estándar internacional mínimo* cuya observancia podía reclamar el Estado de su nacionalidad. A partir de este umbral los Estados celebraban numerosos tratados, de carácter bilateral, sobre amistad y buena vecindad, establecimiento, navegación y relaciones consulares para mejorar el tratamiento de —y proteger a— sus nacionales.

La progresión de la normativa internacional sobre los derechos humanos ha ido modificando la situación descrita, de manera que nacionales y extranjeros han podido aspirar, como personas, a un determinado nivel de protección originado en normas internacionales (v. tema 23). No obstante, la condición del individuo como nacional o extranjero sigue siendo un criterio de discriminación en el trato, para bien y para mal, desterrado en cambio cuando se predica de la raza, el sexo o la religión.

Más allá del territorio del Estado aflora la competencia personal, basada en la nacionalidad, en espacios internacionales y en el territorio de los demás Estados. En un espacio internacional, no sometido a soberanía territorial, la competencia personal se ejerce con la misma intensidad que la competencia del Estado en su propio territorio. Obviamente, cuando no es ese el caso, la competencia personal —como toda otra competencia extraterritorial— se aplica sobre bases muy limitadas y restrictivas, pues ha de desplegarse en el marco de la soberanía territorial de otro Estado cuyos poderes han de ser respetados.

La competencia personal tuvo una proyección seguramente desmedida en las relaciones de los países *civilizados* con los *bárbaros* (v. par. 8). Los llamados regímenes de *capitulaciones*, la jurisdicción *consular* y, luego, los mismos *tribunales mixtos*, prosperaron del Imperio Otomano a Japón y la China, envueltos en tratados compulsivos, anatematizados por *desiguales*, y finalmente terminados. Incluso entre países *civilizados* hubo fueros privilegiados de extranjería durante buena parte del siglo XIX hasta que la implantación, a veces, revolucionaria, del principio de igualdad ante la justicia acabó con ellos (en España en 1868). Sin incurrir en estos excesos, el Derecho Internacional privado revela la disposición de los Estados a aplicar leyes personales y a reconocer y ejecutar decisiones extranjeras, en la medida en que no choquen con su propia legislación de vocación territorial y no sean incompatibles con su orden público. Asimismo se reconoce a la *Oficina consular* (v. par. 355, 437) el ejercicio de determinadas funciones públicas que interesan a sus nacionales (y también, aunque en menor medida, a los extranjeros).

LXXX. LOS NACIONALES

343. La determinación de la nacionalidad: limitaciones a la competencia estatal

La nacionalidad se concibe como un vínculo que describe la pertenencia de un individuo (y, por extensión, de una persona jurídica) a un Estado. Corresponde a cada Estado determinar mediante su legislación quiénes son sus nacionales (CPJI (*Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos*, 1923). El Derecho Internacional no fuerza al Estado a adoptar criterios específicos de atribución de nacionalidad. Asumir el *ius soli* (otorgando la nacionalidad a los nacidos en el territorio del Estado), el *ius sanguinis* (concediendo la nacionalidad a los hijos de padre o madre nacional) o una combinación de ambos, imputar la nacionalidad propia por razón de matrimonio con —o de adopción por— un nacional o vincularla al domicilio o residencia habitual en el país, son todos criterios cuya asunción dependerá de la política de población de cada Estado, condicionado por su condición migrante y/o por su afán de mantener su ascendencia sobre una comunidad étnica o lingüística (v. par. 68, 69).

La primera condición para la validez internacional de la nacionalidad es la regularidad de su adquisición en virtud del Derecho interno del Estado de que se trate. Pero la validez interna de la nacionalidad no es la única condición para su reconocimiento extraterritorial. Aun escasos, el Derecho Internacional impone otros límites (v. Convención de La Haya sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad, 1930, arts. 1 y 2).

Así, la misma existencia de una pluralidad de Estados impone un límite genérico: un Estado no puede nacionalizar a la fuerza a todos los extranjeros que se encuentran en su territorio. Este límite adquiere mayor concreción cuando se advierte que ha de darse un vínculo *suficiente* entre el individuo y el Estado para que la nacionalidad que éste le atribuya sea oponible a terceros en el orden internacional. Los factores a considerar a tal efecto son variados: residencia habitual, lazos familiares, localización del centro de intereses, participación en la vida pública... La nacionalidad, en pocas palabras, ha de responder a una relación real o efectiva entre el individuo y el Estado (CIJ, *Nottebohm*, 1955). Una nacionalidad *artificial*, concedida a un individuo por un Estado sin que medie dicha relación, será válida en el orden interno, pero no será oponible en el internacional.

Un límite, modesto y muy concreto, es la exclusión del *ius soli* respecto de la prole del personal diplomático acreditado en un Estado (v. protocolo facultativo, concerniente a la adquisición de la nacionalidad, anexo a la CV sobre relaciones diplomáticas, 1961) o en una Organización Internacional con sede en ese Estado.

344. Nacionalidad y derechos humanos

Se ha sostenido, por otra parte, que la normativa internacional sobre derechos humanos, al concebir la nacionalidad como un derecho fundamental de la persona, erige nuevas limitaciones a la competencia de los Estados. Una vez nacida, la persona tendría derecho a una nacionalidad, a cambiar de nacionalidad y a no ser privado de ella arbitrariamente. En apoyo de esta tesis se invoca el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Pero se trata de un deseo; no ha podido constatarse una práctica conforme acompañada de la identificación de los Estados que deberían satisfacer tales derechos.

345. Adquisición de una nacionalidad originaria

Por lo que se refiere a la *adquisición de una nacionalidad originaria*, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) se limita a afirmar el derecho de todo niño a ella (art. 24.3), sin pronunciarse acerca del sujeto que deba dársela. Sólo en el ámbito latinoamericano la Convención americana relativa a los derechos del hombre (*Pacto de San José*, 1969) lo concreta, al disponer que

toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado sobre cuyo territorio ha nacido, si no lo tuviera a otra (art. 20)

346. Cambio de nacionalidad: doble nacionalidad

En los casos de *cambio de nacionalidad* existe una tendencia a prescribir como condición inexcusable el consentimiento de la persona a la que quiere otorgársele, pero determinados actos propios voluntarios, como el matrimonio o la pretensión de establecimiento en un país, pueden comportar la adquisición de la nacionalidad del cónyuge o del país de residencia. La previa renuncia a la nacionalidad de origen no es prescrita por normas internacionales, sino por reglas de Derecho interno y cada vez son más los Estados que permiten a sus nacionales de origen conservar este vínculo a pesar de que hayan adquirido otra nacionalidad (España entre ellos). Los flujos migratorios y la movilidad personal modulan en ese sentido las políticas legislativas. Los Estados origen de emigrantes tratan de conservarlos como nacionales, pero traducir ese afán en la prohibición de adquisición de otra nacionalidad, como hace, por ejemplo, Marruecos, es internacionalmente abusivo y no oponible a terceros.

La acumulación en un individuo de criterios divergentes de leyes estatales sobre la adquisición de nacionalidad originaria o los cambios de nacionalidad conduce a una doble o múltiple nacionalidad *de hecho*. Aunque hay quienes han pretendido erradicar esas situaciones considerándolas patológicas, no todas lo son. No es lo mismo una doble nacionalidad resultante de la operación ciega de un conflicto de leyes —de ahí tratados como la Convención europea sobre la reducción de casos de múltiple nacionalidad (1963)— o de la prohibición a los nacionales de adquirir otra nacionalidad, justamente ignorada por los terceros, que hacer de la doble o múltiple nacionalidad una política, unilateral o convenida, atendiendo a consideraciones históricas, culturales y migratorias, beneficiosa para los individuos. En esta dirección cabe llamar la atención sobre el segundo Protocolo de enmienda (1993) de la Convención europea sobre la reducción de casos de múltiple nacionalidad (1963), por el que se permite al individuo conservar la nacionalidad de origen cuando adquiere la de otro Estado parte en cuyo territorio ha nacido y reside, o viene residiendo desde los dieciocho años, en los casos de matrimonio o cuando los padres son nacionales de diferentes Estados partes. No obstante, si se trata de medidas unilaterales de un Estado ofreciendo la adquisición de su nacionalidad a *extranjeros* que comparten etnia, lengua o cultura, con su población, esta política puede ser vista con animosidad por el Estado del que son *nacionales*, barruntándose políticas sucesivas de irredentismo territorial (así, por ejemplo, Hungría, país de ascendencia de más de dos millones de personas con ciudadanía de los países vecinos, ha promulgado una ley, en vigor desde el 20 de agosto de 2010, reconociendo a las personas de etnia magiar nacionales de otros países el derecho de adquirir la nacionalidad húngara bajo determinadas condiciones; como reacción, Eslovaquia, con un diez

por ciento de población magiar, ha modificado la Ley de Ciudadanía forzando la pérdida de la nacionalidad eslovaca a quienes ejerzan ese derecho) (v. par. 68, 69).

El artículo 11.3 de la Constitución española (1978), al disponer que el Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España, sanciona una práctica iniciada en 1958 con Chile y seguida después con una decena más de países: Perú y Paraguay (1959), Bolivia, Guatemala y Nicaragua (1961), Costa Rica y Ecuador (1964), Honduras (1966), República Dominicana (1968) y Argentina (1969). En los supuestos de doble nacionalidad *convencional* se aplica, a efectos prácticos, el principio de efectividad. Tal como se presenta en los tratados una de las nacionalidades se conserva latente mientras que la otra —la del país de residencia o domicilio del individuo— despliega plena eficacia. Como puede observarse, se ha optado por establecer un sistema que, permitiendo la coexistencia del doble vínculo individuo/Estado, hiberna el que despliega una menor efectividad. Y si el individuo regresa al país de la nacionalidad latente, ésta devendrá eficaz, mientras que entrará en hibernación la otra.

347. Privación de nacionalidad: apatridia

Es apátrida quien no es considerado como nacional por ningún Estado. El apátrida es el extranjero *absoluto*. Al carecer de nacionalidad se encuentra falto de los derechos y beneficios inherentes a la condición de nacional de un Estado; sólo cuenta con los que se reconocen a toda persona, con independencia de la nacionalidad y, en su caso, con los que se enuncian en la Convención sobre el estatuto de los apátridas (Nueva York, 1954), en los Estados que son partes.

La situación de *apatridia* está ligada a los efectos perversos del juego de los criterios estatales de atribución de nacionalidad al confluir en una persona dada, a la pérdida de la nacionalidad por vía de sanción o a reglas insanas adoptadas en procesos de sucesión de Estados.

Si una criatura nace en un país regido por el *ius sanguinis*, siendo sus padres nacionales de otro país cuya nacionalidad se adquiere estrictamente por aplicación del *ius soli*, dicha criatura será apátrida. También lo será la persona que contraiga matrimonio con un extranjero si su Estado impone la pérdida de nacionalidad por este hecho y el Estado del cónyuge no contempla la adquisición de nacionalidad por matrimonio.

En cuanto a la *privación de nacionalidad* por sanción cabe señalar que los Estados que la prevén tienden a disminuir y no figuran, desde luego, en el cuadro de honor del respeto de derechos y libertades. En dirección contraria, no faltan Estados cuyo Derecho interno prohíbe que esa sanción recaiga sobre los nacionales de origen (caso de España, art. 11.2 de la Constitución).

Los reiterados esfuerzos por eliminar la apatridia han chocado contra la obsesión estatal de no ver recortados los poderes para regular discrecionalmente

las cuestiones relativas a la nacionalidad. Es a este respecto significativo que la Convención de las Naciones Unidas sobre reducción de la apatridia (1961) entrara en vigor sólo en 1975, siendo escaso el número de Estados partes (treinta y siete, en la actualidad). La Convención admite la privación de nacionalidad (art. 8.1) en los casos de naturalización fraudulenta, una residencia prolongada en el extranjero o conducta incompatible con los deberes de lealtad.

348. *La nacionalidad en la sucesión de Estados*

Uno de los problemas de la sucesión de Estados (v. par. 33) es determinar la nacionalidad de los individuos que componen la población concernida por el proceso. La práctica no es uniforme. En 1999 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) aprobó un proyecto de artículos sobre este punto, del que tomó cuenta la Asamblea General de las Naciones Unidas incorporándolo como Anexo de la Resolución 55/153 (2000). La Asamblea *alienta* a los Estados a que lo tengan en cuenta al tratar estas cuestiones, sugiere la eventual elaboración de instrumentos jurídicos regionales y sub-regionales y no descarta que más adelante, a partir de 2011, pueda considerarse la preparación de un convenio por Naciones Unidas (res. 63/118, de 2008). Se trata de evitar que una discordancia de criterios o, lo que es más grave, una política deliberada de exclusión, conduzca a situaciones de apatridia o, por lo menos, de extranjerización masiva. Hay quienes consideran que en lugar de preparar un tratado de codificación es preferible —siguiendo el ejemplo del Consejo de Europa (1996)— aprobar unas *Directrices* para guiar la práctica de los Estados.

Si consideramos la experiencia de la descolonización advertiremos que en unos casos (como el de los territorios administrados por Reino Unido), la *nacionalidad* se reguló por el Estado metropolitano; en otros, la mayoría, quedó en manos del Derecho interno del nuevo Estado. Ese fue el caso en la antigua *provincia* española de Fernando Poo y Río Muni, hoy Guinea Ecuatorial. Ello no impidió que la antigua metrópoli dispusiera de sus propias reglas para la conservación de nacionalidad por quienes hasta ese momento disfrutaban de ella en el territorio del nuevo Estado. También hubo arreglos en los acuerdos de sucesión, como ocurrió cuando España *retrocedió* Ifni a Marruecos (1969).

En los supuestos de sucesión al margen del proceso descolonizador la solución vendrá dada, normalmente, por el Derecho interno del Estado sucesor. Tratándose de una unificación o absorción de Estados (v. par. 22) la nacionalidad se extenderá sin problemas a quienes eran nacionales de los Estados fusionados o absorbidos (tómese como ejemplo la RF de Alemania). Los problemas se plantean en relación con los Estados nuevos (y resucitados) resultantes de un proceso de disolución o de separación (ib.). Su libertad es prácticamente absoluta. El Derecho Internacional general sólo puede incidir invocando una blanda y genérica obligación de llegar a acuerdos para evitar situaciones sobrevenidas de apatridia como consecuencia de la sucesión (en el Derecho Internacional par-

ricular se cuenta con la Convención para la reducción de los casos de apatridia, art. 10), y una obligación más concreta prohibiendo la implantación de criterios discriminatorios o que impongan el abandono del territorio a los residentes que no siguen la nacionalidad del nuevo Estado, algo que fue el régimen común de los tratados de paz al término de la Primera Guerra Mundial.

Cabe suponer que los nuevos Estados, en general, utilizarán criterios de nacionalidad que permitan atraer a los nacionales del Estado predecesor vinculados con el territorio del nuevo Estado. En este sentido, el domicilio o residencia habitual son particularmente apropiados (así, por ej., Ley sobre la sucesión de Ucrania, 1991, art. IX). También cabe esperar que, de seguirse otro criterio (por ej. un criterio étnico, como el que decidía la segunda identidad en la Unión Soviética o en la vieja Yugoslavia), reconocerán a los domiciliados y residentes habituales, nacionales del Estado predecesor, un derecho de opción. Este derecho —que en América latina fue endosado por la Convención americana sobre Nacionalidad (1933, art. 4)— ha sido afirmado por la *Comisión Badinter* en relación con las minorías serbias en Croacia y en Bosnia y Herzegovina (dictamen núm. 2, de 11 de enero de 1992).

No obstante, el principio étnico subyacente a los procesos de separación y el afán por consolidar sobre estas bases el nuevo Estado han animado también planteamientos restrictivos que pueden llegar a ser incompatibles, por discriminatorios, con derechos humanos fundamentales (v. par. 74). La condición de extranjería sobreviene como consecuencia de la aplicación de leyes que conciben la nacionalidad para servir identidades étnicas y, por ello, encaminadas a la segregación, al extrañamiento político y social de individuos de otras etnias, que venían residiendo desde siempre en, el territorio del nuevo Estado. En este sentido, la legislación de algunas antiguas repúblicas soviéticas (Estonia, Letonia) y yugoslavas (Croacia) hubo de ser puesta en cuarentena.

La CDI recuerda en su proyecto de artículos (1999) que la nacionalidad depende esencialmente del Derecho interno dentro de los límites trazados por el Derecho Internacional y afirma que los Estados concernidos deben promulgar sin demora injustificada una legislación que prevenga la apatridia, incluso temporal, de las personas cuya nacionalidad puede verse afectada por el proceso sucesorio, favorezca el principio de unidad familiar, se ordene sobre bases no discriminatorias y se aplique sin arbitrariedad. Los efectos perjudiciales de la sucesión de Estados sobre la nacionalidad de las personas y otros aspectos del estatuto personal han de ser resueltos por los Estados concernidos mediante acuerdos.

La CDI propone como punto de partida la presunción de que una persona cuenta con la nacionalidad del Estado en cuyo territorio tiene su residencia habitual. Éste no ha de imponer su nacionalidad a quienes residen habitualmente en otro Estado, pero debería otorgar un derecho de opción, ejercitable en un plazo razonable, a quienes guarden con él un vínculo apropiado, así como a quienes tuvieron en él su última residencia habitual antes de trasladarse a un país

tercero. Asimismo, debería aplicar subsidiariamente el *ius soli* a los nacidos en su territorio si es el único medio para evitar su apatridia. El Estado predecesor, si continúa, no retira su nacionalidad a quienes la disfrutaban en tanto no han adquirido la nacionalidad de un Estado sucesor. Rusia y la RF de Yugoslavia han seguido esta directriz. Una nacionalidad concedida a una persona que no tenga con el Estado concernido un vínculo efectivo no será oponible a terceros a menos que conduzca a su tratamiento como apátrida. Hasta aquí las líneas maestras del proyecto de la Comisión.

349. Nacionalidad de las personas jurídicas, navíos y aeronaves

La nacionalidad de las personas jurídicas es también de competencia estatal (CIJ, *Barcelona Traction*, 1970). Siendo el criterio tradicional atribuirles la nacionalidad del Estado bajo cuya legislación se han constituido y en cuyo territorio tienen su sede, no constituye ésta, sin embargo, una regla que imponga el Derecho Internacional. Las legislaciones nacionales recurren también a otros criterios igualmente válidos, como el del *control* de la sociedad, que se asienta sobre la nacionalidad del grupo mayoritario de los accionistas (v. par. 360).

También se ha proyectado sobre los *buques* la exigencia de una adscripción nacional (el *pabellón*) a fin de designar el Estado con jurisdicción sobre ellos. El principio, formulado de antiguo (*Boutres de Mascate*, 1905), es el de la libertad del Estado para decidir sobre el derecho de enarbolar su pabellón. El principio fue asumido por la Convención de Ginebra sobre alta mar (1958, art. 5), añadiendo la exigencia de un vínculo *efectivo* entre el Estado y el navío, lo que ha sido reiterado por la CONVEMAR (1982, art. 91) a fin de combatir los *pabellones de complacencia*. La Convención de Naciones Unidas sobre las condiciones de registro de los buques (1986) ha desarrollado el concepto, si bien con criterios demasiado flexibles, al contentarse con exigir una participación de los nacionales en la propiedad y administración del buque y que una parte adecuada de sus oficiales y tripulación sean nacionales o residentes en el Estado de matrícula. Así que los *pabellones de complacencia* han tendido a multiplicarse. Con ellos los armadores tratan de sortear las obligaciones fiscales, laborales y operativas establecidas en la legislación nacional, registrando sus buques —previa constitución, en su caso, de una sociedad— en los países menos exigentes. Algunos, como Bahamas, Belice o Panamá, han conseguido así que sus flotas figuren entre las primeras del mundo. Incluso los Estados desarrollados han caído en la tentación de competir, en lugar de combatir, tales pabellones, creando sus propios *segundos registros*, menos exigentes (casos de la isla de Man o de Gibraltar).

La CONVEMAR (art. 93) admite implícitamente que los buques al servicio de una Organización Internacional de la familia de las Naciones Unidas enarbo-len su pabellón. A partir de ahí quedan pendientes todos los problemas relativos al ejercicio de la jurisdicción que comporta un sistema legal estatal. Así, ¿quién ejercerá jurisdicción penal sobre el capitán o su tripulación?

En cuanto a las *aeronaves civiles*, la Convención de aviación civil internacional (Chicago, 1944) sienta el criterio del Estado de matrícula como determinante de la nacionalidad (art. 17) y deja en sus manos la competencia para determinar cómo ha de realizarse (art. 19). La Convención admite el cambio de matrícula, pero prohíbe la doble matriculación (art. 18). Al concederse (art. 77) la posibilidad de que dos o más Estados constituyan organizaciones de explotación conjunta del transporte aéreo el Consejo de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), competente en la materia, propuso (1968) una alternativa: la designación del Estado propietario de la aeronave, o la de uno de los Estados por cuenta y en nombre del conjunto de los interesados.

La nacionalidad de los *objetos espaciales* viene determinada por las reglas del Convenio sobre registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre (Nueva York, 1974). De nuevo el criterio utilizado (art. II) es el del Estado de matrícula, de la que es responsable el Estado del lanzamiento. Este, a su vez, había sido definido previamente por el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972, art. 1) como: 1) el Estado que lance o promueva el lanzamiento de un objeto espacial; ó 2) el Estado desde cuyo territorio o desde cuyas instalaciones se lance un objeto espacial.

LXXXI. LOS EXTRANJEROS

350. *Discriminación positiva y negativa*

Partimos de una definición amplia del *extranjero* como la persona que no está unida por el vínculo de la nacionalidad al Estado en cuyo territorio se encuentra. Son extranjeros, pues, tanto los apátridas como quienes ostentan la nacionalidad de otro Estado.

El régimen relativo a los extranjeros se configura como una manifestación de los poderes soberanos que el Estado proyecta sobre las personas que se encuentran en su territorio a las que no considera nacionales. Es el Estado *territorial* el que regula todas las circunstancias relativas a los extranjeros (admisión al territorio del Estado, estatuto mientras permanecen en él, salida). El conjunto de reglas conforma un *corpus* nacional de Derecho de extranjería. Sin embargo, la competencia estatal no está exenta de limitaciones impuestas por el Derecho Internacional; su fuente más importante está en los tratados, aunque la propia práctica estatal ha generado normas generales de carácter consuetudinario.

Históricamente la percepción que los Estados tienen del *extranjero* y de las situaciones jurídicamente relevantes en las que puede encontrarse inmerso ha variado a expensas de los cambios producidos en su condición económica y social. Esquemáticamente, y con una visión algo reductora, puede decirse que del extranjero cualificado de finales del siglo XIX, extranjero *civilizado* de procedencia occidental, en escaso número, radicado en países latinoamericanos o asiá-

ticos, con fuertes intereses económicos sobre el terreno, se ha pasado a finales del siglo XX al extranjero *bárbaro* e indocumentado, inmigrante irregular del *Sur* que pretende asegurar su subsistencia acudiendo en masa al reclamo de las oportunidades que percibe en el estado del bienestar occidental (mientras dure), impetrando eventualmente, con razón o sin ella, la concesión de asilo y protección de refugiado (v. par. 567, 569, 570).

Ese perfil histórico del *extranjero* ha repercutido en las reglas del Derecho Internacional. De un Derecho Internacional sólo de los *civilizados*, discriminatorio y protector de los intereses de las potencias coloniales e imperialistas (y de las personas y propiedades de sus nacionales en tierra extraña), que afirma un *estándar internacional mínimo* (v. par. 352) de derechos de los extranjeros frente al principio de equiparación a los nacionales (defendido por los países latinoamericanos) se pasó —sin desmedro del *estándar mínimo*— a un Derecho Internacional *universal* en el que el progreso evidente de la normativa sobre derechos humanos no ha recorrido aún el camino suficiente para que la extranjería deje de ser un honorable factor de discriminación, que no se permite en cambio cuando se predica sólo de la raza, el sexo, la religión o la lengua.

Formando los *extranjeros* un grupo heterogéneo, pueden distinguirse en él, a: 1) los que gozan de estatuto diplomático (v. par. 441-448); 2) los que tienen la condición de refugiado (v. par. 569); 3) los nacionales de Estados pertenecientes a la *familia* (por ej., UE, comunidad iberoamericana, *Commonwealth*, comunidad francesa...); en realidad, sobre un mínimo uniforme proliferan los regímenes particulares más variados, multilaterales y bilaterales, sectoriales y generales; 4) los *ex nacionales*, nuevos extranjeros, incluso apátridas, sobrevenidos como consecuencia de las leyes de nacionalidad promulgadas por los Estados implicados en un proceso de sucesión, descolonizador o no (v. par. 348); 5) los inmigrantes, regulares o irregulares (v. par. 353).

La comparación de algunos regímenes cualificados de extranjería ilustra las tensiones y tendencias contradictorias del trato a los extranjeros. Así, mientras que para los ciudadanos de la Unión Europea se difumina la frontera jurídica entre el nacional y el extranjero, hasta el punto de definirse como extranjeros sólo a los nacionales de terceros Estados, el derecho de asilo y refugio se enfrenta, por el contrario, a fuertes retrocesos y la libre circulación de las personas procedentes de países en vías de desarrollo choca con las barreras administrativas y policiales que erigen los países desarrollados en su ansiedad por frenar los flujos migratorios incontrolados.

351. Admisión y permanencia

La *admisión de extranjeros* —a salvo las particularidades de las solicitudes de asilo y refugio— compete a la legislación interna del Estado territorial, sin que exista una obligación de admisión fundada en el Derecho Internacional ge-

neral. El principio es, pues, la libertad del Estado, salvo que existan obligaciones convencionales.

La regla del Pacto de Naciones Unidas de derechos civiles y políticos (art. 12.1) que proclama el derecho a circular libremente y a elegir libremente residencia se circunscribe a “toda persona que se halle legalmente en el territorio del Estado” (CtDH, *Observación General* n° 27, 1999). El Estado que rehúsa la entrada a un extranjero no está obligado a motivar su decisión.

Lo dicho no obsta para que algunos ordenamientos internos configuren la situación del extranjero a efectos de entrada en el territorio nacional con perfiles bien cercanos a los de un auténtico derecho subjetivo. Así, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea se les reconoce, en tanto que ciudadanos de la Unión, el derecho de circular y residir libremente en el territorio común, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el propio Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (art. 21 TFUE). Ahora bien, instaurar un ámbito espacial en el que rija la libre circulación de las personas que en él se encuentran implica, junto a la supresión de las fronteras intracomunitarias, la exacerbación de los controles en las fronteras *exteriores* de la Unión.

En cuanto a la *expulsión* —que debe distinguirse de la *no admisión*— de los extranjeros, se trata también de una cuestión bajo el poder discrecional del Estado. Ahora bien, si el Derecho Internacional general no establece ninguna limitación, los tratados multilaterales reguladores de los derechos humanos sí contienen algunas.

El Pacto de Naciones Unidas de derechos civiles y políticos (1966) admite la facultad del Estado de expulsar a los extranjeros (art. 13). En el caso de que su entrada hubiera sido irregular está facultad es irrestricta, siempre dentro del respeto de los derechos humanos fundamentales; pero si se trata de un extranjero que se halla legalmente en el territorio del Estado, la expulsión sólo cabe en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y permitiendo a la persona objeto de la medida que argumente las motivaciones contrarias a su expulsión y pueda presentar a revisión de la autoridad competente su caso, salvo que se opongan a ello razones imperiosas de seguridad nacional. De este precepto puede deducirse el amplio margen de discrecionalidad que sigue jugando en favor del Estado, obligado sólo a no actuar arbitrariamente, a no realizar expulsiones colectivas y a motivar sus decisiones al amparo de su legislación de extranjería. La deportación masiva de extranjeros como medida de naturaleza política no es, sin embargo, una práctica de otro tiempo. Kuwait, por ejemplo, *pagó* la actitud pro-iraquí de las organizaciones palestinas en la llamada *Guerra del Golfo* (v. par. 515) con masivas deportaciones de palestinos residentes en dicho Emirato.

Los Estados, en el libre ejercicio de su competencia doméstica, sí pueden autolimitar su facultad de expulsar a los extranjeros, sometiéndola a determinadas condiciones, y eso es lo que se espera de un estado de derecho (en España, LO 4/2000, arts. 21 y 57). Si se trata de un ciudadano de Estados miembros de

la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo la expulsión sólo puede decretarse por razones probadas de orden, salud o seguridad públicas (R. D. 240/2007, art. 15).

Como parece lógico, la expulsión de los extranjeros y su deportación, una vez decretada según un proceso judicialmente regular, sólo será posible si los expulsados encuentran acogida en el territorio de otro Estado. En este sentido las autoridades de deportación tendrán en cuenta que un Estado se encuentra obligado a recibir en su territorio únicamente a sus nacionales (v. Pacto de NU sobre derechos civiles y políticos, art. 12.4). Además, en el trámite de la deportación el trato al extranjero debe responder al estándar mínimo internacional, y más concretamente, han de eludirse los tratos inhumanos o degradantes.

352. Régimen de extranjería

Una vez admitidos en el territorio de un Estado el estatuto de los extranjeros se determina discrecionalmente por la autoridad local teniendo en cuenta las obligaciones deducidas de los tratados, bi y multilaterales, en que es parte y el *estándar mínimo* del Derecho Internacional consuetudinario.

Así, los tratados constitutivos de la Unión Europea al instaurar las libertades de circulación de personas, establecimiento y prestación de servicios, y bosquejar una ciudadanía europea sobre los nacionales de los Estados miembros, limitan al máximo la discriminación basada en la nacionalidad, especialmente en el ámbito de las actividades económicas. Los nacionales de los Estados miembros son, además, electores y elegibles en las elecciones municipales del lugar donde residan (art. 22 TFUE) (v. par. 356). Fuera de este caso, la Constitución española (art. 13.2) sólo permite otorgar a los extranjeros (mediante tratados o por ley, atendiendo al criterio de reciprocidad) el derecho de sufragio activo en tales elecciones.

Entre los tratados bilaterales cabe mencionar los de amistad, buena vecindad y cooperación, los de establecimiento, comercio y navegación (que específicamente tienen por objeto regular las condiciones jurídicas que afectan a los nacionales de cada parte cuando se encuentran en el territorio de la otra), los convenios de Seguridad Social, los convenios para evitar la doble imposición. En estos tratados y convenios afloran a menudo las cláusulas de *trato nacional*, *nación más favorecida* y *reciprocidad* a las que ya nos hemos referido (v. par. 264-266).

Especial mención merecen los más de dos mil acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (“APPRI”) celebrados en las últimas décadas (España ha concluido más de sesenta). Los APPRI se configuran como acuerdos de promoción de las inversiones de los nacionales de cada parte en el territorio de la otra mediante la asunción no sólo de la obligación de admitir las inversiones realizadas de conformidad con su propia legislación sino, sobre todo, de asegurarles un determinado estándar de protección. Junto a cláusulas como

las ya mencionadas, las partes en estos acuerdos incluyen otras obligándose a otorgar a los inversores un “trato justo y equitativo” o/y una indemnización adecuada y efectiva en caso de expropiación directa o “indirecta”, amén del derecho a la libre transferencia de las rentas obtenidas. La problematicidad de la interpretación de conceptos tan vagamente concebidos conduce a diferencias, cuando el gobierno local pretende tomar decisiones de política económica, que han de ser resueltas mediante arbitrajes igualmente previstos por los acuerdos. Es lógico que los gobiernos demandados por los inversores acudan, *inter alia*, al *estado de necesidad* (v. par. 312) para salvar la eventual ilicitud de sus medidas conforme a lecturas neoliberales de los APPRI. Una mayor sensibilidad hacia esta clase de argumentación parece estar abriéndose camino, se considere o no pertinente en el caso concreto (v., por ej., CIADI, *Sempra Energy Int. C. R. Argentina*, 2007; *Suez c. Rep. Argentina*, 2010; Comité *ad hoc*, anulación de la s. en el asunto *Enron / Ponderosa c. R. Argentina*, 2010).

En origen el concepto de *estándar mínimo* se encuentra vinculado a la protección de los intereses de europeos y estadounidenses afincados en países latinoamericanos. Al respecto es ilustrativa la advertencia hecha por el Presidente de la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México (*Roberts*, 1926) al señalar que el criterio para juzgar la conformidad de los actos de las autoridades estatales con el Derecho Internacional estribaba en verificar si los extranjeros han sido tratados de acuerdo con las normas elementales de la *civilización*. Habida cuenta del carácter discriminatorio del Derecho Internacional de la época, no es sorprendente que el contenido del *estándar mínimo* y el mismo concepto fuese impugnado por quienes veían en él un criterio de dirección única, a menudo apreciado, además, con una notable falta de rigor en la consideración de las circunstancias del caso por el que se reclamaba.

Dados sus objetivos, el *estándar mínimo* se nutrió del derecho de los extranjeros a un proceso judicial adecuado, a obtener protección ante situaciones de desorden público, a que se les garantizara el pacífico ejercicio de sus derechos de propiedad y, en caso de expropiación, a obtener una indemnización pronta, adecuada y efectiva. La noción encontró un cierto acomodo en la jurisprudencia arbitral.

El impacto de la normativa de derechos humanos en el Derecho Internacional de extranjería ha decantado y dado un nuevo rumbo al concepto y nutrido el contenido del *estándar mínimo*. Sin ánimo de ser exhaustivo pueden considerarse parte fundamental de dicho *estándar* el derecho a la vida y a la protección de las propiedades del extranjero ante violencias colectivas y algaradas xenófobas, el derecho a no ser detenido arbitrariamente, el derecho a obtener justicia, sin sufrir discriminaciones, ante los tribunales, el derecho a no ser torturado ni sometido a tratos inhumanos o degradantes, la facultad de ejercitar determinados derechos civiles básicos, como los de familia. En realidad, el vigor jurídico de los derechos incluidos en el concepto de *estándar mínimo* se basa en su consideración como derechos fundamentales de la persona y en la imperatividad que

caracteriza su núcleo duro. Se discute, en cambio, consistentemente que forme parte del *estándar mínimo* la regla de la indemnización pronta, adecuada y efectiva, en casos de expropiación.

353. Inmigrantes, extranjeros vulnerables

El inmigrante es un extranjero y, como tal, se le aplica el régimen jurídico de extranjería; pero es un extranjero especialmente vulnerable. Las oleadas migratorias que caracterizan nuestro tiempo han colocado al inmigrante en el centro del interés internacional, de las políticas tímidas de las instituciones universales, de las políticas decididas de los países de destino, de las políticas condicionadas de los países de origen, de las políticas alarmadas de los países de tránsito. La inmigración se ha instalado como una preocupación esencial de la agenda internacional

No hay, sin embargo, normas internacionales específicas de los migrantes salvo en el ámbito laboral: la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (1990), así como, en el marco de la OIT, los Convenios nº 97 (relativo a los trabajadores migrantes) y nº 143 (sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes). A ellos debe añadirse el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que acompaña a la Convención contra la delincuencia organizada transnacional (2000). Pero mientras que éste último cuenta con un elevado número de partes (140 actualmente, entre ellas la Unión Europea y sus Estados miembros y la práctica totalidad de los países latinoamericanos, salvo Cuba), la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias sólo suma, veinte años después de su firma, 43 Estados partes, ninguno de ellos un país desarrollado receptor de inmigrantes.

En estas circunstancias conviene recordar que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral” (CIDH, *Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados*, 2003). La Asamblea General de las Naciones Unidas ha insistido reiteradamente en el obligado respeto de estos derechos (v., por ej., res. 64/166, de 8 de diciembre de 2009). Dada la sorprendente práctica seguida por algunos Estados de considerar más allá de su jurisdicción determinadas zonas aeroportuarias también conviene recordar que no es el territorio del Estado el que predetermina la observancia de los derechos humanos fundamentales por la autoridad pública, sino el ejercicio del poder público por parte del aparato del Estado. De ahí que sea rechazable calificar zonas como las aeroportuarias, situadas en el corazón territorial de los Estados, como *zonas de nadie* en la que no rigen, todavía, los derechos fundamentales establecidos a favor del extranjero. Los derechos humanos acompañan a la persona allá donde vaya y obligan a cada Estado allá donde se encuentren sus autoridades (v., en España, TC, 174/1999; 53/2002).

Hasta la fecha, las aproximaciones a la gestión de la migración que han prosperado han sido las bilaterales y los mecanismos consultivos de alcance regional. Los acuerdos bilaterales son fundamentalmente de tres tipos: a) en materia laboral, para coordinar prestaciones de la seguridad social, establecer programas de intercambios de mano de obra o sobre migración estacional: la OIT ha constatado su gran número, en su mayor parte protagonizados por la Unión Europea, Estados Unidos y Canadá, con participación de más de sesenta países; b) los acuerdos para la promoción de la transferencia segura de las remesas; y c) los acuerdos de readmisión, en número creciente; ligados al combate de los Estados occidentales contra la inmigración irregular mediante estos acuerdos los Estados de tránsito se comprometen a readmitir a los rechazados. ¿Podría el *principio de no devolución* —propio de los refugiados y protegidos por el asilo (v. par. 571)— beneficiar también a los inmigrantes irregulares? Se ha sostenido (L. Peral) que el *principio de no devolución* es aplicable a cualquier persona siempre que el rechazo en frontera pueda implicar un riesgo para su vida y libertad. La migración parece ser, por otro lado, materia idónea para el recurso a mecanismos consultivos oficiosos, informales, que han surgido por doquier en ámbitos regionales más o menos amplios.

LXXXII. LA PROTECCIÓN DE LOS NACIONALES EN EL EXTRANJERO

354. Consideraciones generales

Entre las funciones clásicas del Estado se encuentra la de proteger a sus nacionales en el extranjero. Dicha función se realiza tanto a través de los órganos centrales del Estado, en particular los Ministerios de Relaciones Exteriores (v., por ej., en España, RD. 1416/2004) como de sus órganos periféricos, es decir, las Misiones diplomáticas (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1961, art. 3.1) y, sobre todo, las Oficinas consulares (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963, art. 5) (v. tema 18).

La protección de los nacionales en el extranjero puede adoptar distintas modalidades, según su objeto y los medios utilizados. Una es la *asistencia consular*, otra la *protección diplomática*.

355. La asistencia consular

La *asistencia consular* es una de las funciones básicas —y justifica la existencia— de las Oficinas consulares (v. par. 437, 438). Entre sus principales manifestaciones podemos destacar: a) los *auxilios materiales*, tales como repatriaciones voluntarias en situaciones de necesidad, evacuaciones de damnificados o ayudas económicas para asistencia jurídica, casos de enfermedad o incluso

pensiones asistenciales; *b*) el *auxilio en las relaciones con los órganos judiciales y administrativos*, asesorando al nacional, facilitándole un intérprete o, incluso, representándolo; *c*) la *asistencia a los nacionales arrestados o en prisión* y, en su caso, la organización de su defensa, una función cuya importancia ha venido aumentando con los años; y *d*) la *información y asistencia* en relación con las actividades del nacional.

También cabe mencionar la facultad de los cónsules de velar por los intereses de los nacionales en los casos de sucesiones, así como de menores e incapacitados; su competencia en este ámbito viene determinada por la ley de su propio Estado, pero tiene como límite lo dispuesto en los tratados vigentes con el Estado receptor o, en su defecto, en las leyes y reglamentos de éste (CV, 1963, art. 5.g, *h* y *l*). Recordemos asimismo la ayuda que se presta a los buques y aeronaves, así como a sus tripulaciones (art. 5.l).

La asistencia consular puede llegar a traducirse en la presentación de una reclamación por los perjuicios causados a un nacional. Esta modalidad de asistencia consular —tradicionalmente denominada *protección consular*— se distingue de la *protección diplomática* porque: 1) la reclamación puede versar sobre la infracción, no sólo del Derecho Internacional, sino también del Derecho interno; 2) se sustancia ante los órganos domésticos competentes del Estado infractor, no se trata, pues, de una *reclamación internacional* de Estado a Estado; y 3) no exige el agotamiento previo por el particular de los recursos internos del Estado receptor; por el contrario, se desarrolla normalmente de forma concomitante a las acciones que el particular emprende. Ahora bien, la protección consular puede ser el pórtico del ejercicio de la protección diplomática.

Para facilitar el ejercicio de la asistencia consular el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) impone al Estado receptor las siguientes obligaciones: *a*) permitir la libre comunicación entre los funcionarios consulares y los nacionales del Estado; *b*) informar sin demora a la Oficina Consular a solicitud del nacional interesado en caso de arresto, detención o prisión preventiva dentro de su circunscripción y transmitirle cualquier comunicación que éste le dirija; y *c*) permitir a los funcionarios consulares visitar al nacional que se halle arrestado, detenido o en prisión. Por su parte, el interesado tiene derecho a ser informado por el Estado receptor, igualmente sin demora, de los derechos que le reconoce la Convención (v. CIJ, *LaGrand*, 2001; *Avena*, 2004).

El artículo 36.2 de la Convención añade que las “prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1...se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor”, precisando no obstante que dichas leyes y reglamentos “no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”. En los asuntos *LaGrand* (2001) y *Avena* (2004) la Corte consideró que el Derecho interno de los Estados Unidos resultaba contrario a este precepto al no permitir a los extranjeros condenados por los tribunales norteamericanos recurrir las condenas sobre la base de que no habían sido previamente informados de estos derechos.

El Estado también presta en ocasiones asistencia o ayuda a sus nacionales en el extranjero a través de sus órganos centrales o de sus Misiones diplomáticas. La evacuación de nacionales en situaciones de crisis o catástrofe o el apoyo a inversiones y operaciones comerciales son ejemplos típicos de esta asistencia.

356. La protección de los ciudadanos de la Unión Europea

Los tratados constitutivos de la Unión Europea prevén que “todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado” (art. 23 TFUE).

Sin perjuicio de la potencialidad de esta disposición y de su evolución si, finalmente, el servicio exterior de la Unión que se está construyendo incluye una sección consular, su traducción real se ha limitado a una mera *protección humanitaria* (asistencia en casos de fallecimiento, de accidente o enfermedad grave, de arresto o detención y de actos de violación, así como en el socorro y repatriación de ciudadanos en dificultades, excluyéndose todo anticipo, ayuda económica o gasto si no media la autorización del Estado miembro de su nacionalidad, que queda en tal caso obligado al reembolso).

Una situación de otra naturaleza se produce cuando la Unión Europea tiene un interés jurídico en juego en casos que implican a nacionales de Estados miembros. Piénsese, por ejemplo, en los acuerdos de pesca celebrados por la Unión con terceros países, en los que se regula el procedimiento a seguir en caso de apresamiento de buques bajo el pabellón de Estados miembros en las aguas del tercero, previéndose la intervención, al menos en un primer momento, de las *Delegaciones de la Comisión*. Dichos acuerdos configuran una suerte de *asistencia de la Unión* en favor de los *pescadores comunitarios* (TPI, *Odigitria*, 1995), que no excluye, sin embargo, la asistencia consular de los propios Estados miembros ni el ejercicio por éstos de la protección diplomática en favor de sus nacionales si fueran víctimas de un hecho internacionalmente ilícito imputable al tercer Estado, distinto de la violación de las disposiciones del acuerdo celebrado con la Unión (el caso del apresamiento del buque español *Estai* por las autoridades canadienses en 1995 es ilustrativo a este respecto).

LXXXIII. EN PARTICULAR, LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

357. Un derecho del Estado

La *protección diplomática* consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado a uno de sus nacionales a con-

secuencia de un hecho internacionalmente ilícito, previo agotamiento por este último de los recursos internos del Estado infractor. “Es un principio elemental del Derecho Internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que no ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias” (CPJI, *Mavrommatis*, 1924). El particular no puede formular por sí mismo una reclamación exigiendo una responsabilidad internacional, al configurarse ésta como una relación de Estado a Estado a menos que un tratado lo faculte para ello. Si el hecho internacionalmente ilícito causa directamente perjuicio a otro Estado (aunque también lo cause a sus nacionales) no será preciso que recurra al ejercicio de la protección diplomática; puede invocar, sin más la responsabilidad internacional de su autor.

La CDI emprendió la codificación y desarrollo progresivo de las normas sobre *protección diplomática* en 1996. Diez años después aprobó un proyecto definitivo de artículos recomendando a la Asamblea General la elaboración de una Convención basada en dicho proyecto (v. AGNU, res. 62/67, de 8 de enero de 2008).

“Al asumir la causa de uno de sus súbditos y al poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial internacional, un Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar las normas de Derecho Internacional en la persona de sus súbditos” (CPJI, *Mavrommatis*, 1924). La configuración de la protección diplomática como un derecho propio del Estado tiene como corolario la afirmación del poder discrecional del Estado en su ejercicio. Como declaró la Corte Internacional de Justicia (*Barcelona Traction*, 1970), “un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida en que le parezca necesario, pues es su propio derecho lo que el Estado hace valer”, de manera que “si las personas físicas o morales en cuyo nombre actúa consideran que sus derechos no están suficientemente protegidos, no tienen recurso de conformidad con el Derecho Internacional”.

Ahora bien, como advertía la propia Corte, el Derecho interno puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus nacionales en el extranjero, pudiendo concederle a éstos “el derecho de exigir que esta obligación sea respetada y revestir ese derecho con las correspondientes sanciones”. Pocos son, sin embargo, los ordenamientos internos que lo hacen. No se quiere atar al gobierno forzándolo a tomar iniciativas cuando la oportunidad política, la escasa relevancia del asunto o la conducta impropia o arriesgada del nacional perjudicado (v. par. 358) aconsejan dejar correr los hechos.

En España la jurisprudencia (en particular, TS, s. de 16 de noviembre de 1974) califica la *protección diplomática como un acto político del Gobierno*, no susceptible de fiscalización por la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, el propio Tribunal Supremo ha reconocido (s. de 29 de diciembre de 1986) que la protección de los nacionales en el extranjero constituye “un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución”, siendo en cualquier caso preceptiva la consulta previa al Consejo de Estado (LOCE, art. 21.6) y pudiendo

la falta de ejercicio de protección diplomática o el ejercicio ineficaz de la misma engendrar la *responsabilidad patrimonial del Estado*, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea la consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos (TS, s. de 6 de octubre de 2004)

De las referidas sentencias cabe extraer una conclusión clara: si existe un nexo causal entre la lesión irrogada al particular por un Estado extranjero y la actuación previa de la Administración española, ésta deberá afrontar su responsabilidad patrimonial, pero la falta de ejercicio de la protección diplomática o su ejercicio ineficaz no basta por sí misma para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado. Establecer ese nexo entre el daño ocasionado por otro Estado y la falta de ejercicio o el ejercicio ineficaz de la protección diplomática no será tarea fácil. El Estado no puede ser una especie de responsable subsidiario de los incumplimientos protagonizados por otros Estados. Cosa distinta es que, de *lege ferenda*, se proponga la introducción de límites a la discrecionalidad del Estado en este ámbito o que, de *lege lata*, quepa explorar la vía seguida por el Tribunal Constitucional alemán (ss. de 7 de julio de 1975, 16 de diciembre de 1980), que ha reconocido la obligación de la República Federal de ejercer la protección diplomática a menos que hacerlo afecte a *intereses esenciales* del Estado. El Tribunal Constitucional español (s. 140/95) dejó el punto abierto al advertir que “si los poderes públicos no adoptaran medidas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática *cuando...sea procedente*...éste podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los juzgados y tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos” (énfasis añadido).

También podría ser exigible la responsabilidad patrimonial del Estado si celebrara un *acuerdo de compensación global (lump sum agreement)* con otro Estado del que se derivaran serios perjuicios para sus nacionales. En 1990 varios particulares presentaron reclamaciones de daños y perjuicios ante el Ministerio de Asuntos Exteriores por los perjuicios derivados, a su juicio, de la celebración con Marruecos del *acuerdo de compensación global* (1979) por la expropiación de tierras a nacionales españoles, reclamaciones que, siguiendo la opinión de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, no fueron estimadas (dictamen de 13 de junio de 1991). Finalmente el Tribunal Supremo (s. de 17 de febrero de 1998) descartó la responsabilidad patrimonial del Estado; no obstante, admitió que el Estado hubiera incurrido en responsabilidad patrimonial si se hubiera dado una de las siguientes circunstancias: 1) que se hubiera producido un funcionamiento anormal de la actividad diplomática desplegada por el Gobierno español; 2) que en la negociación del convenio se hubiera sacrificado en todo o en parte la posición de las personas afectadas por la expropiación en aras de intereses generales ligados a las relaciones internacionales de España, con lesión del principio de igualdad de las cargas públicas; ó 3) que mediante la firma del convenio se hubiera impedido a dichos particulares el ejercicio de acciones eficaces encaminadas a recuperar la parte del valor de los bienes no obtenida (lo

que, en el caso concreto, equivaldría a que España se hubiera subrogado en las obligaciones del reino de Marruecos respecto de los expropiados). Similar posición exculpatoria se ha mantenido en relación con el acuerdo de compensación global celebrado con Cuba en 1986 (TS, ss. de 10 y 12 de diciembre de 2003, 19 de febrero y 30 de junio de 2004).

La discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática también comporta el derecho del Estado a disponer libremente de la indemnización abonada por el Estado infractor pues, como también observó la Corte Internacional de Justicia (*Barcelona Traction*, 1970), “la compensación internacional siempre se debe al Estado y no a la persona privada, aun en el caso de indemnización y a pesar de que el importe de la indemnización debe determinarse sobre la base del daño sufrido por el particular”. No obstante, la práctica de los Estados se orienta a transferir a los perjudicados la indemnización recibida.

Bajo la rúbrica de “práctica recomendada” la CDI concluye su proyecto de artículos. (art. 19) señalando que un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática debería: a) considerar debidamente la posibilidad de ejercer(la)...especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; b) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener; y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga ...a excepción de cualesquiera deducciones razonables”.

358. Requisitos para su ejercicio

El ejercicio de la protección diplomática está sometido a dos condiciones: 1) que el particular presuntamente perjudicado ostente la nacionalidad del Estado reclamante; y 2) que haya agotado los recursos internos en el Estado infractor.

Hay quienes han entendido igualmente exigible la *conducta correcta* del particular (*clean hands* o *manos limpias*), es decir, que el comportamiento anti-jurídico del Estado infractor no guarde una relación causal con una conducta antijurídica del particular en violación de su ordenamiento interno o del ordenamiento internacional. Sin embargo, ni la jurisprudencia internacional ni la práctica estatal avalan tal opinión.

Cuestión distinta es que la *conducta incorrecta* del particular sea relevante en orden a la oportunidad de ejercer la protección diplomática y sobre las consecuencias de la responsabilidad incoada. Esta advertencia no está de más cuando se analizan en perspectiva histórica las acciones de los grandes consorcios comerciales, industriales y financieros de los países desarrollados en los países en desarrollo y puede ser útil cuando la Administración del Estado no ha sido definitivamente infiltrada por sus intereses.

359. *La nacionalidad del perjudicado: personas físicas*

“Es el vínculo de la nacionalidad entre el Estado y el individuo el único que da al Estado el derecho de protección diplomática” (CPJI, *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, 1939). El proyecto de artículos de la CDI sobre *responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001, art. 44, a) codifica: “La responsabilidad del Estado no podrá ser invocada...si la reclamación no se presenta de conformidad con las normas aplicables en materia de nacionalidad de las reclamaciones”. El proyecto de artículos sobre *protección diplomática* (2006, art. 3.1) remacha: “El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad”.

Sin embargo, en relación con las personas físicas, la regla admite excepciones:

1) Una primera excepción proviene de los “*acuerdos particulares*” (CPJI, *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, 1939). Nada impide, en efecto, el ejercicio de la protección diplomática en favor de un extranjero si media el consentimiento tanto del Estado de su nacionalidad como del Estado al que se reclama. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la protección diplomática es ejercida por un Estado que asume las relaciones diplomáticas y consulares del Estado de la nacionalidad de la víctima. Así aconteció en el asunto *Nottebohm* (1955), en el que Suiza ejerció la protección diplomática de una persona que invocaba la nacionalidad de Liechtenstein frente a Guatemala.

2) Una segunda excepción es la de *refugiados y apátridas* (v. par. 347, 569, 572), que pueden ser protegidos por el Estado donde tengan su residencia legal y habitual (CDI, proyecto de arts. sobre protección diplomática, arts. 3.2 y 8) a menos que el perjuicio provenga de un ilícito del Estado de su nacionalidad.

No incluimos como una excepción a la regla de la nacionalidad la posibilidad de que un Estado reclame la responsabilidad internacional de otro por violación de derechos humanos de quienes no son sus nacionales (v. op. ind. del juez Simma en *Actividades armadas en el Congo*, RD. del Congo c. Uganda, 2005, en relación con el alcance del art. 48.1,b. del proyecto de arts. de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados) porque no cabe en rigor calificar este supuesto de protección diplomática.

Tampoco debe calificarse como un supuesto de protección diplomática la que en la práctica otorga el Estado del pabellón de un buque a los tripulantes que no son sus nacionales, exigiendo la reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de un daño causado a la nave por un hecho internacionalmente ilícito de otro Estado (CDI, proyecto de arts., art. 18). Dicha práctica encuentra respaldo en algunos pronunciamientos jurisprudenciales (TIDM, *Saiga II*, 1999).

Si bien incumbe a cada Estado determinar con arreglo a su propio ordenamiento quiénes son sus nacionales, no debe olvidarse que la nacionalidad concedida sin que exista un vínculo *suficiente* entre el Estado y el individuo no será oponible a otros Estados. En este sentido la CDI (proyecto de arts., art. 4)

dispone que a los efectos de la protección diplomática se entiende por 'Estado de la nacionalidad' el "Estado cuya nacionalidad ha adquirido dicha persona de conformidad con la legislación de ese Estado, en razón del lugar de nacimiento, la filiación, la naturalización, la sucesión de Estados o de cualquier otro modo que no esté en contradicción con el Derecho Internacional".

En *Nottebohm* (1955) la Corte Internacional de Justicia declaró inadmisibile la demanda, afirmando que la nacionalidad "conferida por un Estado, no le otorga un título para ejercer la protección frente a otro Estado más que si esta concesión representa la traducción, en términos jurídicos, de la vinculación entre el individuo considerado y el Estado que le ha hecho su nacional". La Corte constató que no existía "ningún lazo de unión" entre Liechtenstein y el perjudicado.

Más compleja es la situación cuando la persona física perjudicada tiene *doble nacionalidad*. A este respecto debe distinguirse entre:

1) *Que el particular perjudicado tenga junto a la nacionalidad del Estado reclamante la nacionalidad de un tercer Estado.*

Aun cuando tradicionalmente la doctrina ha sostenido la aplicación en este caso del criterio de la nacionalidad *efectiva* o *dominante*, esta solución no cuenta con un respaldo jurisprudencial claro. Existen pronunciamientos en los que se acepta que la protección diplomática pueda ser ejercida por uno u otro Estado (en este sentido el laudo en el asunto *Salem*, 1932; o Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Dallal*, 1983; en sentido contrario, *Asghar*, 1990). La CDI (proyecto de arts., art. 6) se decanta porque cualquier Estado del que sea nacional una persona con doble o múltiple nacionalidad pueda ejercer la protección diplomática frente a un Estado del que no sea nacional, admitiendo incluso un ejercicio conjunto de la protección.

2) *Que el particular ostente la nacionalidad tanto del Estado reclamante como del Estado reclamado.*

La regla según la cual un Estado no puede ejercer la protección diplomática de uno de sus nacionales frente a otro Estado cuya nacionalidad también posee ha gozado de amplio predicamento y cierto respaldo en la práctica (por ej., Convenio de La Haya de 1930 relativo a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad, art. 4) y en la jurisprudencia arbitral (por ej., *Salem*, 1932). A ella aludió incluso la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Reparación de los daños sufridos al servicio de las NU* (1949). En *Avena* (2004) Estados Unidos trató de oponerse a la demanda de México alegando que algunas de las personas concernidas eran también de nacionalidad estadounidense, pero la Corte no entró a analizar las consecuencias que se habrían derivado de ese hecho porque estimó que Estados Unidos no lo había probado.

No obstante, distintos tribunales internacionales han aplicado en estos casos el criterio de la nacionalidad *efectiva* o *dominante* (CPA, *Canevaro*, 1912; Comisión de Conciliación ítalo-americana, *Florencia Strusky-Merge*, 1955; Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Esphahanian*, 1983...). Esta es la solu-

ción que adopta la CDI (proyecto de arts., art. 7): “un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona frente a otro Estado del que esa persona sea también su nacional, a menos de la nacionalidad del primer Estado sea *predominante* tanto en la fecha en la que se produjo el perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación”.

Así pues, en muchos casos de doble nacionalidad —en particular cuando la nacionalidad efectiva de la víctima es la del Estado presuntamente responsable—, lo más que pueden hacer los Estados, movidos por consideraciones humanitarias y de opinión pública, son meras gestiones de carácter diplomático. Tal fue, por ejemplo, la actitud del Gobierno español en el asunto del asesinato en El Salvador en 1989 del padre Ellacuría y otros jesuitas, españoles de origen naturalizados salvadoreños.

En el asunto *Nottebohm* (1955) la Corte definió la nacionalidad efectiva como “un vínculo jurídico basado en un hecho social de conexión, en una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes”. Es necesario, pues, comparar la intensidad de los vínculos del individuo con cada uno de los Estados de su nacionalidad. Son muchos los factores que deben tomarse en cuenta, no pudiendo considerarse *a priori* ninguno de ellos como determinante. Junto a la residencia habitual, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha considerado, entre otros, los vínculos familiares, el idioma, el lugar de tributación o la posesión y utilización de uno u otro pasaporte. Dadas las dificultades, el Tribunal ha llegado a advertir que, aun cuando se declare competente basándose en la nacionalidad efectiva o dominante del reclamante, “puede ser necesario tener en cuenta la otra nacionalidad al examinar el fondo de la cuestión” (*Esphahanian*, 1984).

360. La nacionalidad del perjudicado: personas jurídicas

La Corte Internacional de Justicia afirmó en el asunto *Barcelona Traction* (1970) que el derecho a ejercer la protección diplomática de una sociedad corresponde *al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en el que la misma tiene su sede*. La Corte descartó el criterio del nexo *efectivo* de la sociedad con el Estado reclamante por no contar con un respaldo general en el ámbito de la protección diplomática de las personas jurídicas. Este criterio *formal* de la Corte ha sido objeto de duras críticas, considerando que el Estado bajo cuya legislación se constituyó la sociedad y en cuyo territorio tiene su sede puede carecer de interés en ejercer la protección diplomática si no mantiene un vínculo económico real con él. Más aún, algunos países (como Estados Unidos o Reino Unido) exigen que exista tal vínculo para ejercer la protección.

La CDI se ha apartado del criterio de la Corte, pues tras declarar que Estado de la nacionalidad de la sociedad es “el Estado con arreglo a cuya legislación se constituyó”, añade: “Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado u otros Estados, no desarrolle negocios de importancia

en el Estado en el que se constituyó y tenga la sede de su administración y su control financiero en otro Estado, este Estado se considerará el Estado de la nacionalidad” (proyecto de arts., art. 9). La disposición plantea sin duda dificultades de aplicación, en particular por cuanto no define el concepto de “control”, que puede interpretarse como *participación mayoritaria* (esto es más del 50% de las acciones) o como *predominio de acciones*.

En *Barcelona Traction* la Corte declaró inadmisibile la demanda presentada contra España por Bélgica en nombre de los accionistas belgas de la sociedad, canadiense, admitiendo, no obstante que la protección por el Estado de la nacionalidad de los accionistas procedía en dos supuestos: 1) cuando la sociedad había dejado de existir; y, 2) cuando el hecho ilícito causaba un perjuicio directo a los derechos de los accionistas, tales como los referentes al voto, a la designación de los órganos sociales, a los dividendos acordados por el órgano competente o una expropiación de acciones sin la debida compensación. La CDI ha seguido a la Corte, al admitir el ejercicio de la protección diplomática de los accionistas de una sociedad en estos dos supuestos (proyecto de arts., arts. 11, *a*, y 12) y la misma Corte, en *Ahmadou Sadio Diallo* (2007) ha confirmado el derecho del Estado a proteger diplomáticamente los derechos propios de sus nacionales como accionistas o asociados de sociedades extranjeras.

Cuestión distinta es la de si un Estado puede ejercer la protección diplomática de sus nacionales cuando el Estado de la nacionalidad de la sociedad actúa contra derechos societarios. Se ha hablado en este caso de una protección *por sustitución*, dado que la sociedad misma está desamparada. En *Barcelona Traction* (1970) la Corte se planteó la cuestión, pero no se pronunció. Cuarenta años más tarde, en *Ahmadou Sadio Diallo* (2007), la Corte ha considerado que es esta una materia regulada particularmente en acuerdos de protección de inversiones (APPRI) que pueden establecer la protección de sociedades locales controladas por inversionistas extranjeros, de suerte que la protección *por sustitución* sería una especie de último recurso para proteger una inversión extranjera que no dispusiese de un buen paraguas convencional, algo residual. La Corte llega en todo caso a la conclusión de que dicha protección carece de fundamento, al menos por ahora, en el Derecho Internacional general, desmintiendo implícitamente ciertos pronunciamientos arbitrales a favor de la *sustitución*, silentes los acuerdos. No obstante, la Corte no se pronuncia (por no requerirlo la decisión *in casu*) sobre la especie más modesta sugerida por la CDI en su proyecto de artículos: la de la sociedad nacional del Estado presuntamente responsable que en él hubo de constituirse como condición previa para realizar negocios en dicho Estado (art. 11, *b*).

Es relativamente frecuente en la práctica que los Estados (así muchos latinoamericanos) limiten las concesiones administrativas a las sociedades que tengan su nacionalidad. En *Elettronica Sicula* (1989) la Corte admitió la legitimación activa de Estados Unidos para presentar una demanda por los daños causados por Italia a determinados accionistas estadounidenses de una socie-

dad italiana; pero la Corte se limitó en este caso a aplicar las disposiciones del Tratado ítalo-estadounidense de 1948 que dispensaba una protección específica a los accionistas.

361. La continuidad en la nacionalidad

El perjudicado debe haber tenido la nacionalidad del Estado reclamante —o de su predecesor (en casos de sucesión de Estados)— *desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta la fecha de la presentación oficial de la reclamación* sin solución de continuidad (CDI, proyecto de arts., arts. 5.1 y 10.1).

En relación con el *dies a quo* la CDI propone una excepción a la regla general (la fecha en que se produjo el perjuicio) en relación con las personas físicas, admitiendo que un Estado pueda ejercer la protección diplomática a favor de un individuo que no era nacional suyo en el momento en que se causó el perjuicio —pero sí en el momento de la reclamación— siempre que “haya perdido su nacionalidad anterior y adquirido, por una razón no relacionada con la presentación de la reclamación, la nacionalidad del Estado reclamante de un modo que no esté en contradicción con el Derecho Internacional” (proyecto de arts., art. 5.2). Esta excepción no se aplica si la reclamación se dirige contra el Estado cuya nacionalidad tenía el individuo en la fecha de producirse el perjuicio (art. 5.3).

En relación con el *dies ad quem* (fecha de la presentación oficial de la reclamación en la que el perjudicado debe ser todavía nacional del Estado que ejerce la protección diplomática) la Comisión admite una excepción para personas físicas y jurídicas: no cabe el ejercicio de la protección diplomática si el perjudicado adquiere la nacionalidad del Estado reclamado después de la fecha de presentación de la reclamación (proyecto de arts., arts. 5.4 y 10.2).

Tratándose de sociedades, su desaparición según la legislación del Estado en el que se constituyó como consecuencia del perjuicio causado por el Estado reclamado no obsta al ejercicio de la protección diplomática (proyecto de arts. art. 10.3).

362. El agotamiento de los recursos internos: la regla

El ejercicio de la protección diplomática exige asimismo el previo agotamiento por el perjudicado de las vías de recurso disponibles en el orden interno del Estado presuntamente infractor. Se trata de una regla bien establecida de Derecho Internacional consuetudinario (CIJ, *Interhandel*, 1959) que ahora la CDI codifica (proyecto de arts., art. 14.1) y ha recordado la Corte (*Ahmadou Sadio Diallo*, 2007).

El particular lesionado debe agotar todos los recursos del Derecho interno que ofrezcan una posibilidad de reparación, tanto si se trata de recursos ju-

risdccionales como administrativos, ordinarios o especiales, excepción hecha, claro está, de los recursos extrajurídicos o que se otorguen a título graciable, a menos que sean indispensables para abrir la vía judicial (CDI, proyecto de arts., art. 14.2; CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, 2007). Tomando las palabras de la Corte, “basta con que se haya perseverado tan lejos como lo permitan las leyes y los procedimientos locales” (*Elettronica Sicula* 1989). La Corte incluía “los que puedan formularse ante el Tribunal de Casación” (CPJI, *Compañía de electricidad de Sofía*, 1939). También los recursos constitucionales a disposición del particular —como lo fue el recurso de amparo en España hasta que la LO 6/2007 introdujo la exigencia de la “especial relevancia constitucional” del asunto para su admisión a trámite— en la medida en que puedan desembocar en la reparación del daño y eso aun en el caso de que no puedan alegarse en él los motivos que fundamentarían una reclamación internacional, sino únicamente argumentos basados en el Derecho interno del Estado reclamado.

Existe un debate doctrinal en torno al *carácter sustantivo o procesal* de la regla del *agotamiento*, íntimamente ligado a su propio fundamento. Conforme a la tesis *sustantivista* la violación de una obligación internacional relativa al trato de los extranjeros sólo se produce cuando éstos agotan los recursos internos. En favor de esta tesis cabe argüir que cualquier decisión o acto de un órgano estatal no es definitivo hasta tanto no está sancionado por los órganos jurisdiccionales competentes o han transcurrido los plazos establecidos para su impugnación. En cambio, para los partidarios de su *carácter procesal* (que incluyó al IDI, sesión de Granada, 1956) la regla sólo opera como causa de inadmisión de una reclamación por la comisión de un hecho ilícito. Desde esta perspectiva la regla del *agotamiento* tiene su razón de ser en consideraciones de oportunidad, al permitir al Estado que ha cometido el ilícito remediarlo por sus propios medios. Imagen y economía. La cuestión tiene indudables consecuencias prácticas; así, en relación con la regla de la nacionalidad de la reclamación, apreciada en el momento en que se comete el hecho ilícito.

Tras alguna vacilación la CDI se decantó por la tesis del carácter *procesal* de la regla del *agotamiento* (proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de los Estados, art. 44, b), más favorable a los intereses de los particulares, no sin que se haya advertido que si el perjuicio es causado por una violación del Derecho interno que no constituye violación del Derecho Internacional la responsabilidad internacional únicamente procederá caso de producirse una *denegación de justicia* contra el extranjero.

La regla del *agotamiento* no es exigible, como es obvio, cuando el Estado reclamante ha sufrido un daño *directo* por el hecho ilícito de otro Estado. Cuando España demandó a Canadá por el apresamiento del pesquero *Estai* por guardacostas canadienses en alta mar, cuidó de precisar que ejercía, no la protección diplomática, sino el derecho soberano al respeto de su pabellón (CIJ, *Pesquerías transzonales*, 1995, 1998) (v. par. 414). Ciertamente, no siempre es fácil discernir si el daño se ocasionó *directamente* al Estado o a sus nacionales, siendo

frecuentes en la práctica las situaciones mixtas (CIJ, *LaGrand*, 2001; *Avena*, 2004). En estos casos, en que un daño directo al Estado confluye con un daño a sus nacionales, la CDI entiende que el agotamiento de los recursos internos será exigible cuando la reclamación “se funde *preponderantemente* en un perjuicio causado a un nacional” (proyecto de arts. sobre protección diplomática, art. 14.3).

363. *Sus excepciones*

La regla del agotamiento de los recursos internos admite excepciones. Siguiendo a la CDI (proyecto de arts., art. 15) podemos señalar las siguientes:

1) La *inexistencia de recursos internos disponibles* —esto es, que permitan proveer una reparación— *o que sean eficaces*, esto es, que brinden una “posibilidad razonable” de obtener la reparación. Se decanta, pues, la Comisión por un criterio de *razonabilidad* frente al más estricto de la *inutilidad evidente* de los recursos internos sostenido por algún pronunciamiento arbitral (*Buques finlandeses*, 1934).

Se daría esta excepción: *a)* cuando los tribunales internos no fueran competentes para resolver la causa; *b)* cuando resulte notorio que no son independientes (v. s. arbitral en *Robert E. Brown*, 1923); *c)* cuando el Estado no cuente con un sistema apropiado de protección judicial; o *d)* cuando exista una jurisprudencia asentada de signo contrario a la pretensión del particular lesionado (CPJI, *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, 1939).

Así, en el asunto del periodista español Juan txu Rodríguez, muerto en Panamá en 1989 a consecuencia de disparos de efectivos de los Estados Unidos, cabía entender que se había producido el agotamiento de los recursos internos cuando el Gobierno español decidió ejercer la protección diplomática en atención a que la reclamación de los padres del fallecido ante el Departamento de Defensa de los Estados Unidos fue rechazada por considerar que la muerte se produjo en acción de combate y demandas similares habían sido desestimadas previamente por los Tribunales de dicho país (dictamen del Consejo de Estado de 30 de enero de 1992).

En relación con la carga de la prueba en un contencioso internacional corresponderá al Estado demandado probar que no se han agotado los recursos *disponibles* y al demandante que los recursos disponibles no son *eficaces* ((CIJ, *Ellectronica Sicula*, 1989; *Ahmadou Sadio Diallo*, 2007)

2) *La dilación indebida en la tramitación de un recurso interno*, atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca. Al igual que la *denegación de justicia*, de la que es una de sus manifestaciones, podría ser subsumida en la excepción anterior. La Comisión se refiere a ella por separado con el fin de poner sobre aviso a los Estados en los que los procedimientos judiciales se prolongan indebidamente.

Ahora bien, recuérdese que si la *denegación de justicia* se produce en relación con el perjuicio causado por una violación del Derecho interno será ésta el hecho internacionalmente ilícito determinante de la responsabilidad internacional del Estado considerado. De ser así, la inexistencia de recursos disponibles y eficaces no será una excepción a la regla del agotamiento, sino la premisa de la responsabilidad que justifica el ejercicio de la protección.

3) *La inexistencia en el momento en que se produjo el perjuicio de un vínculo pertinente entre el particular lesionado y el Estado cuya responsabilidad se invoca* que justifique que el particular deba recurrir ante sus órganos internos. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el hecho internacionalmente ilícito no se cometió en el territorio del Estado reclamado.

4) *La imposibilidad manifiesta de la persona perjudicada de interponer los recursos internos*, por ejemplo, porque el Estado cuya responsabilidad se invoca le niega la entrada a su territorio.

5) *La renuncia por el Estado reclamado*, dado el carácter dispositivo de la regla del agotamiento (CIJ, *Elettronica Simula*, 1989). La renuncia puede ser expresa (por ej., Convenio sobre responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972) o tácita.

364. La renuncia a la protección diplomática por el particular

La renuncia de los extranjeros a la protección diplomática, salvo denegación de justicia, si quieren gozar de propiedades, concesiones y contratos con el Estado, es una prescripción extendida en un cierto número de países, en particular latinoamericanos, incluso con rango constitucional (por ej., Constitución mexicana, de 1917, art. 27; de Honduras, de 1982, art. 33; del Perú, de 1993, art. 71...). Ha sido práctica frecuente incluir en los contratos con sociedades extranjeras una cláusula —la *cláusula Calvo*, por el nombre del jurista argentino que la formuló— en virtud de la cual las controversias sobre la aplicación e interpretación de tales contratos quedaban sometidas a los tribunales del Estado contratante al tiempo que dichas sociedades renunciaban a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Algunos ordenamientos incluso consideran implícita la *cláusula Calvo* (por ej., Constitución de Ecuador de 1998, art. 14).

La validez de la *cláusula Calvo* —explicable como reacción ante los abusos que en nombre de la protección diplomática se han cometido— ha sido objeto de un amplio y siempre renovado debate doctrinal. El argumento tradicionalmente esgrimido en su contra es que un particular no puede renunciar a un derecho que no es suyo, sino del Estado. Conforme a esta tesis la renuncia a la protección diplomática carecería de efectos (a menos que se encuentre amparada por un tratado en vigor del que sean partes el Estado que incorporó la *cláusula Calvo* a sus contratos y el de la nacionalidad del particular que los suscribió). Quienes han defendido su validez han sostenido, en cambio, que no se puede ejercer la protección diplomática contra la voluntad del particular lesionado o, también,

que el particular no renuncia al ejercicio de la protección diplomática, sino a la facultad de solicitar su ejercicio al Estado de su nacionalidad, a lo que cabe replicar recordando que el Estado puede ejercer la protección diplomática por su propia iniciativa.

A principios del siglo XX varias sentencias arbitrales declararon la inoponibilidad de la *cláusula Calvo* frente al Estado de la nacionalidad del particular que la suscribió. No obstante, conviene señalar que no hay responsabilidad internacional —y, por tanto no cabe ejercer protección diplomática— si no hay violación del Derecho Internacional, y no la hay por incumplimiento de un contrato sometido a los tribunales estatales a menos que se incurra en denegación de justicia (v. Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México, *North American Dredging Co. of Texas*, 1926; *The Mexican Union Railway Ltd. Co.*, 1930; *International Fisheries Co.*, 1931).

La *cláusula Calvo* y, en general, la renuncia a la protección diplomática adquiere otra dimensión en el marco de tratados que se ocupan de la cuestión. Ejemplo paradigmático es el Convenio de Washington (1965) del Banco Mundial. El Convenio establece un procedimiento de conciliación y arbitraje para el arreglo de controversias en materia de inversiones entre Estados y particulares extranjeros, previendo que el Estado de la nacionalidad de un particular parte en un contrato sometido al régimen del Convenio (la *cláusula CIADI*) sólo ejercerá la protección diplomática en el caso de que el Estado reclamado no acate el laudo (art. 27).

En la actualidad son numerosos los tratados (así los APPRI) que facultan a los particulares para entablar por sí mismos reclamaciones internacionales, sin necesidad de solicitar al Estado de su nacionalidad el ejercicio de la protección diplomática. Ello se explica porque, como ha señalado J. Quel, “en el actual contexto jurídico internacional, la ficción que sustenta la protección diplomática” —esto es, su configuración como un derecho del Estado “choca con una realidad en la que las normas internacionales focalizan frecuentemente su atención no en el Estado sino en el destinatario último de los derechos y obligaciones derivados de la norma internacional”. Las normas generales sobre protección diplomática no se aplican en la medida en que sean incompatibles con reglas especiales (CDI, proyecto de arts., art. 17)

La protección diplomática sigue teniendo indudable relevancia como medio para proteger al individuo y, especialmente, para asegurar el respeto de los derechos humanos; pero en relación con los intereses de los inversores, ha sufrido un verdadero desplazamiento a favor del arbitraje (v. par. 461). A ello han contribuido las condiciones a las que se somete el ejercicio de la protección diplomática y la discrecionalidad de que gozan los Estados para atender las peticiones de protección de sus nacionales.

365. *Protección diplomática y protección funcional de las Organizaciones internacionales*

Toda Organización Internacional cuenta con funcionarios y agentes a su servicio, independientes del Estado de su nacionalidad. Como estos funcionarios o agentes pueden ser víctimas, en el ejercicio de sus funciones, de un hecho ilícito atribuible a otro sujeto internacional, cabe preguntarse si en tal caso corresponde la protección al Estado de su nacionalidad o a la propia Organización.

La cuestión fue abordada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Reparación de ciertos daños al servicio de las NU* (1949) y, más adelante, en la opinión sobre la *Inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la CDH* (1999).

Según la Corte la Organización Internacional puede proteger a sus funcionarios y agentes *en el ejercicio de sus funciones*, pues su protección es necesaria para que éstos puedan cumplir satisfactoriamente con sus deberes y su independencia quede garantizada. No cabe, pues, que una Organización reclame por cualquier ilícito del que sea víctima un funcionario o agente suyo. La protección de la Organización es de carácter *funcional*, estando limitada a los daños sufridos en el ejercicio de las funciones encomendadas. Si el agente o funcionario hubiera sufrido un daño al margen de su actividad profesional correspondería al Estado de su nacionalidad ejercer la protección diplomática. Y es que, como dijo la Corte, “únicamente la parte respecto de la que existe una obligación internacional puede presentar una reclamación por dicha violación”.

No obstante, el derecho de una Organización a ejercer la protección *funcional* puede en algunos casos ser concurrente con el derecho de un Estado a la protección *diplomática*, sin que quepa reconocer prioridad a ninguno de estos derechos, sino sólo esperar que se produzca una adecuada cooperación entre ambos titulares.

La protección *funcional* es particularmente oportuna cuando el funcionario o agente de la Organización posee la nacionalidad del Estado al que se atribuye el ilícito. Así, por ejemplo, en el asunto *Soria*. Carmelo Soria, español de origen contratado como funcionario de Naciones Unidas en Chile, fue asesinado en 1976, tras el golpe militar encabezado por el general Pinochet. La familia inició entonces un proceso que fue sobreseído. Restablecida la democracia se reabrió el proceso y en el marco del mismo las autoridades españolas prestaron su *asistencia consular* (v. par. 355) a los familiares, pero España no llegó a ejercer la protección diplomática pues Carmelo Soria había adquirido la nacionalidad chilena y era residente en Chile. Este escollo no afectaba en cambio a Naciones Unidas pues la Organización puede llevar a cabo su protección incluso frente al Estado de la nacionalidad de la víctima, dado que “la acción ejercida por la Organización se basa en la condición de la víctima como agente de la Organización, con independencia de su nacionalidad” (CIJ, *Reparación de ciertos daños al servicio de las NU*, 1949).

La dimensión territorial de la soberanía (1): espacio terrestre, espacio aéreo

LXXXIV. CONSIDERACIONES GENERALES

366. Estado y territorio

En la moderna sociedad internacional, instaurada tras la Paz de Westfalia (1648), el concepto de *territorio* guarda intrínseca relación con el de su sujeto primario, el Estado. Como ente esencialmente político el Estado se asentó sobre una base territorial en la que afirmó su poder exclusivo, garantizando la seguridad de la población, organizando la explotación de los recursos económicos, articulando las relaciones con los otros centros de poder territoriales en términos de igualdad formal.

Un Estado sin territorio es inconcebible. Puede haber pueblos nómadas, lo mismo que pueblos desplazados, pero no Estados nómadas. Digamos más. Es inconcebible un Estado sin un territorio terrestre a cielo abierto. El país de los *molocs* en las entrañas de la Tierra es, al menos por ahora, tan fantástico como el imperio submarino del capitán Nemo (aunque algunos Estados, como Tuválú o Kiribati tienden a *sumergirse* con la elevación, cada vez más inquietante, de las mareas). El Estado *mediterráneo*, sin litoral, y como consecuencia sin espacios marinos, está confirmado por la práctica (v. par. 403). El Estado acuático, no. La soberanía tiene una dimensión territorial necesariamente terrestre, eventualmente marítima y complementariamente aérea.

La diversificación de la composición del territorio del Estado ha incidido sobre las relaciones entre los distintos elementos que lo componen. Si el Derecho Internacional clásico concedió prelación jerárquica a la tierra respecto de las aguas adyacentes —a las que sólo correspondía contribuir a su seguridad— en la actualidad el equilibrio entre espacios ha sido favorecido por las perspectivas de aprovechamiento y control pluridimensional (aire y suelo y subsuelo marinos). No obstante, las competencias del estado se *reblandecen* de la tierra al mar, el aire siempre tributario de los otros.

Hoy prácticamente no hay *terrae nullius* en el planeta. Hay tierras, eso sí, de soberanía polémica, disputada. Piénsese en los numerosos contenciosos abiertos entre Estados acerca del mejor *título* sobre islas, islotes, cayos deshabitados, que interesan sobre todo por la soberanía y jurisdicción que generan sobre extensas áreas marinas y submarinas (v. par. 372). O en la Antártida, el continente en que las pretensiones de soberanía de varios países (Argentina, Australia, Chile, Francia, Nueva Zelanda, Noruega y Reino Unido) han sido congeladas por el

Tratado Antártico (1959). En todo caso, en tales latitudes antárticas se encuentra el remanente planetario de *terra nullius*, el cuadrante situado entre los 90° Oeste y los 150° Oeste del sexto continente sobre el que hasta ahora ningún país se reclama soberano.

El régimen de la Antártida es sintomático del pulso entre las apetencias exclusivas y excluyentes de soberanía y un interés más elevado que se plasma en la consideración de *res communis* que ha podido abrirse camino en espacios acuáticos, subacuáticos y aéreos a una cierta distancia de las costas (alta mar, zona internacional de los fondos marinos, v. par. 411, 415) y en el espacio ultraterrestre, no susceptibles de apropiación por los Estados.

Las Organizaciones Internacionales carecen de un territorio propio. No obstante, cabe hablar de un territorio *funcional*, especialmente en relación con Organizaciones de integración regional, ante la necesidad de delimitar el ámbito espacial del ejercicio de las diferentes competencias orgánicas. En este sentido se habla, por ejemplo, del territorio *comunitario* para referirse al de la Unión Europea. Dicho ámbito puede coincidir o no con la suma de los territorios de los Estados miembros de una Organización, atendiendo a la materia o cuestión de que se trate.

LXXXV. EL ESPACIO TERRESTRE

367. *El título a la soberanía territorial y sus fundamentos*

Un Estado está legitimado por el Derecho Internacional para ejercer sus competencias sobre un determinado territorio porque ostenta un *título* que le habilita para hacerlo. *Título* es el derecho mismo a la soberanía territorial y, también, el documento, si lo hay, que lo prueba (CIJ, *Controversia fronteriza, Burkina Faso/Malí*, 1986). Los *fundamentos* o *modos de adquisición* del título son los procesos jurídicos o fácticos que el Derecho Internacional reconoce como capaces para su creación.

La adquisición de los títulos de soberanía remite directamente a la historia viva, a la lucha por la ocupación espacial del planeta desde la constitución de la sociedad internacional. El proceso es enormemente esclarecedor acerca de las etapas por las que ésta y, consecuentemente, el Derecho Internacional, han discurrido, a instancias de los Estados europeos, originarios forjadores de la sociedad internacional (eurocéntrica), perennes readaptadores del mapa geopolítico de Europa a la búsqueda de la hegemonía continental, a la vez que ávidos colonizadores de las tierras (y mercados) abiertas en la era de los grandes descubrimientos y las navegaciones de altura (siglos XV-XVIII) y por las nociones interesadas de *civilización y progreso* (s. XIX) (v. par. 8).

Descartadas, por la lógica oposición de los terceros Estados con pretensiones en el Nuevo Mundo, las tesis de España y Portugal, partidarias de la validez

jurídica de las bulas papales (*Inter Caetera, Eximiae Devotionis* y *Dudum siquidem*, 1493) como fundamento del título a la soberanía sobre tierras *descubiertas* por la Cristiandad, fue la decidida política de colonización de los reinos ibéricos la que permitió *negar* a los demás Estados en el siglo XVI y una parte del XVII cualquier título sobre el continente. El *descubrimiento* confería un *título incoado* que se perfeccionaba con la ocupación del territorio (*Isla de Palmas*, 1928). Un planteamiento similar se aplicó para el *reparto* de África en la segunda mitad del siglo XIX, tratando de evitar los conflictos entre las potencias europeas (Cap. VI del Acta General de la Conferencia de Berlín, 1885).

En el orbe conocido privaban los modos *derivativos* de adquisición del título, como la *conquista*, fruto del derecho a la guerra, y la *cesión*, dentro de la concepción patrimonialista del territorio del Estado. Los territorios se transferían así de unos Estados a otros. Eventualmente, las grandes potencias acordaban la creación de Estados nuevos, que también podían surgir por vías de hecho planteando el problema de sus límites y de su reconocimiento (v. par. 23-32).

368. Los modos de adquisición del título: originarios y derivativos

El Derecho Internacional clásico entendió que la adquisición del título a la soberanía territorial tenía lugar por virtud de cinco *modos* o procesos que, atendiendo a categorías *iusprivatistas*, se ordenaban en *originarios* (acesión y ocupación) y *derivativos* (conquista, cesión y prescripción). Los primeros implicaban la adquisición de un territorio no sujeto a soberanía de ningún otro Estado; los segundos, una transferencia de territorio de un Estado a otro.

Descontada la conquista, parece oportuna una presentación sumaria de los otros *modos de adquisición o fundamentos* del título a la soberanía:

1) La *acesión* es un fundamento del título a la soberanía sobre una porción de tierra que, por obra de la naturaleza (*acesión natural*) o por la mano del hombre (*acesión artificial*), se incorpora al territorio de un Estado. Obviamente su concepción lógico-jurídica obedece a la regla *accessorium sequitur principale*, siendo requisitos necesarios que el territorio acrecido sea *terra nullius* y la aquiescencia de terceros Estados, por lo tanto, irrelevante. Se presume la posesión efectiva del territorio acrecido sin necesidad de actos formales de apropiación por parte del Estado beneficiado.

La *acesión natural* puede darse cuando el territorio de un Estado acrece: *a*) por la aportación paulatina de tierras en las orillas de ríos, lagos o mares (*aluvión*); *b*) por una fuerza súbita de la naturaleza que desgaja una porción de un territorio o cambia el curso de un río (*avulsión*), y *c*) por la formación de islas en un río, un lago, o en los espacios marinos del territorio de un Estado. Este fenómeno es muy común en la desembocadura de ríos fronterizos con alta sedimentación y comporta problemas muy arduos para fijar el punto terminal de la frontera terrestre por la formación de un delta que, por definición, es muy inestable. Así, por ejemplo, el punto en que se fijó la desembocadura del río

Coco, entre Nicaragua y Honduras, en 1962, se encuentra actualmente una milla tierra adentro.

En cuanto a la *accesión artificial*, nace de la acción humana, que construye sobre un bajío o deposita desperdicios en él. Así, se ha comentado que las mil ciento noventa y seis islas que componen las Maldivas son ya mil ciento noventa y siete gracias a una isla basurera...

Ahora bien, la accesión debe ser contemplada con cautela porque los fenómenos naturales y/o artificiales que los acompañan pueden ser menos pacíficos de lo que aparentan y dar pie a contenciosos con Estados que discuten su calificación y/o invocan otros títulos, neutralizando las bases sobre las que se asienta la accesión. Por lo demás, nada impide que se prevea el juego de la accesión, tanto para aceptarlo como para negarlo, en cláusulas convencionales, pactadas por ejemplo por dos Estados ribereños de un río fronterizo (así sucede con el Tratado argentino-uruguayo, de 19 de noviembre de 1973, arts. 44 y 46). Eso no vacuna frente a contenciosos originados por la aplicación o interpretación de los tratados (v., por ej., *El Chamizal*, Estados Unidos-México, 1884-1911-1970).

2) Dos son, según una asentada jurisprudencia, los presupuestos necesarios para que tenga lugar la *ocupación*:

a) Que el territorio sea *terra nullius*, sin dueño, en el momento de la realización del acto constitutivo de la ocupación (CIJ, *Sahara Occidental*, 1975).

Dado que en la actualidad los territorios *nullius* son prácticamente inexistentes, sólo cabría el supuesto: *i*) por la emergencia de una isla en el mar como consecuencia de un cataclismo (por ej., una erupción volcánica), siempre que tal evento se produzca en alta mar y no en el mar territorial de un Estado, pues en este espacio marino se ejerce ya una soberanía, que se extendería al territorio emergido; ó *ii*) por el abandono o *derelictio* de un territorio, esto es, una retirada permanente acompañada de un *animus derelinquendi*. (v., por ej., s. arbitral *Bahía de Delagoa*, 1875; mediación papal en *Islas Carolinas*, 1885).

b) Que se despliegue una posesión efectiva con *animus occupandi*, es decir, el acto o la serie de actos por los que un Estado reduce a su disposición un territorio y se sitúa en condiciones para hacer valer su autoridad exclusiva.

Posesión efectiva es, desde luego, sinónimo de actividad estatal, pero su apreciación en el caso concreto está condicionada por la naturaleza del territorio y la comparación con la actividad del Estado que disputa el territorio (s. arbitral *Isla de Palmas*, 1928; s. arbitral *Rann de Kutch*, 1968; CPJI, *Groenlandia Oriental*, 1933; CIJ, *Minquiers y Ecréhous*, 1953; *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, 2002; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe*, 2007).

Naturalmente, la elasticidad en la interpretación de qué sea la posesión efectiva atendiendo a las circunstancias tiene un límite. Así, “no puede mantenerse que el mero descubrimiento de una costa dé el derecho a la posesión exclusiva de toda la extensión del continente al que aquélla pertenece” (*Disputa fronteriza*

de Alaska, 1903). Tampoco cabe *diluir* la posesión efectiva en una mera disponibilidad para ejercer *en adelante* la autoridad soberana. En este sentido el laudo del Rey de Italia, Víctor Manuel III, al pronunciarse por Francia en su disputa con México por la *isla de Clipperton* (1931), el único atolón coralino del Pacífico oriental, ofrece serios indicios de, por lo menos, inconsecuencia. Aun admitiendo que Clipperton fuera *terra nullius* en 1858, cuando desde el puente de un barco mercante un oficial de la Armada francesa tomó posesión en nombre del Emperador Luis Napoleón, ¿cómo pretender que esta manifestación de *animus occupandi* trocó por sí sola en posesión efectiva, cuando es un hecho que hubieron de pasar cuarenta años hasta que un navío de guerra francés merodeara la isla sin que sus tripulantes desembarcaran ante la presencia ya en tierra de un destacamento mexicano?

Los Estados pueden mediante tratado someter la ocupación como fundamento de un título de soberanía a requisitos adicionales, como la *notificación* de la ocupación a las demás Partes. Así se hizo en el Acta General de la Conferencia de Berlín (1885), base de numerosos tratados entre potencias europeas para determinar sus respectivas esferas de influencia en el continente africano.

3) La *cesión*, como fundamento del título a la soberanía, se concreta en la renuncia hecha por un Estado en favor de otro de los derechos y títulos que válidamente pudiera tener sobre un territorio. Es un modo bilateral de adquisición que se produce normalmente mediante tratado. Históricamente la cesión se vinculó a la derrota (Cuba, Filipinas, Puerto Rico...), trueque (Sacramento, Guinea, Fernando Poo y Río Muni...), venta (Carolinas, Luisiana, Florida...), o retracto (previsto, por ej., para Gibraltar por el tratado de Utrecht, art. X). Como se ha advertido, la validez del título que se adquiere mediante cesión depende de la validez del título del Estado cedente (v., por ej., s. arbitral *Isla de Palmas*, 1928; CIJ, *Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan*, 2002).

4) La *prescripción* es la adquisición del título de soberanía sobre un territorio mediante una posesión pública, ininterrumpida y pacífica a lo largo del tiempo en calidad de soberano. A diferencia de la ocupación, en este caso la posesión se realiza sobre territorio que pertenece a otro Estado (*terra alii*). Discutido doctrinalmente, la práctica internacional parece avalar este fundamento, que implica la aquiescencia del soberano original (v. par. 112). En el asunto de *El Chamizal* (1911) el tribunal arbitral descartó la prescripción a favor de los Estados Unidos porque «la posesión por ciudadanos de los Estados Unidos y el control político de los Gobiernos local y federal han sido constantemente desafiados y cuestionados por la República de México, a través de sus agentes diplomáticos acreditados». Asimismo, la cuestión de la prescripción adquisitiva fue evocada por Namibia ante la Corte Internacional de Justicia y, en el caso concreto, desestimada (*Isla de Kasikili/Sedudu*, 1999).

También cabe una regulación de la prescripción mediante tratados (v., por ej., el Tratado para someter al arbitraje la controversia fronteriza entre Venezuela y la Guyana británica, 1897, art. IV).

Los mapas no son por nunca sí mismos fundamento de un título. Su valor jurídico depende, como ha recordado la Corte Internacional de Justicia (*Controversia fronteriza, Burkina Faso/Malí*, 1986; *Isla de Kasikili/Sedudu*, 1999) de su integración entre los elementos que constituyen la expresión de la voluntad de los Estados concernidos, como acontece cuando figuran en un anexo que forma parte integrante del tratado que formaliza esa voluntad (CPA, s. arbitral sobre la *frontera entre Eritrea y Etiopía*, 2002). De no ser así los mapas son elementos de prueba extrínsecos, más o menos fiables, para establecer o reconstruir la materialidad de los hechos.

369. Su obsolescencia

De los modos de adquisición de un título de soberanía puede decirse aquello de que *cualquier tiempo pasado fue mejor*. Así, la *ocupación* es irrelevante por la inexistencia de *terrae nullius*. La *conquista*, no puede ser considerado como un fundamento válido en la actualidad, pues incurre en la prohibición taxativa de recurrir a la amenaza de o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 de la Carta de las NU y norma del DI consuetudinario: CIJ, *Nicaragua*, 1986) (v. par. 494). Es éste el núcleo de la resolución 664 (1990) del Consejo de Seguridad por la que condenó la anexión de Kuwait por Iraq (v. par. 515). Incluso los usos lícitos de la fuerza —la legítima defensa— no pueden hacerse valer como modo de adquisición de soberanía sobre un territorio sometido a las reglas de la ocupación militar. De ahí la invalidez de la anexión de Jerusalén este y de los Altos del Golán por Israel (v. par. 67). La emergencia del principio de libre determinación ha supuesto, por otro lado, la invalidación de los títulos a la soberanía territorial adquiridos en contravención del mismo y la afirmación del papel determinante de la población en la disposición del territorio, lo que afecta, sin duda, a los supuestos de *cesión* y a las cláusulas de *retracto* sobre territorios habitados (v. par. 62, 63).

Todo sumado, hoy no habría más modo originario de adquisición de un título de soberanía que la *accesión* ni más modo derivado que la *cesión* con la voluntad conforme de la población del territorio, si éste está habitado. La misma prescripción, que es un fundamento discutido, aparece entreverada con otros fundamentos, como: *a*) el *reconocimiento*, la *quiescencia* o la *renuncia* (v. par. 110, 112) que, como puso de relieve la Corte Internacional de Justicia (*Templo*, 1962), fortifican los títulos esgrimidos por otros, caso de ser reconocidos por quienes debían (y podían) rebatirlos (recientemente, *Soberanía sobre Pedra Branca*, 2008); y, *b*) la efectividad del ejercicio de las funciones estatales en tanto que conectada *in illo tempore* con el núcleo originario e histórico de determinados territorios estatales (aplicada por la CIJ para resolver en favor de Gran Bretaña y en detrimento de Francia el asunto de las *islas Minquiers y Ecréhous* (1953), sobre las que ambos países esgrimían títulos históricos).

Todo lo demás será *adjudicación* (por instancia arbitral o judicial) de territorios *polémicos* (v. par. 372), a la que, considerando los efectos meramente declarativos de sentencias y laudos arbitrales, no se dio cancha como fundamento de un título. Ello no es óbice para que, ocasionalmente, sea posible localizar en algunas sentencias modestos efectos constitutivos derivados de la incapacidad de decidir sobre puntos concretos con base en títulos invocados por las partes (v., por ej., CIJ, *Controversia fronteriza* entre Burkina Faso y Malí, 1986, o *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, 1992, en que se aplica la equidad *infra legem*).

370. El principio del '*uti possidetis iuris*': lo que es

Primordial importancia en la solución de contenciosos territoriales originados por el nacimiento de nuevos Estados ha tenido el principio del *uti possidetis iuris*, que se asienta sobre: 1) la condición de las partes como sucesoras del mismo Estado; y 2) la conversión de los límites administrativos establecidos por éste para su organización territorial en fronteras internacionales en la fecha del acceso de las partes a la independencia.

El *uti possidetis iuris* aparece históricamente vinculado a la emancipación de las provincias americanas de la Corona de España. El *uti possidetis* no llama a la secesión de virreinos, capitanías, audiencias o provincias, sino que es invocado *a posteriori* por el nuevo Estado, exigiendo el respeto de los límites de las entidades territoriales que lo forman, vigentes en la fecha de la independencia, 1810 en América del Sur, 1821 en América central.

El propósito de los nuevos Estados al invocar el *uti possidetis iuris* era doble. En primer lugar, afirmarse como sucesores de la Corona española y, por lo tanto, de los títulos de soberanía que ésta ostentaba en dichas latitudes. No había en la América hispana *terra nullius* de la que pudieran apropiarse otras potencias europeas mediante su ocupación efectiva (v. s. arbitral del Consejo Federal Suizo, sobre la *validez del laudo arbitral de la Reina-Regente María Cristina*, concerniente a cuestiones limítrofes entre Colombia y Venezuela, 1922; CIJ, *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, 1992). Es la preeminencia del título frente a las *efectividades*.

En segundo lugar, el *uti possidetis iuris* servía para la delimitación fronteriza entre las antiguas entidades territoriales americanas de la Corona, con una virtud claramente estabilizadora; aunque ha de reconocerse que, siendo un principio claro en su formulación, la aplicación al caso concreto podía ser muy conflictiva, como se deduce del interminable debate sobre los documentos que avalan las posiciones encontradas de las partes en los contenciosos sometidos a árbitros y jueces durante cerca de dos siglos. A ello contribuía la vaguedad de las descripciones contenidas en los documentos coloniales, sus imprecisiones, las inexactitudes y desconocimientos geográficos, su secuencia y eventual incon-

secuencia, la aparición de nuevos papeles y la aplicación interesada de exégesis anacrónicas.

Se ha discutido si el *uti possidetis iuris* era algo más que una doctrina cuyo valor normativo dependía de su inclusión en un tratado (S. Durán Bachler, J. Barberis). Digamos que con el tiempo se fue configurando como una norma consuetudinaria de alcance regional en el ámbito iberoamericano, plasmada en: 1) una abundante práctica convencional, desde el remoto Tratado de Unión y Alianza (1811) entre Argentina y Paraguay; 2) las propias Constituciones de las Repúblicas latinoamericanas (por ej., el art. 2 de la ley fundamental de la Gran Colombia, de 1819; el art. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de México, de 1824...); 3) los compromisos de arbitraje, como el Tratado Arosemena-Guzmán (1881) por el que Colombia y Venezuela sometieron al Rey de España la determinación de su frontera común; y 4) la jurisprudencia arbitral, cuyo primer pronunciamiento sobre el principio se produce en el laudo de la Reina Regente de España María Cristina referido al contencioso fronterizo entre Colombia y Venezuela (1891). El último se debe, ya en el marco del arreglo judicial, a la Corte Internacional de Justicia (*Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, 1992).

Conviene llamar la atención sobre el hecho de que la aplicación del *uti possidetis* no ha supuesto una rígida y automática traslación de los límites administrativos de las entidades americanas de la Corona de España. En determinados casos ha sido modulado por la voluntad de los Estados convecinos, movidos por el interés de “hacerse recíprocamente aquellas cesiones de pequeños territorios que contribuyan a fijar la línea divisoria de una manera más natural, exacta y capaz de evitar competencias y disgustos entre las autoridades y habitantes de las fronteras” (Tratado firmado en Guayaquil en 1829 entre Perú y la Gran Colombia, art. V). Así, la provincia de Jaén, que correspondía en virtud del *uti possidetis* al Virreinato de Nueva Granada, y por tanto a la Gran Colombia, se situó bajo la posesión de Perú, por la voluntad de sus representantes. En otros casos, los Estados que han convenido un arbitraje han facultado al tribunal para modificar la línea del *uti possidetis* si una o ambas partes hubieran establecido más allá de esa línea intereses dignos de consideración (v., por ej., el tratado de arbitraje hondureño-guatemalteco de 1930).

El *uti possidetis iuris* ha trascendido a la región que lo mecía en su cuna. Por su papel estabilizador de las fronteras ha sido utilizado en otros continentes. A él recurrió, por ejemplo, el tribunal arbitral que zanjó el asunto de la controversia de límites entre *Dubai y Sharjah* (1981), antes de que la misma Corte Internacional de Justicia (*Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Malí, 1986) lo calificara de principio general bien asentado en el Derecho Internacional. La *Controversia fronteriza* entre Benin y Níger (2005) ofreció una nueva ocasión para su aplicación. La *Comisión Badinter* lo ha evocado (dictamen núm. 3, de 1992) para hacer referencia a las fronteras entre Croacia y la RF de Yugoslavia y entre ésta y Bosnia-Herzegovina, siendo así consentido por los acuerdos cele-

brados por los Estados citados (1995, 1996). En el caso de la pacífica separación de la República Checa y Eslovaquia también se respetaron los límites administrativos que las separaban en el Estado matriz.

371. El principio del '*uti possidetis iuris*': lo que no es

A veces se asocia el *uti possidetis iuris* con otros principios que gozan de identidad propia. Es el caso de: 1) la intangibilidad de los tratados territoriales; y 2) el *uti possidetis de facto*.

1) La intangibilidad de las fronteras pactadas coincide con el *uti possidetis iuris* en sus resultados, pero su fuente está en los tratados celebrados por dos o más Estados, eventualmente en su condición de potencias coloniales. Detrás del principio está el *pacta sunt servanda*, un *pacta sunt servanda* acorazado frente a las causas de terminación que afectan a otros tratados e impuesto a los Estados sucesores por consideraciones de seguridad y estabilidad que prevalecen sobre cualesquiera otras, incluida la libre determinación de los pueblos (v. par. 232, 240-242).

En *Controversia fronteriza* (Burkina Faso/Mali, 1986) la Corte entendió implícito el *uti possidetis iuris* en la afirmación del principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización que se hace en la Carta de la Organización de la Unidad Africana (OUA) y en resoluciones de esta Organización (1964). Sin embargo, dar al *uti possidetis iuris* semejante alcance desvirtúa su carácter innecesariamente, pues los supuestos de sucesión de Estados en materia de tratados territoriales está bien asentada. Otra cosa es que se quiera escamotear la índole *coactiva* de las reglas de sucesión para el nuevo Estado, obligado a pasar *per omnia secula seculorum*, salvo negociación, por los pactos de potencias coloniales. Tal vez por eso, buscando adecentar la aplicación de las intangibilidades territoriales coloniales, el tribunal arbitral que resolvió sobre la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal* (1989) sugirió que, precisamente, la peculiaridad del *uti possidetis africano* era englobar también los casos de respeto por los nuevos Estados de los límites pactados por las potencias coloniales.

2) El *uti possidetis de facto*, a partir del cual se articularon los tratados de límites del Brasil con sus vecinos, responde a una ocupación efectiva consentida por quien ostenta el título a la soberanía territorial. Procediendo Brasil de la Corona de Portugal y sus vecinos (salvo las Guayanas) de la española el *uti possidetis iuris* estaba fuera de lugar. No lo estaba, en cambio, el principio de intangibilidad de los tratados territoriales suscritos por España y Portugal, en particular el tratado de San Ildefonso (1777) que había sellado en América del Sur la más larga frontera internacional de la época. Sabiamente, mirando por sus intereses, Brasil entendió que el tratado de San Ildefonso (y con él los tratados anteriores) habían terminado a causa del conflicto hispano-portugués de 1801. Tal posición emboscaba el designio de legitimar y amparar las penetracio-

nes portuguesas del siglo XVIII, la ocupación efectiva de territorios más allá de los límites fijados por los mencionados tratados.

Como argumentación jurídica, Brasil trató de presentar el *uti possidetis de facto* como una variante del *uti possidetis iuris*. La musiquilla sonaba bien, pero en realidad uno y otro no guardan parentesco: *a*) Brasil y las Repúblicas hispanas no suceden a una misma potencia colonial, sino a dos, que contaban con tratados fijando fronteras internacionales antes de que se produjeran las respectivas sucesiones; y *b*) Brasil pretendía incorporar al *uti possidetis iuris* el reconocimiento de las ocupaciones efectivas, rechazando por ello el fundamento original del principio, a saber, el derecho a poseer con base en un título válido, con independencia de si efectivamente se ocupa un territorio. Fue, finalmente, la aceptación mediante tratados del *uti possidetis de facto* la que confirió a Brasil el título a la soberanía territorial originalmente perteneciente a sus vecinos.

372. El territorio 'polémico': la sumisión de las controversias territoriales a medios jurisdiccionales

El interés de los fundamentos del título a la soberanía territorial es histórico y erudito cuando no se discute al soberano. Es práctico, operativo, cuando el territorio es objeto de pretensiones encontradas, cuando el territorio es *polémico*. Unos y otros pondrán sobre la mesa de negociaciones todos los argumentos y documentos que sirvan a su causa. Ese interés deviene crucial cuando las partes entregan a un tercero, árbitro o juez, la decisión sobre su *mejor derecho*. Esta última expresión subraya que en todo contencioso territorial hay una concurrencia de fundamentos en competencia. ¿Cuál de ellos será el más fuerte? Tomada la decisión, el título del *vencedor* es eficaz *erga omnes*, no por la decisión en sí, un laudo o una sentencia que sólo obliga a las partes (v. par. 461, 484), sino porque se presume que ningún otro Estado se adelantará en estrados con una pretensión rival avalada con fundamentos persuasivos.

Por supuesto, las partes en un contencioso sometido a medios jurisdiccionales pueden modular (por acuerdo) los fundamentos a los que ha de ajustarse el órgano de decisión y su prelación a fin de declarar a quien corresponde la soberanía o, eventualmente, a proceder a la adjudicación del territorio. Hecha esta salvedad, si reconstruimos el camino que sigue habitualmente el árbitro o el juez, observaremos: 1) la indagación de los títulos de soberanía invocados; 2) su examen a la luz del comportamiento ulterior de las partes a fin de verificar si los confirman o modifican; 3) la consideración de las *efectividades* para: *a*) confirmar el título establecido con otro fundamento, pero no para desbancarlo (a menos que medie *reconocimiento* o *aquiescencia*), *b*) interpretar el título, si no está claro el territorio sobre el que se aplica, o *c*) atribuir la soberanía en defecto de título.

En el asunto relativo a la *Soberanía sobre Pedra Branca* (2008) la Corte Internacional de Justicia descartó un título originario atendiendo al comporta-

miento, claro y sin ambigüedad, de las partes. Pero lo normal es que el *uti possidetis iuris* (*Controversia fronteriza*, Burkina Fasso/Malí, 1986; *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, 1992); *Controversia fronteriza*, Benin/Níger, 2005), tratados *territoriales* o de *límites* válidos y pertinentes al caso (*Controversia territorial*, Libia/Chad, 1994; *Isla de Kasikili/Sedudu*, Botswana/Namibia, 1999; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002) o, incluso, decisiones políticas de una autoridad colonial manejadas como sentencias arbitrales (*Delimitación marítima u cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001) hayan prevalecido sobre *efectividades* coloniales y poscoloniales. En la *Controversia territorial* entre Libia y Chad (1994) la Corte llega a declarar, invocando el principio de estabilidad de las fronteras, que “cuando una frontera ha sido objeto de un acuerdo su persistencia no depende de la supervivencia del tratado mediante el que ha sido pactada”. En *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), al pronunciarse, con base en un tratado angloalemán de 1913, por la soberanía de Camerún sobre la península de Bakassi, ocupada por Nigeria, se puso a prueba la dificultad de ejecutar una sentencia cuando las *efectividades* en un territorio habitado son las de un ocupante sin título. Sólo en dos casos (*Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan*, Indonesia/Malasia, 2002; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007) encontramos una sentencia en que el fundamento del título se atribuye a unas modestas *efectividades* ante la imposibilidad de las partes de probar su mejor derecho con base en tratados, *uti possidetis iuris* o cualquier otra norma general de Derecho Internacional.

Las situaciones relativas a la creación del título deben regirse por el Derecho en vigor en la época en que acontecen. Esta regla de Derecho intertemporal recibió su formulación canónica en *Isla de Palmas* (1928). En dicha ocasión el árbitro M. Huber fue más allá al entender que los títulos no sólo se crean conforme al Derecho en vigor, sino que deben mantenerse y, por ello, adecuarse a las exigencias evolutivas del Derecho. La precariedad que asaltaría a los títulos en el caso de una aplicación extensiva de esta regla ha despertado serias objeciones (C. Jessup), dulcificadas cuando se considera (I. Jennings, I. Brownlie) que sus consecuencias más radicales son neutralizadas por el efecto del reconocimiento o de la aquiescencia.

Mientras no se resuelve el contencioso territorial las partes pueden tratar de prevenir las situaciones *críticas* mediante acuerdos (*modus vivendi*) o medidas cautelares solicitadas de Organizaciones Internacionales o, en su caso, de árbitros y jueces, tendentes a mantener el *status quo* y evitar el deslizamiento a situaciones que podrían suponer una amenaza a la paz y seguridad internacionales (v., por ej., el acuerdo hispano-marroquí de 20 de julio de 2002 sobre el islote de Perejil). Hay que tener en cuenta, en todo caso, que los actos de soberanía y jurisdicción ejecutados después de la *fecha crítica* en que una controversia territorial cristaliza son irrelevantes al efecto de establecer los fundamentos del título de soberanía, el *mejor derecho* al territorio (*Soberanía sobre Pulau*

Ligitan y Pulau Sipadan, Indonesia/Malasia, 2002; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007; *Soberanía sobre Pedra Branca*, Malasia/Singapur, 2008).

LXXXVI. LA FRONTERA TERRESTRE

373. *Noción y evolución*

Determinado el titular de la soberanía sobre un territorio, han de precisarse su volumen y perfil, establecerse sus límites. Ello puede deducirse —o no— de los fundamentos del título. Llamamos *frontera* a la divisoria de los territorios de dos Estados, por lo que si bien todos los Estados tienen *límites*, no todos tienen *fronteras* (así los Estados insulares y archipelágicos que no comparten con otro territorio insular).

El concepto de *frontera* ha evolucionado históricamente del *limes* romano, que concebía la frontera como un área relativamente fluida, como una *marca*, hasta la concepción lineal del Estado moderno, consagrada a partir de la Revolución francesa, a finales del siglo XVIII, una frontera-separación obligada por el *cuero a cuero* de los Estados, que fija el alcance de sus competencias territoriales.

La determinación, delimitación y demarcación de una frontera es competencia exclusiva de los Estados que comparten la divisoria y, por consiguiente, dependen del acuerdo entre dichos Estados, directamente o acudiendo a un tercero del que se solicita un trazado o directrices para su negociación por las partes. El Derecho Internacional general no da acogida a conceptos como el de *fronteras naturales* o el de *fronteras seguras*, que apuntan a criterios y objetivos manejables en la negociación y en el arreglo jurisdiccional. La frontera terrestre, la línea divisoria, aparece delimitada y descrita normalmente en un tratado, plasmada en mapas, demarcada sobre el terreno mediante mojones, hitos o mugas. Pero ésta es una observación empírica. Son aún numerosos los casos de fronteras pendientes de delimitación por el desacuerdo de las partes sobre su trazado y muchos más los pendientes de demarcación. Es el caso, por ejemplo, de la extensa, frágil y compleja frontera entre China e India.

374. *La delimitación de la frontera*

En la operación de *delimitación* los Estados convienen los principios, métodos y criterios aplicables (la línea de las crestas más altas, la divisoria de aguas, el cauce de un río, una de sus riberas, su línea mediana o la de navegación de su canal principal, la de mayor profundidad, una línea geodésica...). Se trata de una operación bajo el control, generalmente, de las Cancillerías, con asistencias técnicas múltiples (historiadores, geógrafos, geólogos, hidrógrafos...).

Cada frontera es un caso singular. Por eso, antes de iniciar negociaciones es ineludible haberse dotado con el más amplio conocimiento físico y humano de la zona a delimitar; de lo contrario, el desconocimiento del terreno incidirá en la subsiguiente fase de la demarcación, mixtificando su naturaleza y alimentando nuevas controversias.

Así, por ejemplo, el Tratado de límites entre Argentina y Chile (1881) estableció como principio delimitador de Norte a Sur la Cordillera de los Andes, corriendo en concreto la línea fronteriza por la cumbres más elevadas que dividían las aguas. El drama comenzó cuando se verificó que no siempre las cumbres más altas coincidían con los *divortia aquarum*, decantándose Argentina, en términos generales, por la línea de cumbres y Chile por las divisorias de aguas, que solían quedar más al este... Cabe también recordar los problemas que planteó la ejecución del Protocolo de Río (1942) en la cordillera del Cóndor cuando a finales de 1950 se descubrió entre los ríos Zamora y Santiago el curso del río Cenepa, lo que desvirtuaba el *divortium aquarum* de aquéllos, adoptado por el Protocolo como criterio de deslinde. Hubo de pasar medio siglo para que Ecuador y Perú superaran esta diferencia sobrevenida.

Como ya hemos indicado la delimitación de la frontera es de la competencia exclusiva conjunta de los Estados limítrofes. Realizada normalmente por vía convencional, los Estados también pueden acordar el recurso a una instancia jurisdiccional para que provea a la delimitación. Ya hemos citado un buen número de casos recientes decididos por la Corte Internacional de Justicia en que se discutía el trazado de la frontera. Abundante y significativa es también la práctica arbitral. No menos de diecinueve laudos se pueden computar en el ámbito latinoamericano. Citemos, por haber sido dictados por Reyes de España, el de la Reina Regente María Cristina, de 16 de marzo de 1891, en el asunto de la *delimitación fronteriza entre Colombia y Venezuela* y el del Rey Alfonso XIII, de 23 de diciembre de 1906, en el asunto del *límite fronterizo entre Honduras y Nicaragua*; asimismo, entre los últimos, el laudo de la Reina Isabel II de Inglaterra, de 18 de febrero de 1977, en el asunto del *canal del Beagle*, entre Argentina y Chile y, entre esos mismos Estados, la sentencia del Tribunal arbitral de 21 de octubre de 1994 en el asunto de la controversia sobre *el trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy (Laguna del Desierto)*.

La delimitación fronteriza en cursos fluviales plantea problemas particulares. Lo normal es que los tratados y, en su defecto, árbitros y jueces, opten por la línea mediana entre las riberas cuando se trata de ríos no navegables, y por el centro del canal principal, eje de mayor profundidad, o *thalweg*, cuando el río es navegable (CIJ, *Controversia fronteriza*, Benin/Níger, 2005). La interpretación de los tratados que acogen estos criterios y/o su concreción pueden acabar también en los tribunales (CIJ, *Isla de Kasikili/Sedudu*, Botswana/Namibia, 1999). Las islas en estos cursos fluviales suelen caer del lado del país al que corresponden las aguas, pero caben también tratamientos individualizados, especialmente cuando son de cierta entidad y están habitadas, en cuyo caso sería

impertinente presumir su accesoriedad respecto del cauce (CIJ, *Controversia fronteriza*, Benin/Níger). Se presume que un cambio de cauce por avulsión no modifica el título de soberanía territorial (CIJ, *Isla de Kasikili/Sedudu...*; *Demanda de revisión de la sentencia* de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la *Controversia fronteriza...*, El Salvador c. Honduras, 2003). En cuanto a los puentes, la divisoria pasa por la proyección vertical de la frontera, con independencia de los términos en que se haya acometido la obra civil (CIJ, *Controversia fronteriza*, Benin/Níger).

Localizar la frontera en una de las riberas, esto es, aplicar la doctrina de la *costa seca* a uno de los ribereños es posible si media su consentimiento. Así el tratado Jerez-Cañas (1858) atribuyó el río San Juan a Nicaragua, concediendo a Costa Rica un derecho de navegación con objetos de comercio sobre un tramo del mismo. La divergente interpretación de las partes ha sido resuelta por la Corte (CIJ, *Navegación en el río San Juan*, 2009).

La afirmación de la competencia delimitadora exclusiva y conjunta de los Estados adosados adquiere una particular y muy compleja dimensión cuando son más de dos los afectados por el trazado fronterizo. Así ocurre en algunos puntos terminales, también llamados *trifinios* o puntos triples de delimitación, que son más frecuentes de lo que parece. La práctica cuenta al efecto con algunos acuerdos tripartitos (así, por ej., el trifinio del Cerro Montecristo establecido en 1934 con participación de representantes guatemaltecos, hondureños y salvadoreños). La delimitación *a tres* también puede resultar de acuerdos sucesivos *a dos* coincidentes en el mismo punto. En último término, si uno de los tres no está conforme con el trifinio convenido por sus convecinos no está obligado por su pacto (*res inter alios acta*). La existencia de un punto triple de delimitación tiene una clara relevancia a los efectos de la solución de controversias de límites sobre trazados fronterizos en los que se encuentra incluido el mencionado punto (CIJ, *Controversia fronteriza*, Burkina Faso/Malí, 1986).

375. La demarcación de la frontera

Demarcar una frontera es traducir sobre el terreno la delimitación pactada mediante la colocación de los adecuados hitos, mugas, mojones u otras señales físicas. Ahora el protagonismo corresponde sobre el terreno a las comisiones mixtas de expertos (ingenieros, geógrafos, topógrafos...), asistidas en su caso de prácticos y peritos locales. La demarcación tiene un carácter marcadamente material, de ahí el nombre de amojonamiento; pero en ocasiones puede llevar a la rectificación de la delimitación acordada cuando la aplicación de sus criterios es impracticable o conduce a resultados absurdos. Todo dependerá de los poderes con que las partes hayan investido a la comisión demarcadora. Ello indica que la labor de demarcar no está revestida de puro automatismo, no es una simple y mecánica traslación al terreno de lo convenido en el previo acuerdo delimitador (CPJI, *Jaworzina*, 1923).

Para demarcar no es preciso esperar a que haya culminado el proceso de delimitación. Puede que las partes progresen en la delimitación de unos sectores fronterizos, mientras se empantanar (o constatan el desacuerdo) en otros. Venezuela, en el asunto de la *frontera colombo-venezolana* (s. arbitral del Consejo Federal Suizo sobre la *validez del laudo arbitral de la Reina-Regente María Cristina*, 1922), sostuvo la tesis de la indivisibilidad, pero el tribunal consideró que cuando una frontera ha sido establecida mediante arbitraje, la ejecución de la sentencia puede efectuarse parcialmente, por etapas.

Verificada la demarcación, la comisión mixta levanta un acta —acta de amonajamiento— que se incorpora como anejo al tratado de límites con su misma fuerza y valor, generalmente una vez confirmada por los gobiernos. En caso de desacuerdo, se levanta acta de dicha circunstancia y se ponen posteriormente en marcha los mecanismos de arreglo previstos. Así, los acuerdos chileno-argentinos de 1991 identificaron veinticuatro puntos pendientes de demarcación en la frontera andina, dando instrucciones precisas para efectuarla en veintidós de ellos a la Comisión de Límites, negociando un tratado para el vigésimo tercero (tratado de los *campos de hielos*, 1994, no ratificado) y sometiendo a arbitraje el restante (la controversia sobre el *trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy/Laguna del Desierto* 1994). En 1998 Argentina y Chile concluyeron un acuerdo para precisar el recorrido del límite desde el Monte Fitz Roy hasta el Cerro Daudet.

Un supuesto especial de demarcación ha sido el de la frontera entre Iraq y Kuwait tras la *Guerra del Golfo* (1990-91) (v. par. 515). Invocando el Capítulo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad (res. 687, de 1991) consideró que la delimitación de la frontera se había completado (con un Acuerdo de 1963) y ordenó al Secretario General que proveyera a la demarcación mediante la creación de una comisión, la designación de sus componentes y la impartición de instrucciones. Culminada la tarea, el Consejo (res. 833, de 1993) hizo suyo el informe final de la comisión y conminó a Iraq y Kuwait a aceptarlo, lo que hicieron, Iraq arrastrando los pies (en noviembre de 1994).

376. El objetivo: una frontera completa, ininterrumpida, estable y definitiva

Concluida la delimitación y demarcada la línea divisoria el resultado debe ser una frontera *completa e ininterrumpida, estable y definitiva* (CPJI, *Jaworzina*, 1923; *Interpretación del tratado de Lausana*, 1925; CIJ, *Templo*, 1962).

El carácter estable y definitivo de las fronteras, de los tratados que las establecen, la continuidad de éstos en los supuestos de sucesión de Estados, sea cual sea el proceso histórico y el alcance de la modificación territorial y dé o no lugar a nuevos sujetos estatales, ha sido conveniente y rotundamente subrayado, como ya hemos advertido, por la práctica y la jurisprudencia internacionales

hasta el punto de que podemos entender que constituye una norma consuetudinaria general (v. par. 371).

Para servir este objetivo la práctica ha acudido a la *densificación*, esto es, la multiplicación de los hitos fronterizos, de manera que se garantice su intervisibilidad. Una frontera con sus hitos convenientemente densificados y, por lo tanto, visibles, tendrá un eficaz efecto preventivo de los conflictos que podría provocar la existencia de zonas grises. Pero la realidad es, a menudo, otra. Recordemos, como botón de muestra, que la *frontera entre la Guayana francesa y Brasil*, fijada por sentencia arbitral del Consejo Federal Suizo de 1 de diciembre de 1900, ha visto acordada su demarcación por canje de notas de 3 y 18 de julio de 1980!

377. Las fronteras terrestres de España

No faltan en la Constitución española las alusiones al «territorio español» (arts. 138.1, 139.2, 158.1, y 161.1), al «territorio de España» (art. 68.5), al «territorio nacional» (art. 19) o al «territorio del Estado» (art. 139.1), pero la Constitución se abstiene, como la gran mayoría de Constituciones estatales, de definir el territorio, fijar sus límites geográficos. Las fronteras con los países vecinos, Francia y Portugal, han sido delimitadas gracias a una acción convencional fundamentalmente desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX y en virtud de una pluralidad de tratados relativos a tramos fronterizos específicos.

La línea divisoria actual con Portugal, eminentemente fluvial, no comenzó a delimitarse hasta la celebración del Tratado de Lisboa (1864). Este tratado tuvo como objetivo la fijación de la frontera desde la desembocadura del río Miño hasta la confluencia del río Caya con el Guadiana. Lo más destacable es la adopción del criterio de la mediana de la corriente principal como divisoria cuando la frontera sigue un curso fluvial y la conservación del límite por el cauce antiguo en el caso de que los ríos muden súbita y totalmente de dirección por obra de la naturaleza. La demarcación, una vez realizada, fue aprobada por el Acta General de Lisboa (1906).

La delimitación del resto de la frontera fue más laboriosa. El Convenio de Lisboa (1926) delimitó la frontera desde la confluencia del río Cuncos con el Guadiana hasta la desembocadura de éste en el mar, inspirándose en los criterios del tratado de 1864 y remitiéndose a otros instrumentos anteriores para la regulación de puntos concretos (Convenio de 1893 para la división de la Contienda de Moura). En 1968, aprovechando la celebración, del Tratado de Madrid sobre aprovechamientos hidráulicos fronterizos, se reconoció al Guadiana como la frontera *de iure* en el tramo que restaba por delimitar, entre las desembocaduras de los ríos Caya y Cuncos. Este tramo incluía la zona de Olivenza, que había pasado a la Corona de España por el tratado de Badajoz (1801). En los tramos fronterizos fluviales se establece como línea divisoria el *thalweg*, esto es,

la línea correspondiente al canal principal, o la de mayor calado, cuando el río cuenta con un solo canal.

Una Comisión Internacional de Límites, prevista ya en el Tratado de Lisboa (1864) con carácter permanente, se constituyó en 1876, asumiendo las funciones relativas tanto a la delimitación y demarcación de la frontera como a las otras cuestiones propias de las relaciones de vecindad.

La delimitación entre España y Francia se dividió en tres sectores, cada uno bajo su propio tratado. El *primer sector*, desde la desembocadura del río Bidasoa hasta Huesca, fue objeto del Tratado de Bayona (1856). La línea combina diversos criterios, entre los que destacan la divisoria de las aguas, el curso de los arroyos, las crestas de las montañas. Urgido un amojonamiento rápido, éste se aprobó por acta levantada en Bayona en 1858, que pasó a formar parte del Tratado de 1856 (Anexo V). En este sector existe una regulación particular, relativa a la isla de los Faisanes, en régimen de condominio fronterizo, según el Tratado de 1856 (convenio de 1901). El *segundo sector* discurre desde Huesca hasta Andorra. Su regulación se encuentra en el Tratado de Bayona (1862), que utiliza con profusión, entre otros, el criterio de la línea divisoria de las aguas. El *tercer sector* va desde Andorra hasta la costa del mar Mediterráneo, correspondiendo su delimitación a un nuevo Tratado de Bayona (1866) y a sus anejos, que recurre a criterios como «el estribo de los Pirineos», la línea de las crestas, líneas rectas...

En 1875 se creó la Comisión Internacional de los Pirineos, que se ocupa en primera instancia de las cuestiones que plantea la delimitación y demarcación de la frontera y las relaciones de vecindad en la zona fronteriza. Cabe recordar que España cuenta con un *enclave* —la villa de Llívia— en territorio francés, con fundamento en la Paz de los Pirineos (1659).

En cuanto a la frontera entre España y Andorra, una Comisión mixta realizó entre 1856 y 1863 su amojonamiento, operación que quedó plasmada en un Acta Notarial, no en un tratado. Esta *excentricidad* se explica por la ambigua condición jurídica del Principado en esa época, pero no en ésta, toda vez que Andorra ha sido reconocida como Estado soberano e independiente en 1993, mediante la celebración de un acuerdo tripartito (hispano-franco-andorrano).

La reivindicación que España mantiene sobre el Peñón de Gibraltar (v. par. 64) ha supuesto la tradicional negación de que la *línea* que lo separa del resto de la península tenga condición de *frontera*. Ha de tenerse en cuenta que la cesión de la plaza que hizo España en 1713 excluía la comunicación por tierra y, por añadidura, los límites de la cesión no fueron respetados al ocupar Gran Bretaña una parte del denominado *istmo neutral* y tratar de consolidar la ocupación con la erección de una valla (1908).

Ceuta y Melilla, ciudades autónomas españolas en el norte de África, limitan con el Reino de Marruecos, con el que se suscribieron una larga serie de tratados de límites entre 1767 y 1910. Marruecos reclama la soberanía sobre las plazas y sus dependencias.

378. *La cooperación transfronteriza*

Si bien la frontera es línea de separación, también es zona de contacto. Aunque sea una obviedad, sin frontera no puede haber cooperación transfronteriza, necesaria para buscar una solución conjunta a los problemas que la frontera plantea y muy conveniente para asumir proyectos en los que *todos ganan*.

Ahora bien, si la concepción de la frontera-separación es la premisa de la frontera-cooperación, no se requiere que la primera haya culminado el proceso que la hace *completa, ininterrumpida, estable y definitiva*, para abordar la segunda. Eso no es óbice para reconocer que una frontera-separación *virtuosa* facilita y favorece la profundización en la cooperación transfronteriza.

La cooperación transfronteriza *stricto sensu* representa un capítulo destacado de las relaciones de vecindad. Se actúa en la llamada *zona fronteriza*, faja territorial adyacente a la línea divisoria para la que se establece un régimen convencional o legal especial y/o sirve para determinar los participantes o beneficiarios de una relación de cooperación. Su alcance no es unitario. La zona fronteriza es establecida en cada caso por el instrumento jurídico que a ella se refiere y suele estar determinada por la naturaleza de la actividad cooperativa. No hay una, sino muchas zonas fronterizas. Así, por ejemplo, la pesca en el Bidasoa, río fronterizo, se reserva por el convenio de 14 de julio de 1959, confirmando un derecho inmemorial, a los vecinos de los cinco municipios ribereños.

La cooperación transfronteriza no es un fenómeno nuevo. Ocurre, sin embargo, que actualmente se ha expandido, se ha hecho más intensa y más compleja, discurriendo por todos los ámbitos materiales imaginables (la circulación de las personas y los bienes, la mejora de las vías de comunicación, la ordenación del territorio y la lucha contra la contaminación, la explotación en común de los recursos hidroeléctricos y minerales, la asistencia hospitalaria y en calamidades públicas, la cooperación turística y agrícola...).

La cooperación transfronteriza puede situarse a *diferentes niveles*: el interestatal, el interregional, el intermunicipal, el de las instituciones públicas y privadas —Cámaras de Comercio, asociaciones culturales...— y, como aportación de las Organizaciones Internacionales de integración, el *comunitario*. Los diferentes niveles son y pueden ser complementarios, pero la práctica exhibe con demasiada frecuencia esfuerzos en dispersión. Ciertos temas pueden prestarse, en principio más a una cooperación intergubernamental, otros a una cooperación interregional o municipal. Pero este criterio inicial se verá alterado sensiblemente cuando los entes regionales y locales carezcan de las competencias que se presumen o de los recursos financieros necesarios.

Son los órganos centrales del Estado quienes poseen la llave de la cooperación transfronteriza. La fuente normativa fundamental, aunque no la única, es el tratado. Cabe también una armonización legislativa y reglamentaria, unilateralmente adoptada o comprometida internacionalmente. El contenido de los acuerdos internacionales puede ir de lo más amplio a lo concreto. A fin de esti-

mular y dar continuidad a la cooperación los Estados suelen crear *Comisiones intergubernamentales*, generalmente de carácter consultivo, compuestas por representantes designados por los respectivos gobiernos, cuyas funciones pueden abarcar toda o una parte de la frontera, pudiendo ser permanentes o temporales y estar interesadas por un ámbito general o particular de competencias.

Por lo que se refiere a España, tanto en la frontera con Francia como en la divisoria con Portugal las manifestaciones de cooperación transfronteriza son numerosas, diversas y de difícil sistematización. La cooperación transfronteriza entre España y *Francia* toma cuerpo a nivel interestatal en un amplio catálogo de convenios internacionales, a partir sobre todo de los tratados de límites. En relación con *Portugal* el Tratado de Amistad y Cooperación (1977) estableció, por fin, el marco de una cooperación múltiple y revitalizó la centenaria Comisión Internacional de Límites.

El Estado puede actuar la cooperación indirectamente, reconociendo a los entes territoriales —regionales y locales— las competencias para, en un marco convencional, constitucional o administrativo determinado, llevarlas a cabo. La soberanía y la territorialidad impiden el establecimiento de mecanismos de cooperación de Derecho Público salvo que se celebren tratados de cobertura o tratados-marco donde los Estados, en relación con concretas manifestaciones de la cooperación transfronteriza, conceden facultades a las autoridades locales o crean establecimientos públicos internacionales gestionados por dichas autoridades. Un ejemplo de tratado de cobertura es el tratado de límites hispano-francés de 1856, que dispuso la elaboración de los reglamentos de pesca en el río Bidasoa por los delegados de los municipios de las dos riberas. En realidad, la cooperación transfronteriza de carácter local en la frontera pirenaica se ha venido llevando a cabo tradicionalmente al amparo de los tratados de límites, quedando habilitados los municipios fronterizos a celebrar convenios de carácter contractual y contenido fundamentalmente agropecuario.

El Consejo de Europa, desde antiguo interesado en fomentar la cooperación transfronteriza con participación de órganos regionales y locales, auspició el Convenio-marco europeo sobre la cooperación transfronteriza de las colectividades o autoridades territoriales (1980), cuyo objetivo es trazar bases jurídicas generales comunes sobre las que cimentar, en el marco de la soberanía nacional de cada Estado, una cooperación bilateral adaptada a las circunstancias concretas de cada país y de cada región. España, que ratificó el Convenio-marco en 1990, celebró los pertinentes acuerdos con Francia (1995) y con Portugal (2002); a su sombra se han celebrado ya decenas de convenios entre entidades regionales y locales de uno y otro lado de la frontera.

Por supuesto, siempre queda franco el camino de los acuerdos *no jurídicos* (v. par. 122-127), excelente vía para prever comportamientos convergentes o paralelos con otros sujetos, movidos por el interés común de la cooperación transfronteriza, en el campo de las propias competencias.

LXXXVII. VÍAS DE AGUA INTERNACIONALES

379. *Noción*

Bajo este enunciado quedan englobados, de un lado, los *ríos* (o *cursos de agua*) *internacionales*, columna vertebral del Derecho fluvial internacional y, de otro, los *canales internacionales*. Siendo diferentes por el mismo carácter de su cauce (natural/artificial) y de sus aguas (dulces/saladas), unos y otros se hallan sujetos a un régimen jurídico especial, de naturaleza esencialmente convencional, que implica limitaciones a la competencia territorial de los Estados ribereños en virtud de su utilización por otros Estados, ribereños o no, a los tradicionales fines de navegación y/o para otros usos de creciente interés. La elemental constatación de que el agua dulce —en general— es un recurso finito, imperativo para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, la estabilidad política y social, la salud y la erradicación de la pobreza, ha activado e intensificado la agenda internacional de los últimos años con programas y actividades dirigidas al aprovechamiento, conservación y ordenación de los recursos hídricos (v. AGNU, res. 63/124, de 15 de enero de 2009, en la que figura como anexo el proyecto de arts. de la CDI sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos).

380. *Los ríos (o cursos de agua) internacionales*

Un río internacional es un curso de agua corriente que fluye por territorio de distintos Estados, bien separándolos (*ríos fronterizos* o *contiguos*), bien atravesándolos (*ríos sucesivos* o *internacionales* en sentido estricto); siendo numerosos los ríos que son tanto fronterizos como sucesivos (por ej., el Danubio, cuyo curso a lo largo de ocho países se hace literatura en la pluma de Claudio Magris; el Paraná, que se hace Río de la Plata...).

381. *La navegación por los ríos (o cursos de agua) internacionales*

En su origen el Derecho fluvial internacional se confunde con el *Derecho de la navegación fluvial* y, como consecuencia, el concepto de río internacional se hace especialmente relevante cuando es navegable. Impulsado por el liberalismo económico de principios del siglo XIX, el Derecho fluvial internacional surge de la acción colectiva de las Grandes potencias de la época (sobre todo Reino Unido), interesadas en la penetración de su comercio. Hito fundamental fue el Congreso de Viena (1815) cuya Acta Final (arts. 108-117) previó para los ríos internacionales un régimen jurídico susceptible de general aplicación basado en el principio de libertad de navegación para todos los Estados, ribereños o no, principio de *comunidad abierta* que debía concretarse mediante la concertación de convenios particulares en los que los Estados ribereños aceptasen la igualdad de trato de nacionales y extranjeros —poniendo fin a abusos impositivos y obstáculos aduaneros— y la gestión internacionalizada del río mediante un or-

ganismo internacional (comisiones fluviales). Sobre esta triple base: libertad de navegación, igualdad de trato y comisión fluvial internacional se establecieron los regímenes particulares del Rin, Elba, Mosa, Escalda, Danubio... En África, el Acta General de la Conferencia de Berlín (1885) internacionalizó el río Congo.

Tras la *primera guerra mundial* la Conferencia de Paz (1919) determinó el régimen particular de los ríos internacionales cuya organización afectaba a los Estados vencidos —Elba, Rin, Danubio, Oder, Nieven— incorporando cláusulas a los Tratados de Paz cuyo sentido era el incremento de la internacionalización de tales regímenes, reforzando los principios de libertad de navegación e igualdad de trato y la consolidación de la posición de los Estados no ribereños vencedores de la contienda bélica en el seno de las Comisiones fluviales a expensas de los ribereños, que se resistieron cuanto pudieron (v., por ej., CPJI, *Comisión Internacional del río Oder*, 1929).

Quiso también la Conferencia de Paz elaborar un régimen general determinando la libertad de tránsito para todos los ríos internacionales (navegables), pero el Tratado de Versalles (art. 338) no pasó de programarlo. Para su establecimiento, la Sociedad de Naciones convocó una Conferencia General de Comunicaciones y Tránsito (Barcelona, 1921). Los textos adoptados, aplicables no sólo a los ríos, sino también a los lagos internacionales, garantizan y reafirman respecto de los navíos privados —no los buques de guerra— los principios de libertad de navegación e igualdad de trato, prohibiéndose totalmente la discriminación entre Estados contratantes. El esfuerzo resultó, sin embargo, fallido por el escaso número de ratificaciones.

De ahí que no pueda afirmarse que la libertad de navegación sobre las *vías fluviales de interés internacional* —y sus corolarios— haya alcanzado un valor normativo general, siendo un derecho fundado en regímenes particulares, aplicables a cada río, lago o cuenca, que en su conjunto forman el llamado *Derecho —de la navegación— fluvial internacional*.

Esto es especialmente cierto por lo que se refiere al continente americano. Los ríos internacionales americanos, debido a las diferentes condiciones geográficas, demográficas y socio-económicas —poca densidad de población, vasta extensión territorial y escaso desarrollo industrial— han sido objeto de una diversidad de regímenes jurídicos en los que destaca el predominio del interés de los Estados ribereños, la administración de la vía fluvial sólo por ellos y la afirmación de la libertad de navegación por las principales vías fluviales —Orinoco, Amazonas y Río de la Plata— como consecuencia exclusiva de los tratados celebrados entre los ribereños o de los actos y disposiciones legislativas de éstos.

382. Usos de los ríos (o cursos de agua) internacionales para fines distintos de la navegación

Hoy el Derecho fluvial internacional no es sólo un Derecho de navegación. Ríos y lagos son susceptibles de múltiples usos —suministro de agua, produc-

ción de energía eléctrica, irrigación, pesca, ocio y turismo...— que arriesgan convertir los cursos de agua internacionales no sólo en un bien escaso sino en cauces de contaminación, siendo necesario un marco jurídico que asegure el aprovechamiento, conservación, ordenación y protección de las aguas de manera óptima y sostenible.

Los trabajos de la CDI sobre esta materia dieron como primer fruto la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas (res.51/229, 21 de mayo de 1997) de una *Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación*. La Comisión ha aprobado posteriormente (2008) un proyecto de artículos sobre el *derecho de los acuíferos transfronterizos* del que la Asamblea General ha tomado nota (res. 63/124, 15 de enero de 2009), sin prejuzgar su destino. Dentro del tópico “Recursos naturales compartidos” la Comisión ha pasado a ocuparse ahora del petróleo y del gas.

Aunque la Convención, a pesar de los años transcurridos, no ha entrado todavía en vigor (actualmente cuenta con sólo diecinueve de los treinta y cinco contratantes requeridos para ello, art. 36.1), se trata de un convenio marco que enuncia principios generales y medidas dirigidas a la protección, preservación y gestión de los cursos de agua internacionales y de sus aguas que en su mayoría gozan de carácter consuetudinario y están destinadas (art. 3) a inspirar y armonizar acuerdos particulares, bilaterales o multilaterales. La autoridad de la Convención fue reconocida, apenas unos meses después de su adopción, por la Corte Internacional de Justicia (*Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997). La misma CDI sustenta en sus disposiciones el proyecto de artículos sobre los *acuíferos transfronterizos*.

Se entiende por *curso de agua* un “sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común” (Convención, art. 2.a); su carácter internacional vendrá dado (art. 2.b) por encontrarse algunas de sus partes en Estados distintos (*Estado del curso de agua*, art. 2.c). Un *acuífero* es, a su vez, “una formación geológica permeable que contiene agua superpuesta a una capa menos permeable y el agua almacenada en la zona saturada de dicha formación” (proyecto de arts., art. 2, a.). Es *transfronterizo* cuando se localiza en varios Estados (art. 2, c).

Punto de partida de los principios enunciados en la Convención (y en el proyecto de arts. sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos) es la existencia de una *comunidad de intereses* entre los Estados del curso de agua (o del acuífero), lo que ya había sido afirmado jurisprudencialmente (CPJI, *Comisión internacional del río Oder*, 1929) y luego reiterado (CIJ, *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997).

¿Cuáles son esos principios? Buscaremos la respuesta en la Convención (en el entendido de que el proyecto de arts. sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos la toma como modelo):

1) la *utilización equitativa y razonable* del curso de agua internacional en el propio territorio, esto es, “el disfrute máximo compatible con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los otros Estados del curso de agua” (art. 5).

La utilización equitativa y razonable de un curso de agua requiere la consideración de todas las circunstancias pertinentes entre las que, a modo indicativo y a fin de una evaluación conjunta, la Convención (art. 6) apunta los factores naturales (geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos), las necesidades económicas, sociales y de población dependiente del curso de agua en cada Estado, la repercusión del uso o usos, actuales y potenciales, en otros Estados del curso de agua, las alternativas a los mismos, así como las medidas —y su costo— adoptadas en pro de la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos.

En el asunto relativo a las *Pasteras en el río Uruguay*, centrado en la interpretación y aplicación del Estatuto del río Uruguay (1975), Argentina denunciaba el atentado que la construcción —autorizada por el Gobierno uruguayo— de plantas de pasta de celulosa ocasionaría al medio ambiente del río y de su zona de influencia en aspectos tales como la naturaleza, envergadura y localización elegidas para las plantas, la dimensión de la producción prevista y el consiguiente volumen de efluentes que estas plantas verterían sobre el río, la proximidad de aglomeraciones urbanas, zonas de producción agrícola, ganadera y pesquera en el tramo del río elegido para las obras, la insuficiencia de medidas previstas para la prevención y la reducción de los impactos que todo ello podía ocasionar sobre el medio ambiente...

Sustentado en la noción de *recursos naturales compartidos*, el principio de *utilización equitativa* —que no es sinónimo de igual— y *razonable* —que evoca la idea de sostenibilidad— forma ya parte del Derecho Internacional general e implica el derecho de todos y cada uno de los Estados ribereños a participar en los aprovechamientos del curso de agua y de las aguas, sea cual sea su situación, aguas arriba o aguas abajo. En el asunto del *Lago Lanós* (1957) el tribunal arbitral sostuvo que recae en el Estado del curso superior “la obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto no sea compatible con la defensa de sus intereses y de demostrar que, a este respecto, hay una preocupación auténtica de conciliar los intereses de los otros ribereños con los suyos propios”. En *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) la Corte declaró que Eslovaquia había cometido un hecho internacionalmente ilícito con la denominada variante C, que implicaba la desviación del Danubio y la apropiación, para su exclusivo uso y beneficio, de entre un ochenta y un noventa por ciento de sus aguas antes de restituir las al canal principal del río, a pesar de que el Danubio —dijo la Corte— no sólo es un *curso de agua internacional compartido* sino también *río fronterizo*. En el asunto *Pasteras en el río Uruguay* (2010) la Corte señala que la utilización del río no puede ser juzgada equitativa

y razonable “si no ha tenido en cuenta los intereses del otro ribereño en relación con el recurso compartido y la protección medioambiental de éste”.

2) De lo anterior resulta la obligación de los Estados ribereños de utilizar el curso de agua —y sus aguas— con la *debida diligencia* mediante la adopción de “todas las medidas apropiadas para impedir que se causen *daños sensibles* a otros Estados del curso de agua” (art. 7.1), so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Concretada en la máxima latina *sic utere tuo ut non laedas* (usa de lo tuyo sin causar daño en lo ajeno), ha de advertirse —y así lo hace la CDI— que este precepto enuncia una *obligación de comportamiento* y no de resultado, que un Estado del curso de agua sólo incumplirá cuando cause de modo intencional o por negligencia el daño que deba prevenirse.

De ahí la prudencia de la Convención al admitir que la causación de un *daño sensible* a otro Estado del curso de agua, resultante de una utilización equitativa y razonable en la que supuestamente se han adoptado todas las medidas apropiadas, no tiene por qué implicar la prohibición de tal actividad; en un caso así, a falta de acuerdo entre los ribereños implicados, la Convención dispone “la consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización” (art. 7.2).

En el asunto de las *Pasteras en el río Uruguay* (2010) la Corte constató que el principio de prevención fundado en la obligación de “diligencia debida” formaba parte del Derecho internacional consuetudinario y declaró que Uruguay había infringido sus obligaciones procesales conforme al Estatuto del río Uruguay (1975); pero estimó que Argentina no había aportado la prueba de que la puesta en funcionamiento de las instalaciones denunciadas hubieran causado un “perjuicio sensible” tanto a la calidad de las aguas del río como en la ribera argentina.

3) Se impone, en fin, a los Estados del curso de agua la *obligación general de cooperar* “sobre la base de los principios de igualdad soberana, la integridad territorial, el aprovechamiento mutuo y la buena fe” a fin de lograr una utilización óptima compatible con la adecuada protección del mismo (Convención; art. 8.1). Esta obligación es, según la CDI, imprescindible para la consecución de los objetivos y el cumplimiento de las obligaciones enunciadas.

El intercambio regular de datos e información sobre el estado del curso de agua y las previsiones correspondientes (Convención, art. 9), exceptuado lo que un Estado considere vital para su defensa y seguridad (art. 31), es el primer paso en esta dirección. El deber de notificación y consulta previa de las medidas proyectadas —característico de las medidas de protección medioambiental— que se extiende a las de protección, preservación y gestión del curso de agua y de sus aguas, especialmente en situaciones de emergencia, ha sido previsto como un proceso continuado y sistemático a verificar directamente entre los Estados del curso de agua o por conducto de las comisiones o mecanismos conjuntos que

se consideren útiles, cuyo establecimiento se insta (Convención, arts. 8.2, 11-28). Como consecuencia de la sentencia de la Corte en el asunto de las *Pasteras* Argentina y Uruguay han establecido en el seno de la Comisión Administradora del río Uruguay (CARU) un comité científico con el fin de monitorear el río y los establecimientos que en él vuelcan sus efluentes (canje de notas de 30 de agosto de 2010).

En este mismo asunto la Corte, interpretando el Estatuto del río, advierte que mientras opera, bajo el principio de la buena fe, el mecanismo de cooperación entre las partes para prevenir un perjuicio sensible a una de ellas, el Estado que pretende desarrollar una determinada actividad debe abstenerse de llevarla a cabo. Ello no implica un derecho de veto sobre los aprovechamientos que cada ribereño persiga en su territorio. De ser así una parte podría bloquear un proyecto vital para el desarrollo de la otra. La obligación de *no acción* sólo puede resultar de un tratado y en los términos en que éste la establezca. El Estado puede actuar bajo su responsabilidad.

De ahí que, salvo acuerdo o costumbre en contrario, “ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos” (art. 10.1), debiendo el eventual conflicto que los mismos generen solventarse sobre la base de los principios ya mencionados “teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales” (art. 10.2). En la práctica, ello conduce a los Estados ribereños interesados a concertar acuerdos adaptados a sus características que extienden hoy mayoritariamente su regulación —y/o se aplican en exclusiva— a otras utilidades y aprovechamientos fluviales distintos de la navegación. La *comunidad de intereses* entre los ribereños, base de la Convención, lleva a proclamar (art. 4) el derecho de *todos* a participar en la negociación y llegar a ser parte de cualquier acuerdo que se aplique a la totalidad de ese curso de agua. Los Estados partes en acuerdos de curso de agua vendrán, como es natural, obligados a observar —y, de ser el caso, a negociar— de buena fe lo (com)prometido en el tratado (CIJ *Gabcíovo-Nagyamaros*, 1997; *Pasteras en el río Uruguay*, 2010).

En Europa el Convenio de Helsinki sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales (1992) establece un marco de cooperación entre los países miembros de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas con el fin de prevenir y controlar la contaminación de los cursos de agua transfronterizos y garantizar el uso racional de los recursos acuáticos. En vigor desde 1996, cuenta en la actualidad con treinta y cinco partes, la Unión Europea y sus países miembros entre ellos.

España, al contar con ríos internacionales en sus fronteras con Francia y, en especial, con Portugal, ha celebrado tratados con ambos países para reglamentar los usos de dichos cursos de agua. Dando un paso más, en 1998 España y Portugal suscribieron un Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, según las pautas de la Convención de 1997.

383. *Los canales internacionales*

Los canales internacionales son vías de agua, creadas artificialmente, que ponen en comunicación dos mares con el fin de facilitar la navegación y son objeto de regulación internacional mediante tratados. Tal es el caso de los canales de Suez (Convenio de Constantinopla, 1888), Panamá (Tratados Hay-Bunau-Varilla, de 1903, y Carter-Torrijos de 1977) y Kiel (Tratado de Versalles, 1919).

Su carácter artificial los distingue de otras vías naturales destinadas a la navegación internacional, como los estrechos internacionales (v. par. 393), regulados por el Derecho del Mar (caso del mal llamado canal de Beagle, al sur de Tierra de Fuego). A su vez, que se trate de vías marítimas los diferencia de los canales que tienen por objeto comunicar ríos internacionales entre sí o con un espacio marino, regulados por el Derecho fluvial internacional (por ej., el canal de San Lorenzo, que conecta los Grandes Lagos en la frontera entre Estados Unidos y Canadá con el Atlántico). Finalmente, su regulación internacional los diferencia de las vías canaleras sometidas a regulación estrictamente nacional (como, por ej., el canal de Corinto, en Grecia).

El régimen de los canales internacionales, tal y como se ha manifestado históricamente, ha sido el resultado de la combinación de una serie de factores: 1) Tratándose de una vía de comunicación artificial, su construcción implica el consentimiento del Estado en cuyo territorio ha de asentarse; 2) La construcción exige la confluencia de condiciones geográficas idóneas y recursos económicos y técnicos considerables que no todos los Estados geográficamente aptos pueden asumir; 3) Por ello entra en escena el capital extranjero en pos de una inversión rentable, con la consecuente aparición de poderosas compañías que llevan tras de sí todos los intereses de la navegación comercial para simplificar las rutas y reducir costes; 4) Por último, aflora el interés de las Grandes Potencias por dominar tan esenciales vías de comunicación, sobre todo cuando se encuentran en el perímetro de su esfera de influencia (v. par. 52). Así, la vida política de Nicaragua, y hasta su integridad territorial, estuvo condicionada durante más de medio siglo por la ruta canalera que se pensó abrir por su territorio. Panamá, donde finalmente se hizo el canal que une Atlántico y Pacífico, debe su existencia como Estado independiente (1903) al apoyo que Estados Unidos y los grandes consorcios interesados en su construcción dieron al separatismo de esta región periférica de Colombia.

El tratado que traduce en el plano jurídico el régimen internacional del canal impone al ribereño una serie de obligaciones. Estos tratados tienen interés desde el punto de vista de su naturaleza, ya que han sido puestos como ejemplos pioneros de instrumentos creadores de situaciones objetivas. El Convenio de Constantinopla (1888), relativo al canal de Suez, fue suscrito por nueve países (Turquía, de quién formalmente Egipto era vasallo, Reino Unido, Alemania, Francia, Austria-Hungría, Italia, Rusia, España y Holanda), pero se estimaba que su reglamentación era válida *erga omnes*. Los Estados terceros debían

respetarla, teniendo además derecho —se decía— a su aplicación. El régimen del canal de Panamá podría entenderse que constituye un supuesto extremo por estar basado en un tratado bilateral (Tratado Hay-Bunau-Varilla, 1903); no obstante, la aceptación del tercero se encuentra facilitada por la facultad de adhesión al régimen convencional pactado por Estados Unidos y Panamá, hoy contemplada en el Protocolo del tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del canal (1977). La internacionalización del Canal de Kiel se produce en virtud del Tratado de Versalles (1919), impuesto por los vencedores de la Primera Guerra Mundial a la Alemania derrotada. Ha de puntualizarse, sin embargo, que los tratados que establecen regímenes o situaciones objetivas no han acabado por constituir una categoría jurídicamente relevante. En estos casos, o bien se verifica la aceptación del tercero, previendo su adhesión al tratado, o bien su vinculación se produce al margen de los mecanismos propiamente convencionales, sea por aquiescencia o reconocimiento.

Atendiendo a su contenido, estos tratados establecen, en primer lugar, la *libertad de navegación comercial* sin discriminación en virtud del pabellón y en todo tiempo, inclusive durante conflicto armado (v. CPJI, *Wimbledon*, 1923), consagrándose, no obstante, la neutralización del canal, que no puede ser atacado ni bloqueado en tiempo de guerra. Establecen, además, la *libertad de paso* para buques de guerra, a condición de que no efectúen parada alguna ni desembarco de tropas ni material

Si en otro tiempo las soluciones relativas a la administración de cada uno de los canales diferían, hoy corresponde al Estado territorial. En manos de Alemania se encuentra desde sus orígenes la del canal de Kiel; asimismo la administración del canal de Suez corresponde a Egipto —que la ejerce a través de una entidad denominada Autoridad del Canal de Suez— después de la conflictiva nacionalización (1956) de la Compañía Universal del Canal de Suez (v. par. 514). El cambio en la administración del canal de Panamá fue más azaroso. Los Tratados Carter-Torrijos (1977) la entregaron a la Comisión del Canal de Panamá, entidad pública estadounidense, hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en que se traspasó a la Autoridad del Canal de Panamá, entidad gubernamental panameña, con rango constitucional.

LXXXVIII. EL ESPACIO AÉREO

384. *Noción y régimen jurídico*

El espacio aéreo sigue la condición del espacio terrestre y marítimo que es su base; por consiguiente forma parte del territorio del Estado y se encuentra sometido a su soberanía el espacio aéreo suprayacente al territorio terrestre, a las aguas interiores (v. par. 390) y al mar territorial del Estado (v. par. 391). Se trata de un principio de carácter consuetudinario, universalmente admitido

(CIJ, *Nicaragua*, 1986). Razones cifradas en la seguridad del Estado inclinaron la balanza en su favor frente a los intereses de quienes, por haber desarrollado con prontitud una poderosa industria aeronáutica, eran partidarios de una política de cielos abiertos (los suyos y los de los demás) al tráfico aéreo.

La Convención de Aviación Civil Internacional o Convención de Chicago (1944) matriz del núcleo esencial del Derecho aéreo y de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) —Organización universal perteneciente al sistema de las Naciones Unidas, rectora de todos los aspectos de la aviación civil internacional— determina que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio (art. 1). La misma norma tiene también su plasmación en la CONVEMAR (1982, art. 2.2).

Si la anchura del espacio aéreo sometido a la soberanía estatal aparece claramente determinada, puesto que sus límites laterales son una proyección de los límites terrestres y marítimos, no ocurre lo mismo con su techo. ¿Dónde acaba la soberanía aérea del Estado y comienza el espacio ultraterrestre, *res communis*, no susceptible de apropiación, patrimonio común de la Humanidad (Tratado del Espacio, 1967)? La cuestión aún no se ha resuelto.

385. *La navegación aérea*

Excluidas del ámbito de aplicación de la Convención de Chicago las aeronaves de Estado (militares, de aduanas y policía), que no pueden volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en él sin su autorización (art. 3. *b* y *c*), el régimen de navegación de las aeronaves civiles parte de la distinción entre las que prestan servicios aéreos regulares y no regulares.

En el primer caso la llave del acceso al espacio aéreo de un Estado se encuentra en manos de éste, supeditado a su autorización, cuyo cauce regular suele ser el de los tratados bilaterales (art. 6), respondiendo a un patrón marcado en 1946 por el *acuerdo de las Bermudas* entre Estados Unidos y el Reino Unido. No han faltado, sin embargo, acuerdos multilaterales o ámbitos en los que imperen soluciones regionales (por ej., en la UE).

En cambio, los servicios aéreos no regulares no quedaron supeditados a la autorización del Estado para ejercer las libertades de tránsito, gozando incluso del privilegio de embarcar o desembarcar pasajeros, carga o correo, sin perjuicio del derecho del Estado donde tenga lugar el embarque o desembarque a imponer las reglamentaciones que considere oportunas (art. 5; v. en España, LNA, art. 145). En cuanto al cabotaje, la Convención determina que cada Estado tiene el derecho de negarlo a las aeronaves de los demás Estados contratantes, pero si lo concede mediante acuerdo no lo podrá hacer en condiciones de exclusividad (art. 7).

Como reflejo de la soberanía estatal, el Estado en una situación de guerra recupera total libertad de acción sobre su espacio aéreo (art. 89). Además puede

(art. 9.a), por razones de necesidad o de seguridad pública, restringir o prohibir los vuelos sobre ciertas zonas de su territorio a condición de que la medida se aplique sin discriminación alguna entre los Estados extranjeros. Tanto la extensión como la situación de las *zonas de exclusión aérea* deben razonablemente permitir la navegación aérea fuera de ellas. Será necesaria la comunicación de tales medidas a la OACI y demás Estados contratantes. Asimismo, el Estado está facultado para suspender temporalmente y con efecto inmediato los vuelos sobre la totalidad o parte de su territorio, siempre que concurren circunstancias excepcionales, durante un período de emergencia o en interés de la seguridad pública (art. 9.b).

En el ejercicio de los poderes coactivos que la Convención de Chicago reconoce al Estado, puede éste obligar a las aeronaves que sobrevuelan su territorio internándose en zonas excluidas a la navegación aérea a cambiar de ruta o a aterrizar en un aeropuerto señalado al efecto (art. 9.c.), pero está prohibido el recurso a la fuerza armada. En tal sentido se modificó la Convención de Chicago, añadiéndose el artículo 3 *bis* (Protocolo de Montreal, 1984). Dicha disposición establece que los Estados deben abstenerse de recurrir al uso de la fuerza contra aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, la vida de las personas que se encuentran a bordo y la seguridad de la aeronave no deben ser puestas en peligro.

La modificación se originó a raíz del incidente causado por el derribo (1983) por cazas soviéticos de un *Boeing* de la *Korean Airlines*, que se había desviado considerablemente de su ruta de Nueva York a Seúl, penetrando en territorio de la Unión Soviética; resultaron muertos los doscientos sesenta y nueve ocupantes del avión surcoreano. Cinco años después (1988) un *Airbus* de las líneas aéreas de Irán era destruido (perdiendo la vida sus doscientos noventa ocupantes) por dos misiles lanzados desde el crucero estadounidense *Vincennes*, en aguas del golfo Pérsico. En 1996 la Fuerza Aérea cubana derribó dos avionetas pertenecientes a una organización anticastrista radicada en Florida cuando se encontraban sobrevolando el mar territorial cubano. La Convención de Chicago exige que las aeronaves civiles no sean utilizadas para propósitos incompatibles con los fines del Convenio (art. 4). El uso de aviones civiles por los Estados Unidos con misiones encubiertas ilegales, tenía antecedentes por aquellas latitudes (Guatemala en 1954, Cuba en 1961), fundamentalmente en relación con Nicaragua (CIJ, *Nicaragua*, 1986).

El ejercicio de la *jurisdicción* sobre las aeronaves, a salvo la cooperación internacional en relación con los actos ilícitos que afectan a la aviación civil (v., especialmente, el *Convenio de Montreal sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, 1971), viene determinada por la legislación interna (en España, LNA, arts. 6 y 7). Un examen de Derecho comparado conduce a las siguientes conclusiones: la jurisdicción sobre la *aeronave civil* es ejercida por el Estado de la nacionalidad, esto es, el de registro de la matrícula, si está sobrevolando su territorio o espacios internacionales. Si está, en cambio, sobre-

volando el territorio de otro Estado el principio de soberanía de éste sobre su espacio aéreo determinará la sujeción de la aeronave a su jurisdicción, sin perjuicio de que el Estado de matrícula conserve la propia en lo que no contradiga las leyes del país que ejerce la soberanía aérea. En el caso de las *aeronaves de Estado*, la jurisdicción es en todo caso ejercida por el de matrícula.

La dimensión territorial de la soberanía (2): los espacios marinos

LXXXIX. CONSIDERACIONES GENERALES

386. *'Mare liberum, mare clausum'*

Tradicionalmente los Estados tenían de la mar una *visión en superficie* considerándola primordialmente como medio de comunicación. De ahí que, reservada para el ribereño por razones de seguridad terrestre una estrecha franja de aguas adyacentes a la costa, a la que acabó llamándose *mar territorial*, se considerara el resto *alta mar* regida por el principio de la libertad.

Hubo intentos a lo largo de la Historia por apropiarse de espacios marinos más amplios para servir, sobre todo, el monopolio del tráfico mercantil al que aspiraban las potencias navales con posesiones ultramarinas. A nivel doctrinal la contradicción de intereses entre quienes sostenían esta política y la de quienes la negaban, pretendiendo desarticular el monopolio, tuvo una emblemática representación en la hora fundacional del Derecho Internacional moderno en los opúsculos *De Mare Clausum* de John Selden y *De Mare Liberum* de Hugo Grocio. La libertad de los mares guardaba estrecha relación con la libertad de comercio.

Ya en el siglo XX los avances tecnológicos desafiaron la suficiencia de la simple clasificación *mar territorial-alta mar* para agotar legalmente todo el océano. Junto a la dimensión estratégica, emerge para los ribereños una dimensión económica, centrada en el control y aprovechamiento de los recursos, vivos y no vivos, de los espacios marinos, explotables en términos antes no imaginados. El resultado es una multiplicación de regímenes jurídicos, eventualmente superpuestos, con un sentido expansivo, en términos generales, de la soberanía y jurisdicción de los Estados ribereños y, por tanto, una reducción del espacio marino abierto al principio de libertad de los mares.

387. *Codificación y desarrollo progresivo del Derecho del Mar*

La codificación del Derecho Internacional del Mar se consideró el método adecuado para poner orden y certidumbre en este proceso de cambio. Su último y decisivo fruto ha sido la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR), adoptada en Montego Bay (Jamaica) en 1982, en vigor desde 1994, con ciento sesenta Partes, actualmente, incluidas la Unión Europea y todos sus Estados miembros, así como la totalidad de los países latinoamericana-

nos, salvo Venezuela. La CONVEMAR, completada por otros acuerdos a los que se hará oportuna referencia (v. par. 414, 415), nació para prevalecer (art. 311.1) sobre los cuatro Convenios de Ginebra, adoptados en 1958 (sobre mar territorial y zona contigua, plataforma continental, alta mar y pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar) que habían entrado en vigor en diferentes fechas, entre 1962 y 1966, y que pronto se consideraron una respuesta insuficiente para las pretensiones de un buen número de países.

388. Soberanía y jurisdicción en los espacios marinos

A la unidad física del medio marino el Derecho responde con una pluralidad de espacios y regímenes. En una aproximación general es posible distinguir entre *espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción del Estado ribereño* y *espacios situados más allá de la jurisdicción nacional*.

Espacios bajo soberanía y jurisdicción del Estado ribereño son, en primer lugar, las *aguas interiores* que, situadas del lado de tierra de las llamadas *líneas de base* se configuran como un espacio marino sometido a la soberanía plena del Estado ribereño, como si se tratara de un territorio terrestre. Más allá de las líneas de base, del lado de la mar y hasta las doce millas se encuentra el *mar territorial*, sometido también, tanto por lo que respecta a la columna de agua como al suelo y subsuelo, a la soberanía del Estado ribereño, con la única limitación del llamado *derecho de paso inocente*. Sigue a este espacio la *zona contigua*, de doce millas de anchura, sobre la que el ribereño puede ostentar competencias concretas y limitadas. Desde las doce hasta las doscientas millas contadas desde las líneas de base —solapándose pues en su extremo con la zona contigua— se extiende la *zona económica exclusiva (ZEE)*, donde el Estado ribereño tiene derechos económicos exclusivos y la jurisdicción que corresponde a los mismos. La ZEE se superpone —en el suelo y subsuelo marinos— con la *plataforma continental*, institución cronológicamente anterior que ahora, desde un punto de vista territorial, se justifica porque, bajo ciertas condiciones, puede prolongarse más allá de las doscientas millas cuando (*plataforma continental residual*) (v. par. 389-398).

Los espacios marinos situados más allá de la jurisdicción nacional son el *alta mar*, un espacio común regido por el principio de la libertad de los mares, que comienza a partir de las doscientas millas marinas, a salvo el régimen particular de la plataforma continental residual, y la *zona internacional de fondos marinos y oceánicos (ZIFMO)*, *patrimonio común de la humanidad*, que comienza donde acaba la ZEE y la plataforma continental (en su caso *residual*) de los Estados (v. par. 411-415).

XC. ESPACIOS BAJO SOBERANÍA Y JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO

389. *Mensuración de los espacios marinos: las líneas de base*

La caracterización jurídica de los distintos espacios marinos pone de relieve que su mensuración cuenta con un punto de referencia común: las *líneas de base*. Para su trazado el ribereño puede acudir a dos métodos: 1) el de la línea de *bajamar* a lo largo de la costa continental o insular, incluidos los arrecifes (CONVEMAR, arts. 5 y 6); y 2) el de las llamadas *líneas de base rectas* (art. 7), método con el que intentan salvarse determinados accidentes del litoral que dificultan el trazado de líneas de bajamar y, también, extender un poco más allá el imperio sobre la mar. Ambos métodos pueden combinarse (art. 14).

Ahora bien, aunque la práctica revela un recurso generalizado (España, RD. 2510/77) y no demasiado escrupuloso a las líneas de base rectas, conviene recordar, con la Corte Internacional de Justicia (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001), que su empleo está condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos cuyo objeto es impedir los abusos y respetar derechos adquiridos, especialmente porque no existe un límite máximo de longitud para tales líneas que, como puso de manifiesto la Corte cincuenta años antes (*Pesquerías*, 1951), deben ser razonables y moderadas.

¿Cuáles son, pues, los requisitos?:

1) Las líneas de base rectas deben trazarse en aquellos lugares en que la costa tenga *profundas aberturas o escotaduras* o en las que haya (una *franja de islas* en su proximidad inmediata.

2) Es preciso que el trazado de las líneas *no se aparte de manera apreciable de la dirección general de la costa*.

3) Las *zonas de mar* situadas del *lado de tierra* han de estar suficientemente *vinculadas al dominio terrestre* o, en otras palabras, la soberanía del Estado ha de ser capaz de proyectarse de manera efectiva sobre la zona.

4) Los puntos de apoyo de las líneas han de ser *terrestres*. Cabe aclarar que si un *bajío* (elevación natural del fondo del mar emergente sólo en bajamar) localizado a una distancia del continente o de una isla que no exceda de la anchura del mar territorial puede ser utilizado para medir éste desde su línea de bajamar (CONVEMAR, art. 13.1), con mayor motivo, podrá recurrirse a él como punto de apoyo de una línea de base recta. Ahora bien, si el bajío está situado *más allá* su utilización a tal fin sólo será posible si sobre él hay construcciones permanentemente por encima del agua (por ej., un faro) o ha sido objeto de un reconocimiento internacional (lo que podrá resultar en el caso concreto un punto muy discutido). Un problema adicional puede plantearse si el bajío se localiza en un punto en el que se solapan los espacios marinos potenciales de dos o más Estados. El bajío sigue al Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra, pero

para saberlo, hay que delimitar (CIJ, *Delimitación marítima en el mar Negro*, Rumania c. Ucrania, 2009) (v. par. 404-408).

5) El método de líneas de base rectas no puede ser aplicado por un Estado de forma que *aisle el mar territorial de otro Estado de la alta mar o de una ZEE*. Este requisito es, por ejemplo, conculcado por Marruecos en la línea de base trazada entre la Punta de Pescadores y el cabo Baba, que deja enclavado en las aguas interiores marroquíes el Peñón de Vélez de la Gomera, de soberanía española.

Cabe, además, tener en cuenta en el trazado los *intereses económicos propios de la región* de que se trate cuya realidad e importancia estén *claramente demostradas por un uso prolongado*.

La CONVEMAR completa su regulación en este punto con reglas particulares sobre *desembocaduras de ríos, bahías* (excluidas las que pertenecen a dos o más Estados y las *históricas*) e *instalaciones portuarias* (arts. 9-11), que confirman las reglas codificadas en Ginebra (C. sobre el mar territorial y la zona contigua, arts. 7, 8 y 13).

390. Las aguas interiores

Por *aguas interiores* se entienden las aguas salinas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial (CONVEMAR, art. 8.1). Su extensión depende del método utilizado. La soberanía del Estado ribereño en estas aguas (art. 2.1), que abarca el suelo y el subsuelo, es más acusada que sobre el *mar territorial*, ya que no existe en ellas derecho de paso de los buques extranjeros, a menos que al trazar líneas de base rectas, se hayan encerrado como interiores aguas que anteriormente no lo eran (art. 8.2).

La navegación por este espacio marino tiene que ver habitualmente por la entrada y salida en puerto. Salvo situaciones de peligro grave, arribada forzosa o fuerza mayor, el ribereño decide qué puertos y bajo qué condiciones quedan abiertos al tráfico internacional (CONVEMAR, art. 25.2; CIJ, *Nicaragua*, 1986); por tanto, la obligación de admitir buques extranjeros en los puertos sólo puede derivarse de los tratados. Hoy son comunes las restricciones que afectan a determinados buques, como los propulsados por energía nuclear, los que transportan sustancias altamente contaminantes o los dedicados a la investigación científica.

Durante la estancia en puerto y la navegación por las aguas interiores el buque extranjero se encuentra sometido a la legislación y jurisdicción del ribereño en los términos que éste determine. No obstante, tratándose de delitos cometidos a bordo, las autoridades locales no suelen intervenir, a menos que lo reclame el capitán del buque o se trate de actos que puedan alterar el orden público o afectar a la seguridad del Estado.

En el caso de *buques de guerra* extranjeros o destinados a un servicio público no comercial se entiende que la autorización concedida por el Estado ribereño

para la entrada en sus aguas interiores implica renuncia a ejercer jurisdicción sobre los actos delictivos cometidos a bordo, dada las inmunidades de que gozan tales buques.

391. El mar territorial

La soberanía del Estado ribereño se extiende, más allá de sus aguas interiores, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de *mar territorial*, que abarca también su suelo y subsuelo (CONVEMAR, art. 2).

La cuestión de la anchura del mar territorial ha sido largo tiempo debatida. Olvidadas las viejas teorías que la condicionaban al alcance de la vista o de la bala del cañón, los trabajos de codificación permitieron constatar que la *regla de las tres millas*, auspiciada por Reino Unido y otras potencias marítimas, distaba de contar con un respaldo general. Finalmente, la CONVEMAR ha consagrado (art. 3) la *regla de las doce millas*, que ya hoy se considera expresión de Derecho consuetudinario. (Para España, Ley 10/1977 y Decreto 2510/77; tb. RD 799/1981).

Hemos expuesto como se traza el límite interior (la línea de base) del mar territorial (v. par. 389). El límite exterior vendrá representado, en principio, por una línea paralela al límite interior situada a una distancia igual a la anchura del mar territorial, siempre y cuando esta extensión no interfiera el legítimo derecho de otro Estado a dotarse de este mismo espacio, supuesto en el que nos encontraríamos con un problema de delimitación entre Estados con costas enrostradas (v. par. 404).

Situaciones especiales pueden dar lugar a reglas especiales por vía convencional. Así, por ejemplo, Argentina y Chile (Tratado de Paz y Amistad, 1984, art. 8) acordaron la reducción *inter partes* de los efectos jurídicos del mar territorial a las tres millas en la zona situada entre el cabo de Hornos y la parte más oriental de la isla de los Estados, mientras se reconocía el derecho de cada uno a invocar la anchura máxima permitida por el Derecho Internacional respecto de terceros.

392. El derecho de paso inocente por el mar territorial

La soberanía del Estado sobre el mar territorial es idéntica a la que disfruta en las aguas interiores, con una salvedad: el derecho de *paso inocente* de los buques extranjeros (CIJ, *Nicaragua*, 1986), derecho que refleja un compromiso entre el interés del Estado ribereño por garantizar su seguridad y el de los demás en orden a la navegación.

Para que el paso de los buques extranjeros por el mar territorial sea *inocente* se requiere (CONVEMAR, arts. 18-20):

1) Que se navegue con el fin de atravesar el mar territorial sin penetrar en las aguas interiores (paso lateral), dirigirse a dichas aguas (paso de entrada) o salir de ellas (paso de salida).

2) Que sea *rápido e ininterrumpido* —aunque se admite la detención y el fondeo cuando constituyen un incidente normal de la navegación o son impuestos por fuerza mayor, dificultad grave o prestación de auxilio a personas, buques y aeronaves— y se realice *en superficie y enarbolando el pabellón*.

3) Que no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño.

Atendiendo a la seguridad de la navegación el ribereño puede designar vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico, a los que dará la debida publicidad (arts. 21-22); puede, además, suspender temporalmente el paso inocente de buques extranjeros en determinadas áreas, sobre bases no discriminatorias y con la debida publicidad, si la suspensión es indispensable para la protección de su seguridad (art. 25). Ha de abstenerse, sin embargo, de imponer: a) requisitos que produzcan el efecto práctico de denegar u obstaculizar el derecho de paso o discriminar de hecho o de derecho a determinados buques por su pabellón o los puertos de origen o destino; y b) gravamen alguno por el sólo hecho del paso por el mar territorial (arts. 24 y 26).

La CONVEMAR enumera, sin que pueda considerarse una lista cerrada, determinadas actuaciones prohibidas (art. 19.2). La mayoría resulta obvia: se trata de actos que, no sólo desvirtúan el paso, sino que pueden constituir hechos internacionalmente ilícitos o, cuando menos, infracciones de la legislación del Estado dictada en ejecución de compromisos internacionales o en virtud de su soberanía (la Convención especifica algunas de las materias sobre las que se proyecta dicha soberanía). En definitiva, no puede considerarse inocente el paso de un buque que, además de navegar, realiza actividades contrarias a las leyes del ribereño o que requieren su autorización, y el ribereño tiene derecho a tomar las medidas necesarias para impedir la actividad de todo buque extranjero cuyo paso no se considere inocente.

Nunca planteó la menor duda que los *buques mercantes* son beneficiarios del derecho de paso inocente, hasta que ciertas formas de propulsión, como la nuclear, y el transporte de sustancias presuntamente peligrosas movilizaron políticas restrictivas, o incluso prohibitivas. La CONVEMAR (art. 23) creyó encontrar un punto de equilibrio entre los intereses en conflicto, vinculando el derecho de paso de estos buques —que el ribereño puede circunscribir a vías marítimas por él designadas— a la obligación de tener a bordo los documentos y observar las medidas especiales de prevención dispuestas para ellos en acuerdos internacionales. En todo caso, la cuestión ha de entenderse abierta en el Derecho Internacional general. Algunos Estados mantienen en sus legislaciones la necesidad de que estos buques cuenten con la autorización previa del ribereño o que procedan a la previa notificación del paso. Otros consideran que ningún Estado pueda exigir previa autorización o notificación (*Declaración conjunta relativa a la interpretación uniforme de las normas del Derecho Internacional que regulan el paso inocente* de Estados Unidos y la Unión Soviética, 1989).

¿Y los buques de guerra? En esta misma *declaración* Estados Unidos y la —entonces— Unión Soviética afirman que todos los buques, incluidos los de guerra, con independencia de su carga, armamento o modo de propulsión, gozan de este derecho. La CONVEMAR, siguiendo al Convenio de Ginebra sobre el mar territorial, presume el derecho de paso, al disponer que cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso y no acate la invitación para que los cumpla, podrá éste exigirle que salga inmediatamente del mar territorial, incurriendo el del pabellón en responsabilidad internacional por las pérdidas o daños que resulten del incumplimiento (arts. 29-31). Pero esta disposición no cierra el debate, pues hay quienes niegan su carácter declarativo de una norma consuetudinaria. Hay, en efecto, Estados que mantienen en sus legislaciones la necesidad de la previa *notificación* o *autorización* (como es el caso de la Ley iraní de 1993, protestada por la UE en 1994) y que de una manera u otra lo han hecho valer en declaraciones interpretativas al firmar la Convención. En todo caso, no ha de olvidarse que el paso de submarinos ha de efectuarse en superficie (lo que no parece ser la práctica habitual).

El Estado ribereño *no debería*, en principio, ejercer *jurisdicción* sobre los buques mercantes extranjeros en paso inocente por el mar territorial, *a menos que procedan de sus aguas interiores*. La CONVEMAR enuncia una serie de excepciones al *principio de abstención* respecto de la jurisdicción penal y civil (arts. 27-28). Las primeras están vinculadas a las consecuencias del delito cometido a bordo sobre la seguridad, el buen orden o el medio ambiente del ribereño, la represión de tráfico ilícitos o la petición del capitán del buque o de un agente diplomático o consular del Estado del pabellón. En cuanto a la *jurisdicción civil*, queda a salvo la adopción de medidas cautelares o de ejecución que sean “consecuencia de obligaciones contraídas por dichos buques o de responsabilidades en que éstos hayan incurrido durante su paso por las aguas del Estado ribereño o con motivo de ese paso”.

Los buques de guerra y los buques de Estado destinados a fines no comerciales gozan de inmunidad de jurisdicción y de ejecución (CONVEMAR, art. 32).

393. *Los estrechos internacionales*

Desde un punto de vista geográfico un estrecho es una contracción natural del medio marino entre dos espacios terrestres —continentales, insulares o mixtos— que comunica dos partes de mar. Ahora bien, no todo estrecho geográfico es un estrecho internacional desde el punto de vista jurídico. Para ello es necesario que: 1) las aguas que lo forman tengan la naturaleza de mar territorial, lo que descarta las contracciones del medio marino de más de 24 millas; y 2) que sea utilizado para la navegación internacional (CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949).

Coherente con la naturaleza jurídica de las aguas del estrecho, el sistema codificado en Ginebra en 1958 (C. sobre Mar Territorial...art. 16) aplica el mismo *derecho de paso inocente* a todos los estrechos internacionales, con la única

peculiaridad de que en ellos, a diferencia de lo que se dispone para el mar territorial en general, no es posible la suspensión de su ejercicio.

La CONVEMAR rompe con esa unidad al regular los estrechos a través de un régimen autónomo y diversificado que distingue tres categorías de estrechos: 1) los estrechos en los que rige el derecho de *paso en tránsito*; 2) los estrechos en los que se mantiene el derecho de paso inocente; y 3) los estrechos regidos por tratados de *larga data*. La razón primordial de que el paso por determinados estrechos se beneficie ahora de una mayor libertad (derecho de *paso en tránsito*) no fue su especial importancia —que la tienen— para la navegación comercial internacional, sino su interés estratégico para el despliegue naval y aéreo de las grandes potencias.

1) El *régimen de paso en tránsito* es de aplicación a los estrechos, *principales* o *estratégicos*, utilizados para la navegación internacional que comunican dos partes de alta mar o ZEE (art. 37). Se trata de un derecho que se reconoce a todos los buques, mercantes o de guerra, y aeronaves, civiles o de Estado. La Convención caracteriza el tránsito como *rápido e ininterrumpido*. La Convención enumera las *obligaciones que deberán observar los buques y aeronaves durante el ejercicio de su derecho de paso en tránsito* (arts. 38-39). Cualquier otra actividad queda sujeta, como es obvio, a las demás disposiciones de la Convención (y cualesquiera otras de Derecho Internacional).

Ciñéndonos ahora a las obligaciones relativas a la seguridad, la Convención prevé que los buques cumplirán los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados en la materia. La expresión *generalmente aceptadas* remite a las reglamentaciones que han alcanzado la consideración de costumbre internacional, condición que cumplen determinadas convenciones de la Organización Marítima Internacional (OMI). Las aeronaves observarán, por su parte, las medidas del *Reglamento del Aire* establecido por la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) aplicable a las aeronaves civiles (Convenio de Chicago, 1944, Anexo II), medidas que las aeronaves de Estado cumplirán también *normalmente*. Esto evidencia la primacía de los intereses estratégicos de las grandes potencias sobre los de soberanía y seguridad de los ribereños, y aun de la propia navegación aérea. En primer lugar, porque el señalado *Reglamento del Aire* es el aplicable a la alta mar, lo que implica la equiparación de estos estrechos a la alta mar, a los efectos del sobrevuelo. Y, en segundo lugar, porque estas medidas de seguridad sólo *normalmente* obligarán a las aeronaves de Estado, sin que se aclare qué es y a quién corresponde calificar una situación de *anormal* o *excepcional*. Una declaración formulada por España al ratificar la Convención interpreta que la palabra *normalmente* significa “salvo fuerza mayor o dificultad grave”. La Convención no dice expresamente si el paso en tránsito incluye el paso en inmersión de submarinos. No obstante, dados los objetivos del paso en tránsito, la ausencia de una norma prohibitiva y, en fin, la afirmación de que el paso de buques se ajustará a sus *modalidades normales* postulan una respuesta afirmativa. La libertad de paso sumergido y

de sobrevuelo son los dos aspectos que más claramente distinguen el paso en tránsito del paso inocente.

En cuanto a los Estados ribereños, la lista de derechos que les reconoce la Convención es restrictiva y corta. *Restrictiva*, porque no les confiere competencias para regular el tráfico aéreo ni el paso en inmersión. *Corta*, porque sus competencias sobre el tráfico marítimo se limitan (arts. 41 y 42) a dictar leyes y reglamentos que, en materia de seguridad de la navegación y reglamentación del tráfico marítimo, se circunscriben a la posibilidad de establecer vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico ajustándose a las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas y previo sometimiento a la OMI. Con carácter adicional, los Estados ribereños tienen el deber de dar la publicidad debida a todas las leyes y reglamentos adoptados y a cualquier peligro que amenace la navegación o el sobrevuelo del estrecho. El ribereño no puede impedir, obstaculizar o suspender el tránsito (arts. 44 y 38.1) salvo en el caso de un buque mercante que amenace o cause daños graves al medio marino como consecuencia de la infracción de las leyes y reglamentos sobre seguridad de la navegación y prevención de la contaminación (art. 233).

Cabe preguntarse si y en qué medida el régimen de paso en tránsito puede ser considerado como una norma de Derecho Internacional consuetudinario. La cuestión, sin embargo, ha perdido relevancia para España, uno de los países que se opusieron con mayor decoro a este régimen (aplicable al estrecho de Gibraltar), una vez que es parte en la Convención y a pesar de las declaraciones interpretativas que acompañaron su adhesión.

2) El régimen de *paso inocente* se aplica (arts. 38.1 y 45) a dos tipos de estrechos que han sido implícitamente considerados como rutas de comunicación secundarias por estar: a) situados entre una parte de la alta mar o ZEE y el mar territorial de otro Estado; o b) formados por una isla de un Estado ribereño y su territorio continental, si del otro lado de la isla existe una ruta de alta mar o ZEE igualmente conveniente en lo que respecta a características hidrográficas y de navegación (por ej., el estrecho de Mesina, entre la península italiana y Sicilia). Una interpretación literal de esta disposición dejaría fuera: a) los estrechos formados por isla y continente pertenecientes a Estados distintos (por ej., estrecho de Corfú, entre Albania y Grecia); y b) los estrechos formados por dos islas (por ej., estrecho de Menorca, entre esta isla y Mallorca). Nos inclinamos, sin embargo, por una interpretación inclusiva de estos supuestos, sobre todo en atención a que del otro lado de la isla existe una ruta alternativa de paso libre.

3) El régimen de navegación de un reducido número de estrechos se articula en tratados de *larga data* aún vigentes cuya aplicación confirma la Convención (art. 35.c). Cabe preguntarse si, al hacerlo, la Convención ha consolidado definitivamente un estatuto que las partes no podrían enmendar ya incondicionalmente.

Los tratados a los que implícitamente se refiere el precepto son los concernientes a: los Estrechos Turcos (Bósforo y Dardanelos, que unen el mar Negro

con el Mediterráneo), regulados en la Convención de Montreux (1936); los Estrechos Daneses (Gran-Belt y Pequeño-Belt, entre el mar Báltico, Kattegat y el mar del Norte), cuyo paso se rige por la Convención de Copenhague (1857); y el Estrecho de Magallanes (entre el Atlántico y el Pacífico), del que se ocupa el Tratado de límites entre Argentina y Chile (1881).

En líneas generales estos tratados aseguran la libre *navegación* por tales estrechos en términos similares a lo que hoy conocemos como *paso en tránsito*, si bien no se reconoce el derecho de *sobrevuelo*, insólito por lo demás en las fechas de su conclusión.

La exigencia de que el régimen convencional especial sea de *larga data* descarta del ámbito del artículo 35.c de la Convención las disposiciones del Tratado de paz entre Egipto e Israel (1979) para el *Estrecho de Tirán*, por el que las partes se comprometen a respetar la libertad de *navegación* y *sobrevuelo* de todas las naciones (art. 5.2). Como se trata de un estrecho situado entre una parte de alta mar o ZEE (el mar Rojo) y el mar territorial de Egipto y Arabia Saudí, ribereños del golfo de Aqaba, el régimen de paso establecido en este tratado es más permisivo que el previsto en la CONVEMAR, que para este tipo de estrechos es el de *paso inocente* (art. 45.1.b), lo que genera derechos para terceros oponibles a las partes. Pero Arabia Saudí no es parte en el Tratado de 1979...

394. La zona contigua

Se entiende por *zona contigua* el espacio marino que se extiende más allá del límite exterior del mar territorial hasta las 24 millas contadas desde las líneas de base en el que el ribereño puede adoptar las *medidas de fiscalización* necesarias para prevenir y sancionar las infracciones a sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que pudieren cometerse en su territorio o en su mar territorial (CONVEMAR, art. 33).

La *zona contigua* es facultativa. En la actualidad más de setenta Estados la han adoptado (entre ellos, España, Ley 27/1992, de puertos y de la marina mercante). La CONVEMAR confirma la norma codificada por el Convenio de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua (1958, art. 24) y, en cierto modo, la actualiza. Su origen histórico se atribuye a las *Hovering Acts* británicas (siglo XVIII) para combatir el contrabando.

La CONVEMAR amplía las competencias del ribereño al considerar como una infracción la extracción de objetos arqueológicos y de origen histórico del fondo del mar de esta zona sin autorización del Estado (art. 303). Esta disposición es irreprochable en su objetivo —obstaculizar el tráfico ilícito de estos objetos— pero reposa en un malentendido del concepto de *zona contigua*, que se configura básicamente como espacio acuático adyacente al mar territorial en el que se atribuyen al ribereño ciertos derechos funcionales. El suelo y subsuelo más allá del mar territorial es plataforma continental (art. 76), y la llamada *zona arqueológica*, que se ha ido introduciendo en la práctica internacional (v.

Convención de París sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, 2001), debe entenderse como una parte de ella. (En España la Ley 16/1985, sobre patrimonio histórico español, se adscribe a la corriente maximalista favorable a la extensión de la *zona arqueológica* a toda la plataforma continental).

Por otro lado, aunque las competencias del ribereño en la zona contigua son *numerus clausus*, la práctica revela que algunos Estados están procediendo unilateralmente a su ampliación, arrogándose competencias en materia de seguridad. Estas actuaciones, protestadas por otros miembros de la sociedad internacional, son —hoy por hoy— contrarias a Derecho, teniendo en cuenta que ya la noción de *zona contigua* supone una evolución restrictiva del principio consuetudinario de libertad de los mares. Lo que pueda deparar el futuro dependerá del peso, número y obstinación de quienes sustentan las prácticas expansivas y de quienes se oponen a ellas.

395. *La plataforma continental*

El Derecho Internacional clásico no reconocía a los Estados ribereños derechos sobre las aguas, el suelo y subsuelo marinos más allá del mar territorial. La práctica de los Estados, sin embargo, alteró esta situación a mediados del siglo XX. La Proclamación del Presidente de los Estados Unidos, H. S. Truman, en 1945 considerando “que los recursos naturales del suelo y del subsuelo de la plataforma continental en la alta mar contigua a las costas de los Estados Unidos pertenecen a los Estados Unidos y están bajo su jurisdicción y control...” fue un hito en la configuración de derechos del Estado ribereño sobre este espacio subacuático y dieron pie a una práctica que se tradujo en el Convenio de Ginebra sobre la plataforma continental (1958). Diez años después el carácter consuetudinario de la institución pudo ser constatado por la Corte Internacional de Justicia (*Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969).

A tenor de la CONVEMAR, que sigue en esto al Convenio de Ginebra, todo Estado ribereño tiene derecho a una plataforma continental, *independientemente de su ocupación real o ficticia o de toda declaración expresa*, que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas adyacentes a su mar territorial, ostentando en ella derechos de soberanía a los efectos de la exploración y explotación de sus recursos naturales.

El límite interior de la plataforma continental coincide también con el límite exterior del mar territorial; por lo que se refiere a su límite exterior, el Convenio de Ginebra y la Convención de 1982 establecen reglas distintas. Así, si el Convenio de Ginebra dispone que la plataforma continental se extiende “hasta una profundidad de doscientos metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de esta zona” (art. 1), la CONVEMAR opta por extender la plataforma continental del ribereño “a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia

de doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”, precisando que el margen continental “está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental”, pero “no comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo” (art. 76). La CONVEMAR garantiza, pues, un mínimo, haya o no plataforma geológica, y se desembaraza del inestable criterio de la *explotabilidad*.

Pero, ¿qué ocurre con los Estados (Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Senegal...) que cuentan con una plataforma geológica *amplia*, más allá de las doscientas millas? La Convención, admitiendo los derechos del ribereño sobre la llamada plataforma continental *residual*, ha tratado de contener su dimensión y de controlar las pretensiones injustificadas o abusivas. A tal fin ha dispuesto que el límite exterior no puede en ningún caso exceder de las trescientas cincuenta millas contadas desde las líneas de base o de cien millas contadas desde la isobata de dos mil quinientos metros. Además, el Estado ribereño: 1) no puede establecer de forma obligatoria, y por tanto oponible a terceros, el límite exterior de su plataforma continental más allá de las doscientas millas sin tomar como base las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental instaurada por la propia Convención, a la que debe informar previamente (art. 76.8 y Anexo II); 2) debe efectuar pagos o contribuciones en especie a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos por la explotación de los recursos no vivos, salvo en el caso de países en desarrollo que sean importadores netos del recurso mineral extraído (art. 82); y 3) no puede denegar a terceros la autorización de proyectos de investigación científica.

Hoy puede afirmarse que el criterio de las doscientas millas como límite exterior mínimo de la plataforma continental es expresión del Derecho consuetudinario (CIJ, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985). No puede decirse lo mismo de las detalladas y complejas disposiciones de la Convención relativas a las plataformas geológicas *amplias* o *residuales*, aunque la práctica de los Estados y la reacción de los terceros permiten observar una tendencia a la generación de una norma consuetudinaria con lo esencial de su contenido. (Incluso España ha presentado en 2006, conjuntamente con Francia, Irlanda y Reino Unido, información a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental con el fin de fijar el límite exterior de su plataforma más allá de las doscientas millas en el área del Mar Céltico y del Golfo de Vizcaya).

Una vez que los recursos naturales del suelo y subsuelo marino se adscriben también a la *zona económica exclusiva* (ZEE) que un Estado puede proclamar hasta una distancia de doscientas millas ¿no es redundante la noción de plataforma continental? Aunque la plataforma ha perdido *protagonismo* con la consagración de la ZEE, sigue siendo relevante: 1) porque el Estado ribereño tendrá en todo caso una plataforma continental de doscientas millas, proclame o no ZEE; 2) porque los Estados de plataforma geológica *amplia* pueden extender

sus derechos más allá de las doscientas millas; 3) porque, como veremos más adelante (v. par. 406), en los casos de Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a frente, la delimitación de sus ZEE y plataformas continentales no tiene por qué resultar en una línea única; y 4) porque a las especies sedentarias se aplican las reglas de la plataforma continental, no las de la ZEE (arts. 68 y 77.4).

396. *La zona económica exclusiva*

Simultáneamente a su proclamación sobre la plataforma continental, el Presidente Truman realizó otra sobre Pesquerías, reivindicando el interés especial del Estado ribereño sobre los recursos vivos en la zona de alta mar adyacente a su mar territorial y su derecho a adoptar medidas para su gestión y conservación. Este acto pretendía proteger las pesquerías de salmón en las costas de Alaska frente a la actividad de la flota japonesa y tuvo una inmediata repercusión en la legislación de varios países americanos, como Argentina, México, Nicaragua, El Salvador, Chile, Ecuador o Perú. Estos tres últimos concertaron en 1952 una posición radical al proclamar en la denominada *Declaración de Santiago su soberanía y jurisdicción* hasta una distancia mínima de doscientas millas tanto en las aguas como en el suelo y subsuelo, justificando la medida en términos de conservación y de desarrollo económico. Esto dio origen a la instauración de *zonas de pesca* en las aguas adyacentes al mar territorial, de extensión variable, en las que los Estados ribereños, preocupados por asegurar el aprovechamiento a sus nacionales, afirmaban una jurisdicción exclusiva.

Esta práctica tuvo sólo un tímido reflejo en el Convenio de Ginebra sobre pesca y conservación de los recursos vivos en alta mar (1958), que se limitó a reconocer el *interés* del Estado ribereño en el mantenimiento de los recursos situados en las zonas adyacentes a sus costas y su competencia para adoptar en ellas medidas unilaterales de protección; pero fue generalizándose en los años siguientes, hasta el punto de que la Corte Internacional de Justicia advertía (*Competencia en materia de pesquerías*, 1974) la cristalización consuetudinaria de dos conceptos: el de *zona de pesca exclusiva*, independiente del mar territorial, y el de *derechos de pesca preferentes* en las aguas adyacentes a dicha zona, en favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial de sus pesquerías costeras.

Al comenzar el último tercio del siglo XX los países en desarrollo tomaron aún mayor conciencia del valor económico de los caladeros situados frente a sus costas y, bajo el liderazgo de los países latinoamericanos (*Declaraciones de Montevideo*, 1970; *Santo Domingo*, 1972; *Lima*, 1973), la reclamación de un *mar patrimonial* o *zona económica* de doscientas millas (coincidente con la extensión media de la plataforma continental geológica sobre la que se encuentran normalmente los caladeros de pesca más importantes), cobró una fuerza expansiva irresistible. Incluso los Estados que habían mantenido las mayores reservas,

como Estados Unidos, la Unión Soviética, Japón o los miembros de la Unión Europea, proclamaron *zonas de pesca* de doscientas millas o ZEE en los años 1976 y 1977. También España se sumó a esta práctica (Ley 15/1978), renunciando a una oposición justificada hasta entonces por su condición de potencia de pesca de *altura*. “El concepto de ZEE... puede ser considerado como parte del Derecho Internacional contemporáneo” declaró la Corte (*Plataforma continental*, Libia/Túnez, 1982; *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985).

De acuerdo con la CONVEMAR todo Estado ribereño tiene derecho a proclamar una ZEE en el espacio adyacente a su mar territorial, hasta un máximo de doscientas millas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, sometida a un régimen jurídico propio, caracterizado por el reconocimiento de: 1) *soberanía* para los fines de la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, vivos y no vivos, de las aguas suprayacentes, del lecho y el subsuelo, así como de cualesquiera otros aprovechamientos de significación económica; y 2) *jurisdicción* con respecto al establecimiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, investigación marítima y protección y preservación del medio marino (art. 56).

Tratándose de un derecho, el Estado ribereño puede limitar el ejercicio de su soberanía y jurisdicción, territorial o materialmente. En este sentido puede proclamar una ZEE más reducida y/o circunscribir sus derechos sobre este espacio a la protección de los recursos marinos vivos y la gestión y control de la actividad pesquera (*zonas de protección pesquera*) o la protección del medio ambiente (*zonas de protección ecológica*). Así, en España, la Ley 15/78 limita la ZEE de doscientas millas a las costas peninsulares e insulares del océano Atlántico, incluido el mar Cantábrico, facultando al Gobierno para que proceda a su extensión en el Mediterráneo. Sobre esta base, en 1997 España estableció una *zona de protección pesquera* en este mar (RD 1315/1997, modificado por el RD 431/2000).

397. Derechos del ribereño en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva

La CONVEMAR atribuye derechos soberanos al ribereño para la exploración y explotación de los recursos naturales en la ZEE y en la plataforma continental. Tales recursos comprenden —tratándose de la ZEE— los recursos vivos y no vivos situados en las aguas suprayacentes, el lecho y el subsuelo; en el caso de la plataforma continental —si no coincide con la ZEE— los derechos se limitan a los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho y su subsuelo, así como a los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias. El ribereño ostenta otros derechos, entre los que se cuentan el establecimiento de islas artificiales, instalaciones u otras estructuras, la investigación científica y, dentro de ciertos límites, la preservación del medio marino. Los demás Estados deberán

cumplir las leyes y reglamentos dictados de conformidad con las disposiciones de la Convención y otras disposiciones de Derecho Internacional (art. 58.3), pudiendo el ribereño adoptar cuantas medidas estime necesarias para garantizarlo, incluidas la visita, la inspección y el apresamiento de los buques, e iniciar, de conformidad con su legislación interna, procesos sancionadores de carácter administrativo o judicial contra las personas responsables (art. 73.1).

Consideremos algunos de estos derechos con algún detenimiento:

1) En relación con la *actividad pesquera* la Convención impone ciertos límites al Estado ribereño buscando, por un lado, asegurar la preservación de los recursos y, por otro, dar alguna satisfacción a los preteridos intereses de los Estados que faenaban habitualmente en áreas transferidas de la alta mar a la ZEE, así como a los países en desarrollo, sobre todo los vecinos, y a los que carecen de litoral o se encuentran en *situación geográfica desventajosa* (v. par. 403). La Convención establece, en efecto, una cierta obligación para el Estado ribereño de permitir a la flota de terceros países, mediante acuerdo, el acceso a sus *excedentes*, articulando al respecto un complejo sistema (arts. 61-62, 69-70). Se establecen, asimismo, reglas particulares en relación con las especies altamente migratorias, como los túnidos, las poblaciones anádromas y catádromas y los mamíferos marinos (arts. 64-67), que subrayan el principio de cooperación entre los Estados interesados, mediante tratados y Organizaciones internacionales. No obstante, el alcance real de las obligaciones que asume el Estado ribereño es muy limitado; más aún cuando eventuales controversias están excluidas del arreglo jurisdiccional obligatorio (art. 297.3). Al final del día el ribereño reglamenta la actividad pesquera como tiene por conveniente, establece discrecionalmente sus *excedentes* y negocia acuerdos de pesca si quiere y con quien quiere, esto es, con quienes más compensaciones pueden brindarle.

En cuanto a la competencia de control y sanción del Estado ribereño la Convención establece dos límites, además de la obligación de la notificación inmediata al Estado del pabellón de los casos de apresamiento: 1) los buques apresados y sus tripulaciones deben ser liberados con prontitud, previa constitución de una fianza razonable u otra garantía; y 2) las sanciones no pueden incluir penas privativas de libertad, salvo acuerdo en contrario entre los Estados interesados, ni ninguna otra forma de castigo corporal (art. 73). Debe advertirse que el Estado del pabellón puede igualmente ejercer su jurisdicción sobre las actividades de sus buques en la ZEE o plataforma continental de otro Estado, siendo de aplicación supletoria a este respecto las disposiciones sobre alta mar (v. par. 412); no obstante, el Estado del pabellón no podrá llevar a cabo una labor de vigilancia o inspección *in situ* sin el consentimiento del ribereño.

En la Unión Europea la pesca es competencia exclusiva de la Unión. La política de gestión y conservación de los recursos en las aguas bajo jurisdicción de los Estados miembros (Reglamento (CE) 2371/2002) se caracteriza por: a) igualdad de acceso a los recursos de toda la flota *comunitaria* en el conjunto de las aguas bajo jurisdicción de los Estados miembros, con exclusión de una

banda costera de doce millas en que la pesca queda reservada a los nacionales, si bien dejando a salvo los *derechos históricos de pesca* de los nacionales de los demás Estados miembros; b) fijación anual de capturas (TAC) para las distintas especies sensibles, que se reparte entre los Estados miembros en forma de cuotas —tras detracer las cantidades otorgados a terceros países por tratados— en función del *principio de estabilidad relativa* (basado, entre otros criterios, en las actividades pesqueras tradicionales de cada Estado); c) exigencia a los buques *comunitarios* y de terceros Estados de licencias y de permisos especiales de pesca expedidas y gestionadas por los Estados miembros; y d) definición de un régimen de control, que impone a los Estados miembros la obligación de supervisar la actividad de los buques de pesca en las aguas bajo su jurisdicción y de sancionar, de acuerdo con su legislación interna (en España, la Ley 3/2002, de pesca marítima), las infracciones a la normativa comunitaria. La política comunitaria no es, sin embargo, de aplicación efectiva en el Mediterráneo, donde, con la excepción de España, los Estados miembros de la Unión Europea no han extendido su jurisdicción más allá de las doce millas.

En cuanto a la pesca en caladeros de terceros países, los acuerdos suscritos por la Unión Europea son de dos tipos: 1) los de *acceso recíproco*, que prevén un intercambio anual de cuotas de pesca (Groenlandia, Noruega); y 2) los de *acceso a cambio de compensaciones financieras*, celebrados con países en desarrollo (por ej., Mauritania y Senegal). En los últimos años se viene perfilando una nueva categoría de acuerdos —los *acuerdos de asociación pesqueros*— dirigidos a fomentar una pesca sostenible en interés mutuo de las partes (por ej., el acuerdo de pesca con Marruecos de 2005).

2) El Estado ribereño también dispone de un derecho exclusivo sobre la *construcción, explotación y utilización de islas artificiales y de toda clase de instalaciones o estructuras* en la ZEE y en la plataforma continental, así como de jurisdicción exclusiva sobre ellas, en particular en materia aduanera, fiscal, sanitaria, de seguridad y de inmigración (arts. 60 y 80). La Convención precisa el derecho exclusivo del ribereño para autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma continental (art. 81). La construcción de islas o instalaciones ha de ser debidamente notificada, debiendo mantenerse medios permanentes para advertir su presencia y retirarse las que sean abandonadas o caigan en desuso. El ribereño puede, bajo determinadas condiciones, establecer alrededor de ellas *zonas de seguridad* de hasta quinientos metros.

3) La regulación de la *investigación científica* pretende responder a una fórmula de compromiso entre los países ribereños en desarrollo que defendían su competencia exclusiva, negándose a distinguir entre *investigación fundamental* e *investigación aplicada*, y las grandes potencias marítimas que sostenían que la ZEE y la plataforma continental eran parte de la alta mar y, por lo tanto, la investigación marina debía ser, en principio, libre, bastando, en su caso, la mera notificación al ribereño.

La Convención (arts. 56 y 246-255) afirma la jurisdicción y poder de reglamentación del ribereño cuya autorización para la realización de cualquier proyecto es preceptiva. Pero trata de favorecer su concesión previendo la autorización tácita (arts. 248 y 252) y tasando los casos en que podrá ser denegada: así cuando el proyecto: *i*) tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales; *ii*) entrañe perforaciones en la plataforma continental, utilización de explosivos o introducción de sustancias perjudiciales en el medio marino; *iii*) implique la construcción o utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, y *iv*) contenga información inexacta o tenga el peticionario obligaciones pendientes respecto de un proyecto de investigación anterior. En la plataforma continental residual la denegación sólo procede si el proyecto coincide con las áreas designadas públicamente por el Estado ribereño como áreas en las que está realizando o tiene previsto realizar él mismo actividades de investigación (art. 246.5).

El Estado o la Organización que aspira a realizar la investigación ha de cumplir con ciertas obligaciones: proporcionar al ribereño la información requerida sobre el proyecto, garantizar su participación en el mismo, comunicar los resultados y facilitarle el acceso a todos los datos y muestras obtenidos, informar de cualquier cambio importante en el programa de investigación... (arts. 248—249). Cabe al ribereño ordenar la suspensión de la investigación por incumplimiento de estas obligaciones o cuando no se realice de acuerdo con el proyecto presentado, pudiendo exigir la cesación de la actividad en el caso de cambios importantes o si, en un plazo razonable, no se corrigiera la situación que dio lugar a la suspensión.

Todo sumado, el régimen de investigación científica está en manos del ribereño. Además, los contenciosos sobre las denegaciones de autorización, la suspensión o cancelación de actividades han sido excluidos del arreglo jurisdiccional obligatorio (art. 297.2). Eso estimula, como es obvio, la discrecionalidad del ribereño en el ejercicio de sus competencias. En las leyes y reglamentos nacionales se aprecie incluso una tendencia a reforzar los derechos del ribereño (así, por ej., el mecanismo del consentimiento tácito ha sido generalmente ignorado), lo que obliga a preguntarse si acaso la práctica va a producir normas consuetudinarias más estrictas que las incoadas por la propia Convención. En España son de aplicación las disposiciones del RD 799/1981, sobre investigación científica marina en zonas sometidas a la jurisdicción española.

398. Derechos de los terceros en la plataforma continental y en la zona económica exclusiva

Todos los Estados gozan en la ZEE y en la plataforma continental de los derechos inherentes a las libertades de navegación, sobrevuelo y tendido de cables y tuberías submarinas propias de la alta mar, cuyo régimen jurídico es de aplicación supletoria (arts. 58.1, 78 y 79) (v. par. 411).

La *libertad de sobrevuelo* no encuentra limitación alguna, la de *navegación* llega al punto de no permitirse la implantación de islas artificiales, instalaciones y estructuras que puedan interferir vías marítimas esenciales; no obstante, el ribereño puede adoptar, en circunstancias especiales y tras celebrar consultas con otros Estados interesados, medidas en áreas determinadas para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques (arts. 211.6 y 234).

La práctica revela que un cierto número de ribereños se ha propuesto ir más allá de lo que permite la Convención. Así, algunos Estados han pretendido, en el marco del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos de residuos peligrosos (1989), arrogarse el derecho de someter la navegación de los buques que transportan tales desechos a una autorización o, al menos, a una notificación previa. Más frecuentes son aún las reglamentaciones para preservar derechos de pesca frente al ejercicio de la libertad de navegación, sea requiriendo una información exhaustiva a los pesqueros extranjeros sin licencia que ejercen esta libertad (Canadá), sea limitando el tiempo de travesía (Costa Rica, El Salvador). Menos polémica es la medida de ordenar a estos barcos que naveguen con las artes de pesca arrumadas (Australia, Canadá, España...).

En cuanto a la *libertad de tendido de cables y tuberías submarinas*, se requiere el consentimiento del ribereño para el trazado del tendido de las tuberías y —no ya según la letra de la Convención, pero sí según la práctica iniciada por algunas legislaciones nacionales— de los cables. El ribereño tiene derecho a adoptar medidas razonables, sea para la exploración de la plataforma continental y la explotación de sus recursos naturales, sea para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por tuberías.

399. *El derecho de persecución*

Un Estado goza del *derecho de persecución* de un buque extranjero, para proceder a su detención y apresamiento, cuando tenga motivos fundados para creer que ha cometido en las aguas bajo su soberanía o jurisdicción una infracción a sus leyes y reglamentos (art. 111). La persecución debe empezar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentra en aguas bajo la soberanía o jurisdicción del Estado que la efectúa y sólo podrá continuar fuera de esos espacios si es ininterrumpida. Se explica así que la doctrina hable de derecho de persecución *en caliente* (*hot pursuit*). Por otra parte, la persecución debe realizarse por buques de guerra o aeronaves militares, o por otros buques o aeronaves al servicio del Estado y autorizados a tal fin, siendo preciso que previamente se haya emitido una señal perceptible, visual o auditiva, ordenando la detención. El derecho de persecución cesa cuando el buque perseguido entra en el mar territorial de otro Estado.

Si el buque se encuentra en la zona contigua, en la ZEE o en las aguas suprayacentes a la plataforma continental la persecución sólo podrá emprenderse por infracciones relacionadas con las leyes y reglamentos aplicables por el ribereño

en dichos espacios. Si el buque es detenido o apresado en circunstancias que no justifiquen el derecho de persecución el Estado deberá resarcirle de todo perjuicio o daño que haya sufrido por tal motivo.

XCI. SITUACIONES GEOGRÁFICAS GENERADORAS DE REGÍMENES ESPECIALES

400. Consideraciones generales

Una de las características más acusadas de la CONVEMAR (1982) es la particular atención que ha prestado a los diferentes perfiles geográficos de los Estados como generadores de regímenes jurídicos especiales. Alguno ya lo hemos considerado (el *paso en tránsito* por los estrechos *estratégicos*, v. par. 393); ahora es el momento de considerar aquéllos que se perciben mejor una vez examinados los espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción de los ribereños. Se trata de: 1) la modulación de los derechos sobre la mar, el suelo y su subsuelo de las *rocas*; 2) del régimen de los Estados archipelágicos; y 3) y, en las antípodas, del estatuto de los Estados sin litoral (mediterráneos) y en situación geográfica desventajosa.

401. Islas, rocas, bajíos

La CONVEMAR (art. 121.1) define la *isla* como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”. Quedan, pues, excluidas: 1) Las *islas artificiales* e instalaciones debidas a la mano del hombre (art. 60.8); y 2) Los *bajíos* (art. 13).

A los efectos de atribución de espacios marinos las islas son equiparadas al territorio continental (art. 121.2). Así se hacía ya en los Convenios de Ginebra, asumiendo la práctica anterior. No obstante, la afirmación ahora de nuevos espacios bajo soberanía o jurisdicción nacional (la ZEE) y el aumento de la anchura de los ya existentes (el mar territorial y la plataforma continental) motivaron que el tema de su atribución a las islas se planteara desde una perspectiva restrictiva, que originó la adopción como un concepto jurídico relevante de las *rocas* no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, a las que se niega ZEE y plataforma continental (art. 121.3).

Dado su carácter innovador, y no codificador, sólo las partes en la Convención se obligan por esta disposición cuya aplicación, por otro lado, a pesar de su aparente sencillez, es campo abonado para la controversia, pues la calificación de un territorio insular como *isla* o como *roca* no es una operación científica hecha desde el guindo de la inocencia; por el contrario, está transida de intereses geoestratégicos y económicos.

Con el término genérico de *roca* se está haciendo referencia, desde luego, a una isla de reducido tamaño que, además o por la misma razón, es incapaz de albergar vida humana y económica propia. Pero, ¿de qué dimensiones se trata? ¿Cuál es el grado de habitabilidad o vida económica mínima exigida para trocar de régimen? Los requisitos de habitabilidad y vida económica, ¿son alternativos o acumulativos? Obsérvese, además, que las condiciones socio-económicas no son inmutables y una *roca* hoy deshabitada podría convertirse en una *isla* habitable mañana.

Bajíos e islas artificiales no generan derechos de soberanía y jurisdicción sobre los espacios marinos (*Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007). No obstante, como ya hemos indicado (v. par. 389), los primeros pueden ser relevantes en la mensuración de los espacios que generan las costas continentales e insulares (arts. 7.4 y 13.1); en cuanto a las *islas artificiales* cabe trazar a su alrededor, bajo determinadas condiciones, zonas de seguridad de 500 metros como máximo (art. 60.4-6).

402. Los Estados archipelágicos

La consagración del *principio archipelágico* ha sido una de las aportaciones más destacadas de la CONVEMAR, siendo sus principales consecuencias: 1) la posibilidad de trazar *líneas de base* que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago; y 2) la extensión de la soberanía del Estado a las aguas encerradas por tales líneas, denominadas *aguas archipelágicas* (art. 49).

Viendo el mar desde la mar, y no desde la tierra, los Estados archipelágicos consideraban que el grupo de islas y las aguas que les sirven de cordón umbilical forman una unidad geográfica, política y económica intrínseca de la que debían deducirse los oportunos efectos jurídicos. Se trataba de: 1) salvaguardar la integridad territorial y la seguridad del archipiélago, mediante el adecuado control de la navegación por las aguas; y 2) hacerse con los recursos encerrados en el perímetro archipelágico y los que pudieran corresponderle a partir de él.

Frente a estas pretensiones se encontraban las grandes potencias, conscientes de que la aplicación unilateral del principio archipelágico, sobre todo en el sudeste asiático, hacía peligrar su libertad de movimiento por importantes rutas marítimas; de ahí la articulación de una política que, tras la aceptación formal del principio, permitiera limitar sus consecuencias. Contaban con el apoyo de los vecinos de los Estados archipelágicos que, más atentos a la economía, reivindicaban el reconocimiento de sus derechos tradicionales de pesca y otras actividades legítimas en las aguas encerradas.

La Convención califica de *archipelágico* al Estado constituido *totalmente* por uno o varios archipiélagos, amén, en su caso, de otras islas, y define el *archipiélago* como «un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conec-

tan y otros elementos naturales que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca, o que históricamente haya sido considerada como tal» (art. 46).

La Convención permite a los Estados archipelágicos trazar *líneas de base archipelágicas rectas* que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago (art. 47), pero somete el trazado a condiciones que arriesgan dejar fuera las extremidades que no encajen en el corsé preestablecido.

Las condiciones más características son: 1) que en el perímetro archipelágico queden comprendidas las principales islas y un área en que la relación entre la superficie marítima y la terrestre no sea mayor de nueve a uno. El requisito de que las líneas de base encierren las principales islas del archipiélago no va referido al Estado sino a los diferentes archipiélagos que pudieran constituirlo (por ej., Mauricio, Estado *multi-archipiélago*); y, 2) que la longitud de la media de las líneas de base rectas no exceda de cien millas, si bien admitiéndose que un tres por ciento del número total de líneas pueda alcanzar las ciento veinticinco millas.

La Convención exige tres condiciones más que rememoran las previstas para el trazado normal de líneas de base rectas; así, habrá de tenerse en cuenta que su trazado: 1) no se desvíe apreciablemente de la dirección general del archipiélago; 2) no se apoye en bajíos, a menos que en ellos se hayan construido instalaciones que emerjan permanentemente sobre el nivel del mar o estén situados a una distancia que no exceda de la anchura del mar territorial; y 3) no aisle de la alta mar o de la ZEE el mar territorial de otro Estado. Si así fuera se mantendrán y respetarán los derechos existentes y cualesquiera otras actividades legítimas que el Estado vecino haya ejercido tradicionalmente en las aguas encerradas.

Dos importantes consecuencias jurídicas se desprenden de esta delimitación: 1) la anchura del mar territorial, la zona contigua, la ZEE y la plataforma continental se medirá a partir de las líneas trazadas (art. 48) y 2) la soberanía del Estado archipelágico se extiende a las aguas encerradas por tales líneas, denominadas *aguas archipelágicas* (art. 49).

Las *aguas archipelágicas*, su espacio aéreo, su lecho y su subsuelo, así como todos sus recursos se encuentran bajo la soberanía del Estado archipelágico. Sin embargo, su régimen jurídico no es el de las *aguas interiores* (que algunas Constituciones estatales, como la de Filipinas de 1987, proclaman); ni siquiera, en algunas áreas, el del *mar territorial*. La Convención impone límites a la soberanía, en beneficio, unos, de los vecinos y, otros, de la generalidad de los Estados, todos ellos inspirados en la conservación de derechos adquiridos:

1) El Estado archipelágico se compromete a respetar los acuerdos existentes y los derechos de pesca tradicionales y otras actividades legítimas en ciertas

áreas de las aguas archipelágicas. Las condiciones del ejercicio de tales derechos, absolutamente intransferibles, y las áreas en que se disfrutarán, habrán de determinarse mediante acuerdos bilaterales (arts. 47.6 y 51.1).

2) Por lo que se refiere a los derechos reconocidos a todos los Estados, el Estado archipelágico está obligado: a) a permitir la conservación, reparación y sustitución, previa notificación, de los cables submarinos ya tendidos en sus aguas archipelágicas (art. 51.2); y, sobre todo, b) a reconocer un *derecho de paso* dentro del perímetro archipelágico.

A tal efecto el punto de partida es el *derecho de paso inocente* (art. 52), pero por las vías marítimas y rutas aéreas utilizadas normalmente para la navegación internacional el régimen es similar al *derecho de paso en tránsito* previsto para los estrechos principales o estratégicos (arts. 53 y 54).

La Convención (art. 50) prevé la existencia de aguas *interiores* dentro de las *archipelágicas*, que habrán de delimitarse isla a isla mediante las denominadas *líneas de cierre*, trazadas de conformidad con las disposiciones relativas a la desembocadura de los ríos, bahías y puertos, no siendo aplicable el método de líneas de base rectas.

La Convención desconoce la realidad geográfica del archipiélago oceánico cuando éste no constituye por sí mismo un ente político independiente sino que se configura como parte de un Estado *mixto* (*archipiélagos de Estado*). Se trata de una discriminación no sólo injustificada sino, simplemente, ilógica según sus propias premisas. Estados mixtos, con relevantes dependencias archipelágicas alejadas de su litoral, insistieron en que era el *archipiélago como tal* —y no el Estado— el determinante del régimen especial que merecían sus aguas. Pero naufragaron frente a la oposición de: 1) las grandes potencias; 2) los ribereños con archipiélagos próximos a su costa bajo soberanía ajena; 3) los países movidos por un reflejo anticolonialista, molestos por las ventajas que pudiera reportar la aplicación del principio a potencias administradoras de territorios no autónomos archipelágicos; y 4) los propios Estados archipelágicos, que vieron peligrar sus reivindicaciones si las unían a las de los Estados mixtos.

Se ha dicho que el silencio de la Convención sobre los archipiélagos de Estado supone una negación de los derechos previstos para los Estados archipelágicos; pero más bien debe considerarse un freno a la formación de una norma consuetudinaria a su favor. Se cuenta ya con una arraigada práctica de Estados mixtos que aplican el principio archipelágico: Dinamarca (islas Feroe), Ecuador (islas Galápagos), Noruega (islas Spitsberg), Portugal (islas Azores y Madeira)... Incluso España se ha dotado de la legislación necesaria para activar el principio cuando lo crea necesario (Ley 15/1978 sobre la ZEE), limitándose, por ahora, a trazar líneas de base rectas (conforme al RD.2510/1977) entre islas principales de los archipiélagos balear y canario y otras islas menores en su inmediata vecindad, al amparo de las reglas del llamado *archipiélago costero*.

403. Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa

En la medida en que sólo desde la costa puede proyectarse la soberanía sobre la mar, la mediterraneidad es una desgracia para el Estado, privado de espacios marinos propios y condicionado en el disfrute de las libertades que a todos se reconocen en los comunes (la alta mar) a la buena vecindad del Estado cuyo territorio se interpone en su camino. Sólo hay algo peor que carecer de litoral: haberlo poseído y perderlo, como le aconteció a Bolivia como consecuencia de su derrota en la guerra del Pacífico (1879).

Mientras las competencias de los ribereños se agotaban a pocas millas de la costa la obsesión de los Estados sin litoral era obtener un reconocimiento general de su *derecho* de acceso al mar —y desde el mar— mediante el libre tránsito por el territorio de los Estados vecinos. Pero cuando en épocas más recientes se puso en marcha el proceso expansivo de la soberanía de los ribereños sobre la mar una segunda obsesión se añadió a la primera: acceder a los recursos de los nuevos espacios. Ahora, sin embargo, ya no estaban solos. Contaban con la compañía de una tropa de Estados que, aun siendo ribereños, se consideraban en *situación geográfica desventajosa* por la configuración de su costa (exigua, por ej., Zaire; de perfil cóncavo, por ej., Alemania...), la conformación de los espacios marinos (ribereños de mares cerrados o semicerrados, por ej., Iraq, Singapur...), o la pobreza de recursos naturales de su litoral (por ej., Jamaica).

La CONVEMAR ha satisfecho razonablemente sus aspiraciones en cuanto a lo primero. La Convención (arts. 124-132) ha configurado el acceso al —y desde— el mar de los Estados sin litoral como un *derecho* sin el cual no podrían éstos gozar de los que se reconocen a todos los Estados en la alta mar. Los buques que enarbolan pabellón de Estados sin litoral recibirán el *mismo trato* que el concedido a otros buques extranjeros en los puertos marítimos. La libertad de tránsito, corolario de ese derecho, comprende el tráfico de personas, equipaje y mercancías por todos los medios de transporte, salvo el aéreo, a través del territorio de los Estados de tránsito. Los acuerdos bilaterales, regionales o subregionales, ya no son el fundamento de esa libertad, sino sólo el necesario instrumento para fijar las condiciones y modalidades de su ejercicio. Estamos ante un *pactum de contrahendo* cuyo contenido no se deja a la entera libertad de las partes; la misma Convención establece una serie de condiciones financieras y técnicas que deberán ser tenidas en cuenta para facilitar el tránsito. La Convención no exige reciprocidad, como sí hacían sus predecesoras (C. de Ginebra sobre Alta Mar, 1958, art. 3; Convención sobre el comercio de tránsito de los Estados sin litoral, 1965, art. 15). Los Estados de tránsito tendrán derecho a tomar las medidas necesarias para asegurar que no lesione sus intereses legítimos el ejercicio por los Estados sin litoral de su derecho. Terceros Estados que no se encuentren en idéntica situación no podrán invocar la cláusula de nación más favorecida (v. par. 264) que el Estado de tránsito pudiera tener concertada con ellos.

La aplicación de los acuerdos entre Estados sin litoral y de tránsito será más o menos accidentada, en función de la gran variedad de situaciones geográficas, políticas y económicas del enclavamiento, a lo largo de un tiempo infinito. Pero si las condiciones y modalidades del tránsito son cumplidas (itinerarios, transportes, formalidades aduaneras...), las medidas del Estado de tránsito no pueden tener en la práctica el efecto de impedir el derecho de acceso al —y desde el— mar a los Estados sin litoral. Una negativa sistemática o una suspensión indefinida del tránsito sería, de no mediar circunstancias excepcionales y graves, contraria a la prohibición de abuso de derecho (art. 300).

Por el contrario, en relación con sus aspiraciones a participar en la explotación de los recursos de la ZEE y plataforma continental de los vecinos, la Convención sólo ofrece a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa el consuelo de la palabra. Sus derechos se limitan a recibir información y participar en la investigación científica (art. 254) y a un acceso a los excedentes de pesca de los Estados ribereños de la misma región o subregión conforme a acuerdos que deben ser negociados en un mercado prácticamente libre, por lo que queda en nada (arts. 69 y 70) (v. par. 397).

XCII. LA DELIMITACIÓN DE ESPACIOS MARINOS

404. *Supuestos de delimitación*

Si la delimitación es consustancial con la distribución del territorio terrestre entre Estados desde el momento en que la soberanía se proyecta sobre la mar, la multiplicación de espacios marinos bajo jurisdicción estatal y su mayor volumen traen aparejado un aumento del número, variedad y complejidad de casos en que la delimitación es necesaria, así como una implicación más intensa de intereses políticos, estratégicos, económicos y sociales.

La delimitación puede concebirse, bien respecto de un espacio *internacional* colindante, una vez que el ribereño ha proyectado su soberanía o jurisdicción sobre la mar sin *tropezar* con los espacios marinos que pretende otro Estado, bien respecto de estos espacios cuando los derechos de dos o más Estados han de acomodarse a una superficie insuficiente para satisfacerlos en su totalidad.

La delimitación respecto de un espacio marino internacional se produce mecánicamente una vez que el ribereño, normalmente mediante un acto unilateral, ejerce el derecho a establecer un espacio marino bajo su soberanía o jurisdicción o —tratándose de la plataforma continental— la constata, precisando su anchura y la línea de base para su mensuración. El problema se plantea cuando en un medio oceánico los espacios marinos reclamados pueden afectar espacios comunes como la alta mar o la Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos (ZIFMO). A salvo el papel reservado por la CONVEMAR, en relación con la plataforma continental *residual*, a la Comisión Internacional sobre los Límites

de la Plataforma Continental (art. 76.8 y Anejo II) (v. par. 395), no existe órgano internacional competente para verificar la forma en que un ribereño aplica las normas que sustentan sus derechos. Son, pues, los demás Estados, directamente —y, eventualmente, la Autoridad Internacional de Fondos Marinos (v. par. 415)— los que en su caso protestarán y objetarán los actos que consideren no ajustados a Derecho, preconstituyendo la prueba de, al menos, su inoponibilidad.

Llamamos *lateral* a la delimitación de espacios marinos entre Estados vecinos cuya frontera terrestre alcanza la mar. Llamamos *frontal* a la delimitación de espacios marinos entre costas enrostradas, continentales y/o insulares. La delimitación frontal es característica de Estados sin vecindad terrestre (España-Italia, Estados Unidos-Cuba, Colombia-Nicaragua...), pero también puede darse entre Estados vecinos, atendiendo a la configuración de la costa o a la posesión de islas (México-Estados Unidos en el golfo de México; Panamá-Colombia en el golfo de Panamá; Rumania-Ucrania en el mar Negro...).

En el Derecho del Mar clásico la delimitación *lateral* se agotaba a muy pocas millas de la costa, en un *mar territorial* estrecho, eventualmente complementado por una *zona contigua* proporcionada a la anchura de aquél. En cuanto a la delimitación *frontal*, se presentaba sólo en *estrechos internacionales* o en golfos y bahías de boca no muy amplia bajo más de un soberano. Las líneas de base seguían en general la bajamar y las iniciativas unilaterales que se separaban de ella no solían ser descabelladas. La equiparación del territorio insular al continental como factor de atribución de espacios marinos no planteaba normalmente problemas agudos porque, a fin de cuentas, la proyección de la tierra sobre la mar era modesta y los intereses en juego limitados. El aprovechamiento de los recursos del lecho y subsuelo marinos apenas había comenzado y la explotación pesquera era marginal en la mayoría de los países.

El nuevo Derecho del Mar ha trastocado por completo esta situación. La delimitación *lateral* se alarga considerablemente. Ya no se trata de trazar una línea de tres, seis, doce o, en el caso más extremo, veinticuatro millas, sino de llevarla hasta las doscientas o, incluso, más lejos cuando se presente una plataforma continental excepcionalmente amplia. Los intereses en juego son, ahora, muchos y cuantiosos. La longitud que puede alcanzar la divisoria marítima, unida a la configuración de la costa y a la eventual presencia de islas, complica la situación. Estados que jamás consideraron la posibilidad de una vecindad marítima se encuentran con ella porque sus costas se dan frente a menos de cuatrocientas millas desde las líneas de base adoptadas para la mensuración de sus espacios marinos. La laxitud que inspira el recurso creciente al método *excepcional* de las líneas de base rectas, la aplicación del principio archipelágico, la invocación de aguas *históricas* o la pretensión de plataforma continental *residual* añaden estopa al fuego.

Dos datos de la práctica confirman, mejor que cualquier consideración teórica, la importancia adquirida por la cuestión. Uno es la aparición y número

creciente de acuerdos cuyo objeto es justamente la delimitación marítima; el otro es el alto índice de casos sometidos a jurisdicciones internacionales —Corte Internacional de Justicia, Tribunal Internacional del Derecho del Mar y tribunales arbitrales— para resolver las controversias entre Estados al cabo de una negociación infructuosa. Ningún otro ámbito del Derecho Internacional ha dado lugar a tantas sentencias en los últimos cuarenta años.

405. Normas internacionales para la delimitación: el acuerdo de las partes

La delimitación ha de efectuarse por acuerdo de los interesados. A tal efecto las partes implicadas han de entablar negociaciones *bona fide*. En su defecto, la CONVEMAR nos dice que ningún Estado está autorizado para extender el *mar territorial* más allá de la *línea media*, cada uno de cuyos puntos es equidistante de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mide su anchura, añadiendo que este principio de *equidistancia* no es aplicable cuando *circunstancias especiales* o *títulos históricos* justifican otra delimitación (art. 15). Por lo que se refiere a la ZEE y a la plataforma continental, la Convención (arts. 73 y 84) estipula que ha de hacerse mediante *acuerdo sobre la base del Derecho Internacional* a fin de llegar a una *solución equitativa* (lo que significa un permanente retorno, caso por caso, a la identificación de tratados, normas consuetudinarias cristalizadas por la práctica estatal e interestatal y principios generales, aprovechando para ello la jurisprudencia y, como medio auxiliar, la misma doctrina científica).

A pesar de su diferente redacción, estas disposiciones conducen, a la hora de su aplicación, al mismo resultado (v. anticipadamente s. arbitral sobre la delimitación de la *Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*, 1977; en el mismo sentido, CIJ, *Jan Mayen*, 1993). Si la regla relativa a la ZEE y a la plataforma continental nos remite sólo al acuerdo, conforme a normas internacionales que han de inspirar una solución equitativa, la regla relativa al mar territorial acaba devolviéndonos también al acuerdo, pues los Estados a los que, por su configuración geográfica, no beneficie la *equidistancia*, alegarán de inmediato *circunstancias especiales* (o *derechos históricos*). La Corte sustentó tempranamente que lo que prescribía el Derecho Internacional general es que la delimitación se lleve a cabo por *acuerdo*, de conformidad con *principios equitativos* y teniendo en cuenta todas las *circunstancias relevantes* (*Plataforma continental del mar del Norte*, 1969; confirmada por decisiones posteriores: *Plataforma continental*, Libia/Túnez, 1982; *Golfo del Maine*, 1984; *Plataforma Continental*, Libia/Malta, 1985). En la práctica *o se delimita mediante acuerdo* (directamente o recurriendo a un tercero, juez o árbitro) *o, sencillamente, no se delimita*. Entre tanto, se anima a las partes a llegar a *arreglos provisionales y prácticos* y a evitar cualesquiera actos que puedan perjudicar la negociación.

El acuerdo de delimitación no tiene por qué ser un tratado formal. Puede ser incluso tácito. Pero siendo la delimitación un asunto de gran importancia dicho acuerdo, como ha advertido la Corte Internacional de Justicia (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007), no puede presumirse fácilmente. Quien afirma su existencia ha de probarlo convincentemente. Este es uno de los puntos más atractivos de la *controversia marítima* (2008) pendiente ante la Corte entre Perú y Chile, el primero negando y el segundo sosteniendo la existencia de un acuerdo que fijó la divisoria siguiendo el paralelo en que la frontera terrestre llega a la mar.

Cabría también sostener la aplicación a la delimitación marítima del *uti possidetis iuris* y del principio de *intangibilidad de fronteras* en supuestos de sucesión de Estados (v. par. 370, 371). Pero su operatividad está vinculada, en primer lugar, a la preexistencia de los espacios marinos a delimitar y, en segundo, a la existencia de actos del soberano o de tratados cuyo objeto fuera la delimitación de tales espacios. En la controversia con Nicaragua sobre la delimitación en el mar Caribe Honduras alegó el *uti possidetis iuris* para sostener sus pretensiones, pero no fue capaz de convencer a la Corte de que el Rey de España se había ocupado de delimitar las aguas jurisdiccionales correspondientes a sus provincias americanas y, menos aún, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, conceptos absolutamente desconocidos a comienzos del siglo XIX (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007). Y también mucho después. En la jurisprudencia arbitral se han mencionado ocasionalmente tratados de límites concluidos entre potencias coloniales para fundar en ellos una delimitación marítima, que ha sido desechada por escapar al objeto de los tratados (s. arbitral en la *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea-Bissau*, 1985; id., *Delimitación de la frontera marítima entre Guinea-Bissau y Senegal*, 1989).

406. El acuerdo libremente consentido: presunción de solución equitativa

La formación del acuerdo de delimitación no está constreñida por límites estrictos. Las directrices señaladas por las normas generales (inspirarse en principios equitativos; tener en cuenta todas las circunstancias relevantes, incluida la equidistancia; buscar una solución equitativa...) son lo bastante vagas como para amparar cualquier delimitación libremente consentida. Cada delimitación —se ha observado atinadamente— es *singular*, porque viene determinada por factores no repetitivos en número, condición y concreción y no existe tope legal para las alegaciones de los Estados en defensa de sus posiciones (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969; para un ejemplo de *creatividad*, v. *Golfo del Maine*, 1984).

Esto supuesto, las *circunstancias relevantes* pueden clasificarse atendiendo a múltiples criterios; pero las más señaladas son las propiamente *geográficas*

(configuración y longitud de costa influyente en la delimitación; presencia, localización y características de islas, rocas, arrecifes o bajíos...), aunque el mayor peso de unas y otras en el juego dialéctico ha de variar según el espacio de cuya delimitación se trate. Así, por ejemplo, la existencia y situación de los *canales navegables* puede ser muy importante cuando se trata de delimitar mar territorial e intrascendente en la delimitación de la plataforma continental para la que, en cambio, pueden ser muy significativas las circunstancias *geológicas*, circunstancias éstas de las que, a su vez, podría prescindirse al delimitar la ZEE (CIJ, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985).

La consideración de que el número y trascendencia de las circunstancias relevantes para la delimitación está condicionada por la naturaleza de los diferentes espacios hace de la adopción de una línea *única* para todos o para algunos de ellos un resultado de mera conveniencia práctica (simplicidad, certidumbre...), no una consecuencia necesaria. Una solución equitativa para la delimitación de la plataforma continental puede no serlo para la ZEE. Por eso más que de línea *única* cabe hablar de línea *coincidente* (CIJ, *Jan Mayen*, 1993; *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; tb. *Golfo del Maine*, 1984). Para extender a un espacio marino (la ZEE) una línea convenida para otro (la plataforma continental) se requiere un nuevo acuerdo (*Delimitación marítima en el mar Negro*, Rumania c. Ucrania, 2009).

La equidistancia es en numerosas situaciones —sobre todo cuando la configuración de la costa es relativamente equilibrada y, en particular, tratándose de costas enrostradas (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969), el método más adecuado, al menos como punto de partida, para alcanzar una solución equitativa. *Equidistancia es*, en muchos casos, *equidad* (CIJ, *Jan Mayen*, 1993). Pero lo que interesa ahora recalcar es la presunción de que *es equitativo todo lo que ha sido libremente consentido*; es decir, que el acuerdo, como resultado de una negociación limpia, satisface por definición las exigencias de una *solución equitativa* y es, desde ese punto de vista, intocable. En todo caso, ha de descartarse que la inspiración del acuerdo en principios equitativos suponga una traba a cualesquiera métodos de delimitación previstos en una regla particular. (CIJ, *Golfo del Maine*, 1984). O que pueda ampararse la nulidad o la terminación de un acuerdo de delimitación en su inequidad, apreciada *a posteriori*. Otra cosa es que una delimitación pactada que se perciba como no equitativa pueda ser sintomática de una causa de nulidad o de terminación oculta (v. par. 220, 222, 223, 232).

407. Obstáculos para el acuerdo

Una vez que se ha puesto de manifiesto la importancia del acuerdo para la delimitación y la libertad prácticamente absoluta en que se mueven los negociadores, conviene preguntarse por los principales obstáculos que han de arrosarse para lograrlo.

1) ¿Puede ser acaso el mal tono general de relaciones entre los ribereños interesados en la delimitación el primero de ellos? No necesariamente. Si una delimitación es muy problemática vecinos que *se llevan bien* preferirán aparcarla, para evitar que se convierta en una fuente de conflicto. España y Francia, por ejemplo, lograron concluir un acuerdo de delimitación de la plataforma continental en el golfo de Vizcaya (1974), pero se abstuvieron de seguir adelante con una negociación paralela en el golfo de León, una vez advertidas sus posiciones inconciliables. En sentido contrario, una mala relación general impide los ejercicios de cooperación en la zona fronteriza pero puede, por lo mismo, urgir la delimitación en búsqueda de seguridad y certidumbre. El acuerdo entre Cuba y Estados Unidos (1977) ofrece al respecto un ejemplo paradigmático.

2) El primer obstáculo nace de la afirmación por una de las partes de que *el acuerdo ya existe* y nada hay, pues, que negociar. Si hay un acuerdo en vigor ha de aplicarse (CONVEMAR, arts. 74.4 y 83.4). Normalmente el Estado que sostiene este punto de vista, rechazado enfáticamente por su vecino, suele ser el beneficiario del *statu quo* y actúa consciente de que la línea que dice acordada o consentida es claramente inequitativa. Así, por ejemplo, Honduras se empejó en la presunta existencia de un acuerdo tácito con Nicaragua que habría fijado la frontera marítima en el paralelo 15° N, hasta que la Corte Internacional de Justicia hubo de desmentirla (*Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007). Asimismo, Colombia se encastilló en transfigurar el meridiano 82°, una línea de separación de archipiélagos según un tratado de 1928 y protocolo de 1930, en divisoria de espacios marinos, hasta que también la Corte desautorizó su infundada —e interesada— interpretación (*Controversia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia, 2007)...

3) *La controversia sobre la soberanía del espacio terrestre determinante de los espacios marinos por delimitar* es un obstáculo formidable. Muchas de las delimitaciones pendientes (o que han acabado en los tribunales) están dominadas o, por lo menos, condicionadas por un contencioso terrestre (v., por ej., CIJ, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002). El Estado que invoca un título que cree legítimo sobre un territorio que está bajo la posesión de otro no está dispuesto a reconocer las consecuencias de ese hecho en la mar. Sería un contrasentido.

Cabe, eso sí, convenir un aprovechamiento de los recursos mediante fórmulas de cooperación que hagan abstracción del contencioso de soberanía terrestre pendiente y, por supuesto, de todo intento de delimitación marítima. Así, por ejemplo, Argentina y Reino Unido suscribieron en 1995 una Declaración conjunta para promover la exploración y explotación de hidrocarburos en el Atlántico suroccidental, con expresa reserva —y neutralización— de sus posiciones respecto de la soberanía sobre las Malvinas y los otros archipiélagos de la región, así como de su proyección marítima.

4) *La disconformidad con el fundamento alegado para establecer la soberanía o jurisdicción sobre espacios marinos* puede ser también un obstáculo para el acuerdo. Así, la calificación de un territorio insular como *isla* o como *roca* o la apreciación de que una *roca* es, en realidad, un *bajío*, es relevante a efectos de delimitación (v., CIJ, *Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007). Así, por ejemplo, en el asunto de la delimitación de la plataforma continental anglo-francesa (1977), las partes debatieron la condición de *Eddystone Rock* atendiendo a que, según Francia, la roca es cubierta por las aguas en condiciones extremas de pleamar. En la *controversia territorial y marítima* entre Nicaragua y Colombia, pendiente ante la Corte, la calificación de Quitasueño como bajío o como isla o roca ha de jugar un papel estelar por sus consecuencias en la delimitación de los espacios marinos de las partes.

5) Otra serie de obstáculos nace de las dificultades que plantea la misma delimitación en diferentes planos, como:

a) *La fijación del contexto geográfico influyente*. La delimitación se verifica en un contexto geográfico determinado cuyas circunstancias, una vez establecido, serán relevantes para la delimitación (así, la configuración o la longitud de costa). De ahí que, sopesando las consecuencias, las partes discrepen con frecuencia en este punto. La Corte Internacional de Justicia ha advertido que no han de considerarse los tramos de litoral cuya proyección marina, en razón de su situación geográfica, no son susceptibles de superposición con los de otro país (*Plataforma continental*, Túnez/Libia, 1982).

b) *La ponderación de las circunstancias relevantes a efectos de trazado*. Conformes en tener en cuenta la configuración de la costa en un contexto geográfico convenido, la fachada o frente costero, la forma y dirección en que la frontera terrestre alcanza la mar, o la vinculación entre una población y los aprovechamientos marinos... ¿cómo cuantificar su peso relativo? Suponiendo el acuerdo sobre la calificación de un territorio como isla, roca, bajío o arrecife, ¿qué valor darle en la mesa de negociación? No es lo mismo delimitar una isla respecto de otra isla que respecto de un litoral continental, o dos litorales continentales con un isla interpuesta, en el lado *bueno* (más cerca del litoral propio) o en el lado *equivocado* (más cerca del litoral ajeno). Pactar el listado de las señas de identidad a las que ha de conformarse la delimitación es, pues, un paso necesario; pero no basta. Avanzar más allá requiere una acomodación de intereses no siempre al alcance de los negociadores.

La equidad no impone un reparto de los espacios marinos de manera que longitud de costa y área marina atribuida guarden la misma o muy aproximada relación, eventualmente corregida por otras circunstancias relevantes. Pero se entiende que sería inequitativo que países vecinos con longitudes de costa dispares se beneficiasen de áreas marítimas similares. Ya desde los tiempos del asunto de la delimitación de la *Plataforma continental del mar del Norte* (1969)

la *proporcionalidad* como *test* del resultado equitativo ha sido tenida en cuenta, en particular en presencia de formaciones insulares (últimamente, *Delimitación marítima en el mar Negro*, 2009). Las islas no son discriminadas en cuanto tales, pero si son de tamaño reducido y/o se encuentran frente a masas continentales de mayor entidad en el contexto geográfico influyente, sería vano —en términos de la equidad perseguida— pretender una línea de equidistancia. Aun así, como refleja el caso de la delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y *Jan Mayen* (1993), suelen ser muy favorecidas (la relación de costas —nueve a uno— se tradujo en una relación de áreas marítimas de tres a uno).

c) *El empleo de las líneas de base y sus puntos de apoyo*. Las discrepancias pueden versar sobre los criterios para establecer el punto de partida de la línea cuando el término de la frontera terrestre, como ocurre con los deltas fluviales, es muy inestable; la línea de la bajamar; la procedencia y aplicación del método de líneas de base rectas, sea por su longitud, por su dirección (separándose de la general de la costa) o por los puntos de apoyo escogidos (bajíos más allá del mar territorial, puntos de apoyo acuáticos o en territorio extranjero...); la pertinencia del cierre de bahías y deltas; la procedencia y aplicación del principio archipelágico... De ahí que pueda decirse que cuando las partes se ponen de acuerdo para, por ejemplo, trazar una línea de equidistancia, los problemas apenas están comenzando, porque la equidistancia necesita referencias y los negociadores pueden estar en esto en profundo desacuerdo. Salvarlo requiere una cierta imaginación, sentido práctico y mucha voluntad política. En 1977 Cuba y Estados Unidos trazaron una mediana entre dos líneas de equidistancia hipotéticas, una que tomaba como base la línea de bajamar, ignorando las líneas de base rectas cubanas, y otra que partía de ellas... y de las líneas de la misma especie *construidas* al efecto por Estados Unidos en el sur de Florida. Así alcanzaron un acuerdo.

d) *Los sistemas de proyección cartográfica*. La negociación exige utilizar cartas iguales, calculadas sobre un *datum* vertical y horizontal común. Diferencias en los sistemas de proyección cartográfica, en la determinación de coordenadas, en la base de los datos empleados, en las escalas, pueden acabar induciendo a error y modificando seriamente la delimitación aparentemente pactada. Ponerse de acuerdo sobre estos puntos es, pues, esencial.

6) *La coherencia de comportamiento en los diferentes escenarios costeros de un Estado* puede plantearle un problema en la negociación. Las mismas circunstancias relevantes para la delimitación que lo favorecen en una región pueden perjudicarlo en otra. Tal vez merezca la pena quemar un bosque para salvar un solo árbol, si es el de la vida; pero no debiera hacerse inadvertidamente.

408. El acuerdo imposible: la controversia y su solución

Si no hay delimitación sin acuerdo y los negociadores fracasan habrá controversia, para cuya solución una de dos: o se recupera, antes o después, la senda

de la negociación, en su caso con ayudas exteriores (buenos oficios, mediación, conciliación), o se recurre a la decisión obligatoria de un tercero (árbitro o juez) (v. par. 453, 454). La CONVEMAR (que no es aplicable a controversias anteriores a su entrada en vigor) es de poca ayuda porque excluye directamente los medios de arreglo arbitral y judicial (v. par. 461, 462) para las controversias sobre delimitación marítima que entrañen el examen de contenciosos terrestres y faculta a las partes a hacer lo propio con cualesquiera otras controversias sobre delimitación, de manera que la conciliación (v. par. 458) es la fórmula más avanzada con la que, con carácter general, podría contarse (art. 298.1.a y Anexo V, secc. 2^a).

Entregada a la prudencia de las partes, no faltan casos en que una hábil mediación (v. par. 456) (como la papal, con posterioridad al laudo de 1977, en el asunto del *Canal de Beagle*) o una conciliación (como la habida en el caso de la *delimitación de la frontera marítima entre Islandia y Noruega*, 1981) permite desandar los pasos perdidos en pos del acuerdo. Pero también cabe que las partes atribuyan competencia a jueces o a árbitros al margen de las previsiones de la CONVEMAR, buscando un pronunciamiento que: 1) haga las veces del acuerdo de delimitación; 2) fije el marco necesario —los principios— de dicho acuerdo; ó 3) resuelva los puntos aún polémicos del trazado de una línea por lo demás ya convenida.

De esta manera, los órganos judiciales y arbitrales no sólo han coadyuvado a solventar pacíficamente controversias de delimitación, sino que con sus decisiones han acumulado un bagaje jurisprudencial útil para iluminar, racionalizar y enriquecer la negociación de los acuerdos de delimitación por venir. El examen de la práctica internacional y de la jurisprudencia revela que, una vez fijada las costas relevantes para establecer los puntos de base (cuya influencia es decisiva) la operación de delimitación arranca de la línea de equidistancia como divisoria provisional, sometiéndola al contraste de las circunstancias que se estimen pertinentes para confirmarla o corregirla atendiendo al resultado equitativo que se pretende (v., por ej., CIJ, *Plataforma continental*, Libia/Malta, 1985; *Jan Mayen*, 1993; *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002; *Delimitación marítima en el mar Negro*, Rumania c. Ucrania, 2009; CPA, *Delimitación marítima entre Guyana y Surinam*, 2007).

En *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, (2007) la Corte insiste en que esta es la regla general, aunque en el caso concreto estima que *circunstancias especiales* obligan a descartarla, considerando apropiado sustituirla por un método *aproximado* a la equidistancia que considera simple y equitativo, a saber, una bisectriz o línea que divide en partes iguales el ángulo formado por líneas que representan la dirección general de las costas que estima pertinentes al efecto (v. tb. *Plataforma continental*, Túnez/Libia, 1982; *Golfo del Maine*, 1984)

409. *Los trifinios marítimos*

La situación de *trifinio* o *punto triple* de delimitación por la concurrencia o solapamiento de las pretensiones de más de dos Estados, prácticamente desconocida en el pasado, es frecuente en los mares cerrados. Así, en el Caribe rondan los cuarenta y hasta se descubren puntos cuádruples (por ej., Venezuela-República Dominicana-Puerto Rico-Antillas holandesas).

Ante un problema como el del *trifinio* es lógico plantearse la idoneidad del enfoque bilateral de la delimitación, expresamente asumido por la CONVEMAR (art. 15) y que ha primado en la práctica. Los acuerdos bilaterales de delimitación pueden adoptar una de estas posturas: 1) abstenerse de pactar una divisoria en el área próxima al punto potencial de concurrencia con un tercero; 2) remitir el punto triple a un acuerdo posterior con un tercero; ó 3) convenir la divisoria entre las partes en toda su extensión, ignorando los derechos y expectativas del tercero. Las dos primeras posturas, respetuosas de la tercería, dejan incompleta la divisoria en tanto las partes no pactan con el tercero; en cuanto a la última, sólo es de recibo en el caso de que contemos con dos o tres acuerdos bilaterales (A-B, A-C, B-C) coincidentes en los puntos terminales. De no ser así, puede ocurrir: 1) que las partes en esos acuerdos consientan divisorias incompatibles entre sí, originando supuestos de responsabilidad internacional ante la imposibilidad de respetar al mismo tiempo compromisos contradictorios (v. par. 287), ó 2) que una al menos de las partes, si no ambas, estén tejiendo mediante acuerdos bilaterales una política dirigida a *predeterminar* la delimitación pendiente con un tercero.

Un acuerdo válido y vinculante entre las partes puede ser, considerado desde el punto de vista de los intereses legítimos de un tercero, contrario a las reglas que rigen la delimitación (CIJ, *Controversia fronteriza*, Burkina Fasso/ y Malí, 1986). Tales acuerdos son —*res inter alios acta*— inoponibles a éste, desde luego (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007; *Controversia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia, 2007); pero políticamente levantar sus consecuencias es tarea difícil y engorrosa. De ahí que quepa preguntarse si no procede en estos casos, bien alegar los principios de soberanía, integridad territorial e igualdad soberana, como componentes que son del *ius cogens*, para proponer la nulidad de tales acuerdos cuando, una vez conocidos, son protestados por el tercero, bien construir el *trifinio* acordado bilateralmente como una oferta al tercero que se convierte en pacto sólo cuando éste lo acepta.

Estas reflexiones han de ser compartidas por jueces y árbitros cuando dos Estados les someten una delimitación que afecta intereses legítimos de un tercero pues, a pesar del efecto relativo de la sentencia (v. par. 461, 484) —y, por tanto, de su inoponibilidad a quien no es parte en el procedimiento— es discutible que una concepción adecuada de la administración de justicia aconseje responder al mandato de las partes en el compromiso, ausente el tercero. No se trata sólo

de concebir la tercería como moduladora de una circunstancia relevante en la delimitación, sino de abstenerse de ésta cuando los intereses del tercero pueden acabar de hecho perjudicados. En procedimientos ante la Corte Internacional de Justicia el tercero puede solicitar la intervención para informar a la Corte y proveer a la protección de sus intereses (v. par. 480) y de hecho han sido controversias sobre delimitación en mares cerrados o semi-cerrados las que han alimentado en la práctica este incidente procesal.

La Corte se ha abstenido hasta ahora en estos casos de fijar un punto terminal, limitándose a indicar una dirección mediante una flecha o circunscribiendo la delimitación a áreas sobre las que no había reclamaciones de terceros (*Plataforma continental*, Túnez/Libia, 1982, y Libia/Malta, 1985; *Delimitación marítima y otras cuestiones entre Qatar y Bahrein*, 2001; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002; *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe*, 2007).

410. Delimitación de los espacios marinos de España

En términos generales, la legislación española (Ley del Mar Territorial, art. 4, Ley sobre la ZEE, art. 2) fija la delimitación con los países vecinos por *equidistancia* desde los puntos más próximos a partir de los cuales, *de conformidad con el Derecho Internacional*, se mide el mar territorial del Estado, *salvo mutuo acuerdo en contrario*.

A pesar de los estímulos legales a la negociación los frutos han sido escasos. Existen acuerdos:

1) *Con Francia en el golfo de Vizcaya*: divisorias de aguas interiores en la bahía de Higer (declaración de 1879 y convenio de 1959), mar territorial y plataforma continental (convenios de 1974); 2) *Con Portugal en la región del río Miño*: divisoria de mar territorial por prolongación del paralelo en que termina la frontera fluvial (tratado de comercio y navegación, 1893); 3) *Con Italia*: divisoria de la plataforma continental conforme al criterio de equidistancia en superficie a partir de las costas de Menorca y de Cerdeña (convenio de 1974), divisoria protestada tanto por Francia como por Argelia, a pesar de la indefinición en que las partes han dejado los extremos norte y sur de la línea.

El hecho de que la acción diplomática haya sido infructuosa (Francia, Portugal) o se haya diferido (Argelia, Marruecos) en los últimos treinta y cinco años se debe a factores muy diversos, entre los que cabe citar: 1) La reivindicación marroquí de las plazas (Ceuta y Melilla), peñones (Vélez de la Gomera y Alhucemas) e islas (Chafarinas) de soberanía española en el norte de África, que ha sido acompañada de la adopción unilateral por Marruecos de un conjunto de líneas de base rectas para la mensuración de sus espacios marinos que utilizan territorio español como punto de apoyo y provocan su parcial enclavamiento en aguas interiores del país vecino (Dahir de 21 de julio de 1975), lo que ha sido objeto de la correspondiente protesta diplomática (nota del 5 de febrero de

1976); 2) la ambigüedad de la titularidad de derechos en la costa sahariana, actualmente bajo administración marroquí, en tanto no se celebre el referéndum de autodeterminación del territorio (v. par. 65); 3) la pretensión (Francia en el golfo de León, Argelia, Marruecos) de apartarse de la equidistancia en superficie como método de base en la delimitación de la plataforma continental y de la ZEE y/o reducir, en algunos casos hasta casi la desmaterialización, la proyección marítima de los archipiélagos e islas españolas (Baleares, Canarias, Alborán); 4) la exigencia de Portugal de una divisoria en el Atlántico que tome como referencia las *rocas Salvajes*, portuguesas, a medio camino entre Madeira y Canarias, para trazar una línea de equidistancia entre ambos archipiélagos (Decreto portugués 119/78; nota de protesta española de 18 de agosto del mismo año); y, 5) La aspiración de Francia en el golfo de Vizcaya (v. Decreto francés 77/119, protestado por España, nota de 2 de marzo de 1977), a aplicar a la ZEE la divisoria pactada para la plataforma continental, que le es muy favorable.

La convicción de que no se podía avanzar sin grandes concesiones, el deseo de conservar relaciones de buena vecindad y evitar en todo caso nuevos focos de tensión y la transferencia a la Unión Europea de las competencias estatales sobre los recursos de la plataforma continental y de la ZEE, así como de toda la política pesquera, redujeron el interés por afrontar una negociación conflictiva, fiando todos en que un comportamiento prudente aliviaría los riesgos de la indefinición de jurisdicción en las áreas grises.

XCI. ESPACIOS MARINOS MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS

411. La alta mar

Bajo esta castiza expresión se incluyen todas las partes de la mar más allá de la ZEE (CONVEMAR, art. 86), sin perjuicio de que en este espacio —lo mismo que en la plataforma continental— sean de aplicación supletoria algunas de sus reglas (art. 58.2). El régimen jurídico de la *alta mar* está presidido por el principio de *libertad*. Está abierta a todos los Estados, ribereños o mediterráneos. Es heredero de la, ahora disminuida, *libertad de los mares*, a los que la doctrina clásica consideraba *res communis*. Dicha libertad comprende: 1) la libertad de navegación; 2) la libertad de sobrevuelo; 3) la libertad de pesca; 4) la libertad de tendido de cables y tuberías submarinas.; 5) la libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el Derecho Internacional; y 6) la libertad de investigación científica (art. 87). La enumeración tiene carácter meramente ejemplificativo. Sin embargo, la libertad de la alta mar no alcanza en todo caso a la exploración y explotación de los recursos situados en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo ni a las actividades incompatibles con las libertades enunciadas.

Cabe preguntarse si la libertades de la alta mar incluyen el derecho de los buques de guerra a realizar maniobras militares. No parece que quepa negarlo argumentando que, según la Convención (art. 88) la alta mar ha de utilizarse exclusivamente con fines pacíficos. Sostener lo contrario obligaría *a fortiori* a ilegalizar la fuerza naval en alta mar, lo que es absurdo. Sí encontramos, sin embargo, un límite material a la realización de tales actividades en la medida en que las libertades ejercidas por los Estados en alta mar deberán tener en cuenta los intereses de otros Estados en ejercicio de esas mismas libertades (art. 87.2). No parecen, pues, admisibles prácticas como la creación de *zonas de maniobra* o, en situaciones de crisis o de conflicto armado, *zonas de exclusión* a la navegación de los buques de terceros Estados, como la *zona de exclusión* de doscientas millas establecida en 1982 por el Reino Unido alrededor de las islas Malvinas, luego reducida, en 1983, a una *zona de protección* de ciento cincuenta.

Cuestión distinta plantean los ensayos nucleares. El Tratado de Moscú sobre prohibición parcial de los mismos (1963) obliga a abstenerse de realizar y a impedir cualquier tipo de explosión nuclear en diversos espacios, entre los que se encuentra la alta mar. Esta prohibición refleja una norma internacional de alcance general. La cuestión fue suscitada ante la Corte Internacional de Justicia (*Ensayos nucleares*, 1974) por demandas de Australia y Nueva Zelanda contra Francia por sus pruebas nucleares atmosféricas en territorios del Pacífico sur, pero la Corte no entró en el fondo del asunto, al constatar que la *litis* había perdido su objeto como consecuencia de las declaraciones de Francia renunciando en adelante a dichos experimentos (v. par. 109, 111). También cabe mencionar el Tratado por el que se prohíbe el emplazamiento de armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos oceánicos y su subsuelo (1971).

En los párrafos que siguen dedicaremos especial atención al ejercicio de jurisdicción sobre los buques en la alta mar y a la libertad de pesca. Sobre las demás libertades cabe decir que la de sobrevuelo es prácticamente absoluta. El tendido de cables y tuberías submarinas cuenta con algunas reglas relativas a su conservación y la obligación de los Estados de contar con leyes sobre la responsabilidad por los daños causados por buques de su pabellón o personas bajo su jurisdicción (arts. 112-115). A la construcción de islas artificiales u otras instalaciones es de aplicación el régimen establecido para la ZEE y la plataforma continental (v. par. 397). En cuanto a la investigación científica, la *libertad* se extiende a las Organizaciones Internacionales competentes, ofreciéndose una regulación detallada con algunos guiños de *socialización* (arts. 238-265).

412. Jurisdicción sobre los buques en alta mar

La *libertad de navegación*, si bien presenta un alcance general, exige que el Estado del pabellón ejerza de manera efectiva su jurisdicción y control sobre los buques (y su tripulación). A tal efecto debe llevar un registro de buques y tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad en la mar, de conformidad

con los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptadas (CONVEMAR, art. 94). Ello obliga a tener en cuenta el importante entramado convencional existente en la materia, elaborado fundamentalmente en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI). Baste con citar el Convenio (1972) sobre seguridad de la vida en la mar (SOLAS), y su Protocolo (1978), o el Convenio (1972) para prevenir los abordajes (COLREG), tratados que han sido objeto de sucesivas enmiendas.

Corresponde al Estado del pabellón, a través de sus buques de guerra y aeronaves militares, llevar a cabo una labor de vigilancia de las actividades de su flota, así como asegurar su protección. En caso de *abordaje o cualquier otro incidente de navegación que implique una responsabilidad penal o disciplinaria* corresponde al Estado del pabellón en exclusiva la facultad para ordenar el apresamiento y la retención del buque, admitiéndose como alternativa para enjuiciar al capitán y los miembros de la tripulación la jurisdicción del Estado de su nacionalidad (art. 97).

Los Estados están obligados, por otro lado, a *asegurar la asistencia en la mar*. En consecuencia, un Estado debe exigir al capitán de todo buque que enarbore su pabellón, siempre que no corran grave peligro el buque, su tripulación o los pasajeros, que preste auxilio en caso de abordaje al otro buque, su tripulación y pasajeros y, en general, a toda persona en peligro (art. 98; en España, Ley 27/1992 sobre puertos del Estado y marina mercante, arts. 115-116)

El principio de la *jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón* (art. 92) tiene un alcance absoluto respecto de los buques de guerra y los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial (arts. 95-96). Pero respecto de los demás admite algunas *excepciones e inflexiones*, que facultan a los demás Estados, siempre mediante buques de guerra y aeronaves militares u otros al servicio del Estado autorizados a tal fin, a llevar a cabo determinadas actuaciones sobre buques mercantes y naves privadas, asumiendo el riesgo de que si las sospechas que las motivan carecen de justificación deberán indemnizar al armador (o al Estado del pabellón) por los daños y perjuicios sufridos. Así:

1) Se reconoce el derecho de *visita y registro* respecto de todo buque del que se tenga motivo razonable para sospechar que tiene *su misma nacionalidad o carece de ella* y ello porque los *buques que naveguen bajo más de un pabellón*, utilizándolos a su conveniencia, no pueden ampararse en ninguno de ellos y pueden ser considerados como buques sin nacionalidad (arts. 92.1 y 110).

2) Los *buques o aeronaves piratas*, o que se encuentren en poder de piratas pueden ser apresados, los piratas detenidos y sus bienes a bordo incautados. Los tribunales del Estado cuyas unidades hayan efectuado el apresamiento podrán por su parte decidir las penas que deben imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (arts. 105 y 107).

Se consideran *piratas* los buques o aeronaves privados destinados a cometer, por las personas a cuyo mando efectivo se encuentran y con un propósito personal, actos ilegales de violencia, de detención o de depredación contra un buque o aeronave o contra personas o bienes a bordo de ellos, o que hayan servido para cometer tales actos y sigan bajo el mando de las mismas personas. Se asimilan a estos actos de piratería los cometidos por buques de guerra o de Estado y las aeronaves de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o aeronave (arts. 101-103).

No debe sin embargo confundirse la *piratería* con los actos de *terrorismo* perpetrados a bordo de un buque o, en general, que atenten contra la seguridad de la navegación marítima, como fue el caso del secuestro del buque italiano *Achille Lauro* por un comando palestino en 1985. El Convenio de Roma relativo a la represión de los actos dirigidos contra la seguridad de la navegación marítima (1988) ofrece una respuesta específica para estos actos. En España, el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) afirma expresamente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse de piratería y de terrorismo según la ley penal.

La ampliación de los espacios bajo soberanía y jurisdicción nacional ¿ha tenido el efecto perverso de reducir el ámbito territorial en que cabe calificar de *piratería* las conductas delictivas antes mencionadas y activar la persecución y apresamiento por cualquier Estado? En la ZEE la jurisdicción corresponde al Estado ribereño y al del pabellón en los términos ya señalados (v. par. 397). El *pirata* se convierte en *bandido* y la *piratería* en *robo a mano armada*. No obstante, en la medida en que la CONVEMAR admite (art. 58) la aplicación en la ZEE de una serie de disposiciones, que incluyen las relativas a la piratería, siempre que no sean incompatibles con la regulación de la ZEE, cabría sustentar que el *pirata* sigue siéndolo en este espacio.

En los casos de Estados fallidos (v. par. 580), como Somalia, donde esas conductas han rebrotado con virulencia en los últimos años, la jurisdicción del ribereño es tan inoperante como el pabellón, si es que existe. Para evitar conflictos de interpretación engorrosos se ha optado por acudir a la aprobación de resoluciones por el Consejo de Seguridad (de la res. 1816, de 2008, a la 1918, de 2010, suma y sigue) que han autorizado la intervención de terceros países, considerando la situación una amenaza a la paz internacional, advirtiendo que no constituía un *precedente* y subrayando que se contaba con el consentimiento *pro forma* del evanescente gobierno somalí. Sobre esta base se han concertado operaciones por la OTAN (*Provide Comfort*) y la Unión Europea (*Atalanta*). No obstante, al acabar el verano de 2010 diecisiete buques y cuatrocientos cincuenta marinos eran cautivos de los piratas somalíes, mientras se siguen buscando fórmulas para su eficaz persecución judicial y cumplimiento de penas, dada la aprensión que por diferentes motivos manifiestan los países desarrollados a asumir esas tareas. Así, después de tratar de reforzar la capacidad de respuesta de los países de la región (Kenia, Seychelles, Tanzania, Mauricio), se especula con la idea de

crear un tribunal especial somalí (con sede fuera de Somalia, naturalmente) o de establecer un tribunal regional bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de la Unión Africana o, incluso, de empujar al Consejo de Seguridad a la puesta en pie de un tribunal internacional siguiendo el modelo aplicado a la persecución de crímenes en la antigua Yugoslavia y en Ruanda (v. par. 583).

3) Se reconoce el derecho de *visita y apresamiento* de toda persona o buque que *efectúe transmisiones no autorizadas de radio o televisión* dirigidas al público en general en violación de los reglamentos internacionales, así como la confiscación del equipo emisor (art. 109). Se trata de combatir las *emisiones piratas* realizadas desde instalaciones móviles, navegando o al ancla. Las personas responsables pueden ser procesadas, no sólo por los tribunales del país del pabellón, sino también por los de su nacionalidad, registro de la instalación, recepción de las transmisiones o víctimas de interferencias.

4) Recogiendo una larga tradición la Convención (art. 99) no sólo dispone la obligación de todo Estado de adoptar medidas eficaces para impedir la *trata de esclavos* en los buque de su pabellón, sino que faculta a los demás a ejercer el *derecho de visita y registro* respecto de todo buque del que tengan motivo razonable para sospechar que se dedica a la *trata* (arts. 22 y 110). Si se considera la forma en que se manejan los flujos de las migraciones irregulares en nuestro tiempo, cabe aplicarles, por lo menos, las reglas de la trata de esclavos. Hay que tener en cuenta que la Convención se pegó demasiado a la tradición al prever que el buque que ejerce el derecho de visita no puede apresarse al *negrero*, pero sí ofrecer refugio al esclavo que “quedará libre *ipso facto*”.

5) Si bien no existe, por ahora, una norma consuetudinaria que limite la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre buques implicados en el *tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, la Convención (art. 108) impone a todos los Estados la obligación de cooperar para reprimir dicho tráfico y, en particular, dispone que todo aquél que tenga motivos razonables para creer que un buque de su bandera lo realiza podrá solicitar la cooperación de otros Estados para ponerle fin. Esta disposición configura un marco para la celebración de acuerdos internacionales que incluyan eventualmente la renuncia del Estado del pabellón a su jurisdicción exclusiva. En esta dirección se orienta la Convención de las Naciones Unidas relativa al tráfico ilícito de estupefacientes y de sustancias sicotrópicas (1988, art. 17). Esta Convención previó la celebración de acuerdos regionales para el desarrollo de sus provisiones. Uno de ellos es el Acuerdo relativo al tráfico ilícito por mar (1995), del Consejo de Europa. De hecho hay una práctica creciente de visitas y apresamientos autorizados por el Estado del pabellón, efectuados por otros países. En España, la LOPJ afirma expresamente la jurisdicción española para conocer del tráfico ilegal de drogas llevado a cabo fuera del territorio estatal (art. 23.4).

413. *La libertad de pesca en la alta mar*

La consagración de la ZEE ha reducido enormemente la importancia de la libertad de pesca en alta mar, al haber quedado fuera de este espacio la mayor parte de los caladeros. La CONVEMAR (arts. 116-120) proclama el derecho de todos los Estados a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar y, paralelamente, su deber —en relación con ellos— de adoptar —unilateralmente o en cooperación con otros Estados— las medidas necesarias para la conservación de los recursos.

La Convención alude a la fijación de un total de capturas permisibles (TAC), si bien no impone tal medida con carácter obligatorio, pudiendo el Estado acudir a otras medidas técnicas de conservación (tamaño de las redes, talla mínima de las especies...) o de limitación del esfuerzo pesquero. Además, prevé que los Estados interesados aportarán e intercambiarán periódicamente, por conducto de las Organizaciones Internacionales competentes, la información científica disponible, las estadísticas sobre capturas y esfuerzos de pesca y otros datos pertinentes para la conservación de los recursos (art. 119.2).

La cooperación internacional para la conservación y gestión de los recursos pesqueros en alta mar se configura como una obligación de comportamiento, previéndose el establecimiento de Organizaciones regionales o subregionales de pesca por los Estados cuyos nacionales exploten los recursos situados en la misma zona (art. 118). Esta obligación queda reforzada en relación con las especies *altamente migratorias*, los *mamíferos marinos*, las poblaciones *anádromas* y las especies *catádromas*, en la medida en que son aplicables en alta mar (art. 116) las disposiciones relativas a estas especies en la ZEE (arts. 64-67).

En la actualidad son numerosos los supuestos en que se ha logrado un marco convencional e incluso institucionalizado de cooperación internacional, pudiendo destacarse: a) la adopción de un conjunto de textos multilaterales, de vocación universal, que configuran el marco normativo de lo que se ha dado en llamar la *pesca responsable* (así el Acuerdo de la FAO para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenación por los buques que pescan en alta mar, 1993, o su *Código internacional de conducta para la pesca responsable*, 1995, no vinculante); b) la celebración de acuerdos regionales en la materia; y c) la creación de *comisiones internacionales de pesquerías*, que se ocupan de la gestión de determinados recursos pesqueros. Estas *comisiones*, a excepción de la Comisión Internacional de la Pesca de la Ballena, se ocupan de la gestión de los recursos pesqueros en áreas geográficas limitadas. Entre ellas cabe destacar la Comisión Internacional para la Conservación del Atún del Atlántico (CICAA), la Organización de Pesquerías del Atlántico Noroeste (OPAN), la Comisión para las Pesquerías del Atlántico Noreste (CPANE) y el Consejo General de Pesca para el Mediterráneo (CGPM). Los tratados constitutivos de algunas de estas comisiones les atribuyen competencia para adoptar medidas de gestión y conservación de los recursos, así como de control, obligatorias para las partes.

414. La pesca de las 'poblaciones transzonales'

De acuerdo con la CONVEMAR (arts. 63.2 y 116) cuando tanto en la ZEE como en un *área más allá de ésta y adyacente* se encuentren la misma población o poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que intervengan en su captura *procurarán*, directamente o por conducto de las Organizaciones regionales o subregionales apropiadas, acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente. Así, pues, respecto de las *poblaciones transzonales* la obligación de cooperación para su conservación es más acusada, otorgándose al ribereño —pesque o no— un papel destacado. Esta cooperación se articula en ciertas áreas marítimas a través de las comisiones internacionales de pesquerías, como la OPAN o la CPANE.

Pero, ¿qué reglas deben seguirse a falta de acuerdo? Si nos atenemos a la Convención (art. 63.2) debe entenderse aplicable el principio de la libertad de pesca. Esta solución no satisface sin embargo a numerosos Estados ribereños que sostienen que las medidas de gestión que adoptan en sus ZEE no son eficaces ante la presencia de buques extranjeros que faenan en las aguas de alta mar adyacentes, e insisten en que el régimen de gestión de las poblaciones transzonales situadas en alta mar debe ser conforme con el régimen aplicable dentro de las zonas bajo su jurisdicción. Algunos ribereños han llegado incluso a sostener que, de no prosperar las negociaciones con los terceros Estados interesados, el artículo 63.2 permite la adopción de medidas unilaterales. Inspirados en esta interpretación Estados con amplias fachadas oceánicas (Argentina, Chile, Perú...) promulgaron en los años noventa leyes que han dado lugar a la aparición de un proceso de *jurisdicción rampante* (*creeping jurisdiction*).

Ningún país ha llegado tan lejos como Canadá. En 1994 modificaba la *Coastal Fisheries Protection Act* para prohibir la pesca de poblaciones transzonales en la *zona de reglamentación* de la OPAN a quienes contraviniesen las medidas adoptadas por el Gobierno canadiense para asegurar la eficacia de las medidas de gestión y conservación aprobadas por la OPAN (arts. 5.2 y 6). Para asegurar el respeto de sus disposiciones y de los reglamentos de desarrollo, la Ley facultaba a las autoridades marítimas canadienses a visitar e inspeccionar cualquier barco en la zona, proceder a su registro, arrestar a los miembros de su tripulación y apresar el barco, utilizando, si fuera preciso, la fuerza, y extendía la jurisdicción penal de los tribunales nacionales para conocer de las infracciones a la legislación canadiense cometidas en la zona (alta mar). En desarrollo de la Ley el Gobierno canadiense adoptó, entre otros, un reglamento que prohibía a los barcos españoles y portugueses la pesca del *fletán negro* entre marzo y diciembre de cada año, al tiempo que declaraba una moratoria para la pesca de dicha especie, proponiendo a la Unión Europea la apertura de negociaciones. En este contexto el 9 de marzo de 1995 varias patrulleras canadienses interceptaron a un pesquero español —el *Estai*— cuando faenaba a más de doscientas millas de la costa, logrando, tras varios intentos de abordaje, su apresamiento. España presentó por ello una demanda ante la Corte Internacional de Justicia, que no

entró en el fondo del asunto por considerar que carecía de jurisdicción sobre la controversia (*Pesquerías transzonales*, 1998).

Para hacer frente a estos problemas se concluyó el *Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de 1982 relativas a las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios* (“Acuerdo de 1995”), en vigor desde 2001, con setenta y siete partes en la actualidad, entre ellos la Unión Europea y la mayoría de sus miembros, España incluida).

El Acuerdo de 1995 favorece la conclusión de *arreglos* entre los Estados interesados en una misma pesquería, la creación de Organizaciones pesqueras regionales o subregionales y competencias acrecidas para las Organizaciones existentes. El Acuerdo —en una auténtica *provocación* que hace tambalear principios fundamentales del Derecho de los Tratados y las libertades de la alta mar, atendiendo a la satisfacción de un designio superior que *impone* la cooperación— llega al punto de reservar los caladeros a los buques de los Estados miembros de la correspondiente organización regional o subregional, partes en el *arreglo* o que se comprometan a aplicar las medidas de conservación y ordenación establecidas por la Organización o el arreglo (art. 8.4).

Por otra parte, el Acuerdo regula de forma detallada el régimen de control de los barcos que explotan estas pesquerías. Así, obliga al Estado de pabellón a adoptar medidas, como la aplicación de un sistema de licencias de pesca y el establecimiento de un registro de barcos autorizados a faenar en alta mar accesible a los demás Estados directamente interesados (art. 18). Además, exige que el Estado del pabellón investigue —y, en su caso, sancione— a todo barco acusado de infringir cualquier medida regional o subregional de gestión y conservación, independientemente del lugar en que se produzca dicha infracción (art. 19). Por último, llama a la cooperación internacional y a la adopción de medidas de control por el Estado del puerto de los buques pesqueros que se encuentren en él (arts. 20-21 y 23)

Particular interés presenta el artículo 21 del Acuerdo, que prevé la posibilidad de ejercer jurisdicción sobre los buques que ostenten el pabellón de otro Estado. Conforme a dicho precepto, los Estados establecerán, por conducto de Organizaciones —o arreglos— regionales o subregionales, procedimientos en virtud de los cuales los inspectores de unos puedan visitar e inspeccionar cualquier barco de los otros. Hasta tanto se establezcan tales procedimientos es aplicable un régimen supletorio que contempla no sólo visitas e inspecciones, con la subsiguiente notificación al Estado del pabellón de las infracciones detectadas, sino incluso la posibilidad de iniciar una investigación, conduciendo el barco —si fuera preciso— en los casos de infracciones graves (por ej., pescar sin licencia o pescar una población sujeta a moratoria) al puerto más cercano, siempre que el Estado del pabellón no hubiera contestado a la notificación del Estado que realizó la inspección ni tampoco iniciado por sí mismo la investigación.

415. La Zona internacional de los fondos marinos y oceánicos

La Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos (ZIFMO) abarca los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de la jurisdicción nacional y, por lo tanto, situados más allá de las plataformas continentales —en su caso ampliadas— de los Estados. Alta mar y ZIFMO se complementan en el sentido de que, dejando a salvo los casos de plataformas continentales ampliadas, las aguas suprayacentes a la Zona son alta mar y, viceversa, el suelo y subsuelo subyacente a la alta mar es Zona. Y tienen en común el que ningún Estado puede reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre ellos o sobre sus recursos (CONVEMAR, arts. 89 y 137). Pero eso no oculta su distinta naturaleza, no ya física, sino legal. Desde 1970 los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional, así como sus recursos, son considerados *patrimonio común de la Humanidad* (AGNU, res. 2749-XXV).

La ZIFMO *cristaliza* en la Parte XI de la CONVEMAR (arts. 133-191) y en los Anexos III y IV de la Convención se articula un régimen de exploración y explotación de recursos de la Zona con soporte en un sistema institucional encarnado por la *Autoridad Internacional de los Fondos Marinos*. Dicho régimen respondía en lo esencial a un consenso (1980) entre los países industrializados, que concebían la *Autoridad* como una organización de cooperación circunscrita a otorgar licencias a los Estados y a las personas físicas o jurídicas bajo su control, y los países en desarrollo, que entendían que la *Autoridad* debía proceder a la explotación directa y exclusiva de la Zona e intervenir en la comercialización de los productos con vistas a impedir la erosión de los precios de los minerales extraídos en tierra y, en especial, de los procedentes de los países en desarrollo. Ese consenso fue roto una vez que Ronald Reagan asumió la presidencia de los Estados Unidos, de manera que al votarse la Convención en 1982 Estados Unidos lo hizo en contra y otros países industrializados se abstuvieron. A partir de ahí y durante una década, mientras la Comisión Preparatoria de la Autoridad rumiaba frustraciones ante la contestación de la Parte XI de la Convención por los principales países industrializados, éstos adoptaban leyes regulando el acceso de sus nacionales a la Zona, se coordinaban entre sí y hasta concedían las primeras licencias de exploración (Estados Unidos, 1984, Alemania y Reino Unido, 1985), con gran irritación de los países en desarrollo, que consideraban este comportamiento incompatible con el principio del *patrimonio común de la Humanidad* y, por lo que hacía a los Estados signatarios de la Convención de 1982, con la obligación de abstenerse de actos que pudiesen frustrar su objeto y fin (CV. sobre Derecho de los Tratados, 1969, art. 18) (v. par. 163).

A finales de los años ochenta del pasado siglo parecía imponerse una revisión de la Parte XI, teniendo en cuenta la evolución de la situación: de un lado, la explotación de los fondos oceánicos no era una empresa rentable ante el encarecimiento de la tecnología necesaria y la caída de los precios de los minerales de la Zona; de otro, no soplaban vientos favorables a un régimen con su ramalazo

sociata. Por lo demás, sólo una revisión permitía la vuelta al redil de los países que estaban en condiciones de afrontar la exploración y explotación de la *Zona*.

Finalmente, tras una intensa negociación, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1994 el *Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 1982* (en lo sucesivo “Acuerdo de 1994”). El Acuerdo —en vigor desde 1996— cuenta actualmente con ciento treinta y ocho partes, entre ellas la Unión Europea y todos sus miembros.

Si bien el Acuerdo de 1994 se presenta como meramente interpretativo de la Parte XI de la Convención, realmente la modifica, acogiendo las pretensiones de Estados Unidos y los otros países industrializados y desmontando algunos de los principales mecanismos que articularon la enfática afirmación de los Fondos como *patrimonio común de la Humanidad*.

El régimen contenido en la Convención partía de una fórmula de compromiso entre los países industrializados y los países en desarrollo conforme a la cual la exploración y explotación de los recursos en la *Zona* podía realizarse simultáneamente por los Estados o personas bajo su control y por la propia *Autoridad Internacional*, a través de la denominada *Empresa*, configurándose así un *sistema paralelo* (art. 153). Sin embargo, el Acuerdo de 1994 quiebra dicho sistema en detrimento de la *Empresa*:

1) La realización de actividades en la *Zona* exige la previa aprobación por el Consejo de la *Autoridad* de un plan de trabajo —de exploración y, llegado el caso, de explotación— que, con arreglo al Acuerdo de 1994, adopta la forma de un contrato, aligerando las cargas financieras que pesaban sobre los contratistas.

2) Para hacer posible la actividad de la *Empresa* la Convención de 1982 estableció reglas tendentes a garantizarle la tecnología necesaria y la financiación de sus actividades, así como a facilitarle áreas apropiadas para su realización. Dichas reglas han sido revisadas a la baja por el Acuerdo de 1994, suprimiendo o recortando las obligaciones de transferencia de tecnología y de financiación que imponía la Convención a los contratistas. El sistema, que permite a la *Empresa* obtener sitios mineros sin tener que realizar actividades previas de prospección y exploración, también ha sido modificado por el Acuerdo de 1994. Se exige ahora que la *Empresa* lleve a cabo sus primeras actividades en el marco, necesariamente, de empresas conjuntas.

3) En materia de producción el Acuerdo de 1994 suprime el complejo entramado de reglas destinadas a promover el crecimiento, la eficiencia y la estabilidad de los mercados de los productos básicos extraídos de la *Zona* y, en particular, la competencia de la *Autoridad* para establecer límites a la producción. Por otra parte, somete la producción y la política de la *Autoridad* a las reglas del GATT (hoy OMC). Mantiene, eso sí, la facultad de la *Autoridad* para establecer un fondo de asistencia económica en favor de los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en

que tal disminución se deba a actividades en la *Zona*. Pero limita los recursos disponibles para ello.

El régimen de exploración y explotación de los recursos en la *Zona* se articula, como ya hemos indicado, en torno a una Organización Internacional, la *Autoridad Internacional de los Fondos Marinos*, de la que son miembros todos los Estados partes en la Convención. Componen la *Autoridad* tres órganos principales: la Asamblea, órgano plenario; el Consejo, de composición restringida, y la Secretaría. Además la *Autoridad* cuenta, como ya sabemos, con la *Empresa*, su brazo industrial. La Convención ha previsto, por lo demás, la creación, dentro del Tribunal Internacional del Derecho del Mar de una *Sala de Controversias de los Fondos Marinos* (art. 188).

El órgano de referencia de la *Autoridad* es, sin duda, el Consejo, compuesto por treinta y seis miembros, de los cuales la mitad se reparten de acuerdo con el criterio de distribución geográfica equitativa y la otra mitad entre cuatro grupos de intereses consumidores-importadores de minerales, exportadores, inversores, países en desarrollo que representen intereses especiales (como los mediterráneos o en situación geográficamente desventajosa). Cada uno de los tres primeros grupos, al igual que los miembros del cuarto grupo junto con los Estados en desarrollo elegidos conforme al criterio de distribución geográfica, debe ser tratado como una *cámara* a los efectos de votación. No será posible adoptar una decisión sobre una cuestión de fondo en contra de la posición mayoritaria de cualquiera de las *cámaras*.

El Consejo ejerce las competencias ejecutivas de la *Autoridad*, entre las que cabe destacar la supervisión y coordinación de la aplicación de la Parte XI y el control sobre las actividades de la *Zona*, la incoación de procedimientos ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en caso de incumplimiento, el examen y valoración de los informes de la Empresa o la aprobación de los planes de trabajo. La Asamblea sólo puede actuar sobre la base de las recomendaciones del Consejo cuando se ocupa de cuestiones que son también de la competencia de éste o tengan carácter administrativo, presupuestario o financiero.

X CIV. PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO

416. La protección del medio marino en la CONVEMAR

Los Convenios de Ginebra de 1958 se limitaban a establecer la obligación de todos los Estados de tomar medidas para evitar la contaminación en alta mar por hidrocarburos o por inmersión de desechos radiactivos (C. sobre alta mar, arts. 24-25). La Convención de 1982, por el contrario, contiene una extensa regulación sobre la materia en su Parte XII —amén de otras disposiciones dispersas— basada en la obligación de todos los Estados de proteger y preservar el

medio marino adoptando todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación por cualquier fuente (arts. 192-237).

La Parte XII de la Convención constituye un marco normativo general para el desarrollo de la cooperación internacional, al tiempo que un esfuerzo de síntesis y sistematización de los compromisos precedentes, en parte impulsados por grandes catástrofes como los naufragios de los buques *Torrey Canyon* (1967), *Amoco-Cádiz* (1978). La aplicación de estos compromisos queda a salvo en tanto que Derecho especial, siempre que sean compatibles con los principios y objetivos generales de la Convención (arts. 237 y 311). Del ámbito de aplicación de la Parte XII quedan, por lo demás, excluidos los buques y aeronaves de Estado, respecto de los que se dispone su inmunidad soberana (art. 236).

Las disposiciones de la Parte XII pueden clasificarse en tres grupos: 1) las que enuncian las obligaciones generales en la materia; 2) las relativas al ejercicio de jurisdicción por los Estados; y 3) las que determinan la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección del medio marino.

1) La Convención exige, en primer lugar, que los Estados adopten, individual o conjuntamente, cuantas medidas sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente (arts. 194-196). Dichas medidas incluyen la aprobación de leyes y reglamentos en la materia (arts. 207-212). La Convención dispone, según los casos, que las leyes y reglamentos deben “tener en cuenta”, “ser conformes con” o “no menos eficaces que” las reglas y estándares, así como las prácticas y procedimientos, convenidas internacionalmente. Esas obligaciones recaen fundamentalmente en los Estados ribereños (en las aguas bajo su soberanía y jurisdicción, arts. 56.1, 211.5) y, tratándose de contaminación causada por buques, en el Estado del pabellón. Además, las Partes deberán cooperar, directamente o por conducto de las Organizaciones competentes, en la formulación y elaboración de reglas, estándares, prácticas y procedimientos (arts. 197, 200-201 y 207-212).

Como instancia de cooperación en el plano universal destaca la labor de la OMI, Organización que ha promovido la celebración de numerosos tratados cuya gestión asume, entre los que cabe mencionar: a) el Convenio (1973) para la prevención de la contaminación por buques (MARPOL), modificado por un Protocolo (1978) y objeto de sucesivas enmiendas, que impone determinadas condiciones técnicas a los buques y a las instalaciones portuarias y articula mecanismos de cooperación en materia de control y de represión de infracciones; b) el Convenio relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen contaminación por hidrocarburos (1969), varias veces enmendado, cuyo ámbito de aplicación se extiende a otras sustancias por un Protocolo (1973); este Convenio faculta al Estado ribereño para adoptar medidas en alta mar para prevenir y combatir la contaminación por buque extranjeros; c) el Convenio para la prevención de la contaminación por vertimiento de desechos y otras materias (1972), sustituido por un Protocolo (1996) que entró en vigor en marzo de 2006;

y d) el Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos (1990), dirigido a reforzar la cooperación internacional en la lucha contra siniestros y otras amenazas de contaminación. España es parte de todos los convenios citados.

2) Por lo que se refiere al *ejercicio de jurisdicción*, corresponde:

a) Al Estado del pabellón donde quiera que se produzca la infracción, ordenando investigaciones e incoando procedimientos sancionadores cuando proceda, ya sea a iniciativa propia o a solicitud de cualquier otro Estado, impidiendo el zarpe mientras no cumplan las reglas y sometiéndolos a inspecciones periódicas para verificar la conformidad de los certificados requeridos con la situación real (art. 217).

b) Al Estado ribereño respecto de los vertidos e infracciones en las aguas bajo su soberanía y jurisdicción o su plataforma continental (arts. 216.1 y 220.1), estando facultado para inspeccionar los buques en el mar territorial y en la ZEE (en este caso si la descarga o vertido es importante (art. 220.2-3 y 5-6). La Convención dedica varios preceptos (arts. 223-232) a las garantías mínimas que el Estado ribereño debe observar al adoptar medidas de ejecución respecto de buques extranjeros (en materia de procedimiento sancionador, de investigación de los buques...).

La Convención reconoce, por otra parte, el derecho del ribereño a tomar y hacer cumplir más allá del mar territorial medidas que guarden proporción con el daño real o potencial resultante de un *accidente marítimo*, o de actos relacionados con él, a fin de proteger sus costas e intereses conexos (art. 221). (Para España, v. RD 210/2004, adoptado en transposición de la Directiva (CE) 2002/59).

c) Al Estado del puerto para investigar a los buques que se encuentren voluntariamente en él respecto de las descargas realizadas fuera de las aguas bajo su soberanía o jurisdicción en violación de las reglas internacionales aplicables. Sin embargo, no iniciará procedimiento alguno a menos que las descargas hayan causado o sea probable que causen contaminación en su aguas o que lo solicite el Estado en cuyas aguas se produjeron, el Estado del pabellón o cualquier otro Estado afectado (art. 218).

Por otra parte, de comprobar que un buque no cumple las reglas internacionales en materia de navegabilidad y amenaza por ello causar daños al medio marino la autoridad portuaria tomará, “en la medida en que sea factible”, medidas administrativas para impedir que zarpe (art. 219). En España es de aplicación el RD 91/2003, por el que se aprueba el Reglamento que regula las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles, norma que transpone la Directiva (CE) 95/21 modificada en último lugar por la Directiva 2001/106.

Deben tenerse igualmente presentes las reglas que en materia de jurisdicción se contienen en diversos tratados internacionales sobre protección y preservación del medio marino, como, por ej., el Convenio MARPOL.

3) En cuanto a la *responsabilidad internacional por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la protección del medio marino*, la Convención dispone que los Estados: a) asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por los particulares bajo su jurisdicción; y b) cooperarán a tal fin en la aplicación y el desarrollo del Derecho Internacional relativo a las responsabilidades y obligaciones relacionadas con la evaluación de los daños y su indemnización, así como a la solución de controversias conexas (art. 235).

Existen varios convenios en la materia, entre los que mencionaremos: a) el Convenio sobre responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (1969), enmendado por última vez en 2000, que establece un régimen de responsabilidad objetiva, en principio limitada, del propietario del buque —exigible ante la jurisdicción nacional competente— quien debe contar con un seguro o una garantía financiera para hacer frente a las indemnizaciones a que hubiere lugar; b) el Convenio por el que se constituye un Fondo internacional de indemnización de los daños causados por hidrocarburos (1971), que garantiza la reparación de los daños que no sean cubiertos por el propietario del buque de acuerdo con el Convenio de 1969; y c) el Convenio sobre responsabilidad civil y compensación por daños producido en relación con el transporte por mar de sustancias peligrosas y tóxicas (1996). España es parte en los dos primeros convenios.

El estado extranjero y sus agentes: las relaciones diplomáticas y consulares

XCIV. CONSIDERACIONES GENERALES

417. La acción exterior del Estado

Una de las consecuencias principales de la soberanía e igualdad soberana de los Estados es su capacidad para entrar en relación con los demás sujetos de Derecho Internacional (v. par. 41). Esta relación se lleva a cabo a través de lo que ha venido a denominarse la *acción exterior*. En la medida en que esa acción se concreta con carácter oficial en el territorio y con el consentimiento de otro Estado, el principio de igualdad soberana trae como consecuencia el de su inmunidad. No cabe el ejercicio de jurisdicción sobre el Estado extranjero: *par in parem non habet jurisdictionem*.

El Estado es libre (principio de *autoorganización*) para establecer la estructura, cauces y órganos a través de los cuales articula sus relaciones internacionales, su *acción exterior*. Con todo, la práctica muestra una cierta homogeneidad en la respuesta siendo posible, en principio, distinguir entre los *órganos centrales* (Jefe del Estado y/o de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores), y los *periféricos*, que ejercen sus funciones en el extranjero, unos con carácter general y de manera permanente, (misiones diplomáticas y ante Organizaciones Internacionales, oficinas consulares), otros con mandatos concretos y durante un tiempo determinado (*misiones especiales y delegaciones* a Organizaciones y Conferencias internacionales).

La normalización de la práctica estatal, unida a la necesidad de alentar la confianza recíproca, la certidumbre y seguridad de las relaciones ha favorecido incluso la formación de normas consuetudinarias sobre la competencia de los *órganos centrales* para obligar al Estado (CPJI, *Groenlandia Oriental*, 1933; CIJ, *Ensayos Nucleares*, 1974; *Genocidio en Bosnia*, 1993, 1996; *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002;) y, en particular, para llevar a cabo cualesquiera actos relacionados con la formación de los tratados sin necesidad de presentar plenos poderes (CVDT, 1969, art. 7.2) (v. par. 158).

Los *órganos periféricos*, imprescindibles como red de apoyo, asientan sus funciones sobre tres patas normativas, la del Estado al que pertenecen, la del Estado en el que actúan y, por supuesto, la internacional. Las normas que interesan a las relaciones diplomáticas, a las relaciones consulares y a las misiones especiales han sido objeto de codificación y desarrollo progresivo (Convenios de Viena de 1961, 1963 y 1969, respectivamente; v. tb. CVDT, 1969, art. 7.2).

Los agentes del Estado extranjero, centrales o periféricos, son objeto de una especial protección (v. Convención sobre prevención y castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, 1973; en España, Código Penal, 1995, arts. 605-606); gozan de inmunidades y privilegios de base consuetudinaria, parcialmente codificadas, o dispuestas en tratados bi o multilaterales (por ej., Convenio SOFA, 1951, relativo al estatuto de las fuerzas de los Estados partes del Tratado del Atlántico Norte, modelo de muchos otros acuerdos).

Las consideraciones hechas son hasta cierto punto aplicables a la Organizaciones Internacionales y a sus agentes. En su caso la garantía de independencia exige el reconocimiento por sus miembros, en particular el Estado anfitrión, de privilegios e inmunidades. De ahí un cierto número de convenios multilaterales, ampliamente convergentes, y los acuerdos *de sede* de cada una de ellas con el Estado que las hospeda. Hay Organizaciones que ejercen el derecho de legación activa en los términos dispuestos por las *reglas de la Organización*. La Unión Europea se distingue con más de ciento sesenta *delegaciones* (TFUE, art. 221) y ahora ha sentado las bases para establecer un *servicio exterior* (TUE, art. 27.3). No obstante, excluimos este punto de nuestro examen por la necesidad de mantener enbrida la dimensión de esta obra.

XCVI. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO

418. *Una cuestión compleja*

¿Pueden los tribunales del Estado territorial (los tribunales del *foro*) ejercer su jurisdicción en litigios que involucran al Estado extranjero con particulares? Nada lo impide en el caso de que el Estado extranjero actúe como demandante. Pero, ¿no atentaría contra su soberanía, su independencia, su dignidad, verlo aparecer como demandado? En la medida en que se acepte el ejercicio de jurisdicción, ¿pueden los tribunales del foro adoptar medidas coercitivas sobre sus bienes, antes o después del fallo? ¿Es inmune el Estado extranjero —y hasta qué punto— a la jurisdicción y/o a las medidas de ejecución de los tribunales del foro?

419. *Inmunidad del Estado y reglas de competencia judicial internacional*

El principio de inmunidad no debe confundirse con los límites que el Derecho Internacional impone a las reglas de competencia judicial de un Estado para enjuiciar los actos de otro. A este respecto no debemos olvidar que en la formulación de sus reglas de competencia judicial un Estado debe tener en cuenta los límites trazados por el ordenamiento internacional (CPJI, *Lotus*, 1927). Así,

atendiendo a los principios de soberanía e igualdad soberana y a sus corolarios (independencia, no intervención) (v. tema 3) sería contrario a derecho que un Estado atribuyese competencia a sus tribunales para determinar la responsabilidad internacional de un Estado extranjero por violación de sus obligaciones internacionales, o la conformidad con el Derecho Internacional de sus actos en asuntos carentes de una conexión razonable y oportuna con el foro (v. par. 428). La inmunidad del Estado extranjero presupone que los tribunales del foro gozan de una jurisdicción sobre el objeto del litigio que, de no mediar la inmunidad, ejercerían. De no ser así, su invocación es innecesaria.

Cierto es, sin embargo: 1) que los límites que el Derecho Internacional impone a la competencia judicial del foro y el principio de inmunidad del Estado extranjero reposan sobre el mismo fundamento (soberanía, igualdad soberana); 2) que en la práctica algunos supuestos que deberían ser abordados en el marco de los límites a la competencia lo son en el de la inmunidad (por ej., la doctrina del *Act of State* en Estados Unidos); y 3) que algunas de las excepciones a la inmunidad se vinculan a la competencia judicial de un foro determinado, y no de otro (v., por ej., Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, 2005, art. 12).

420. El principio de inmunidad: origen y codificación

El principio de la inmunidad del Estado extranjero nace de un proceso consuetudinario que toma aliento con la práctica judicial de los Estados a partir de comienzos del siglo XIX (v., por ej., TS de los Estados Unidos, *The Schooner Exchange*; 1812; *Cour de Cassation* francesa, *Gobierno español c. Cassaux*, 1849). La práctica judicial nunca ha sido, sin embargo, uniforme ni en lo relativo al alcance material del principio, ni a su alcance subjetivo. Se explican así las iniciativas legislativas de algunos Estados y la labor de codificación internacional emprendida en este campo a fin de acrecer la seguridad jurídica.

En el ámbito de las regulaciones nacionales destacan las leyes especiales adoptadas a partir de los años setenta del pasado siglo por países de cultura legal anglosajona: Estados Unidos (1976), Reino Unido (1978), Singapur (1979), Sudáfrica (1981), Canadá (1982), Australia (1985), Pakistán... En el ámbito latinoamericano, Argentina (1995). En cuanto a la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional el texto de referencia es la *Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, adoptada por la Asamblea General el 2 de diciembre de 2004 (res. 59/38) y abierta a la firma el 17 de enero de 2005. La Convención entrará en vigor treinta días después de sumar un número igual de Estados contratantes (art. 30). No será mañana. En la actualidad suma sólo un tercio del número prescrito. No obstante, las reglas de la Convención pueden iluminar la práctica judicial de los Estados, cuenten o no con una legislación *ad hoc*, particularmente si se consideran declarativas —o cristalizan— normas consuetudinarias. En el ám-

bito europeo se adoptó y abrió a la firma en Basilea, en 1972, bajo los auspicios del Consejo de Europa, un *Convenio sobre la inmunidad de los Estados*, actualmente en vigor entre Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y Reino Unido. Dado el carácter subsidiario de la Convención de las Naciones Unidas (art. 26), los derechos y deberes enunciados en este Convenio y en otros acuerdos internacionales en vigor (como la CONVEMAR, que codifica —arts. 32, 95 y 96— la tradicional inmunidad de los buques de guerra y de Estado utilizados en servicios oficiales no comerciales) operarán con preferencia entre los Estados partes.

XCVII. LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

421. *Inmunidad absoluta e inmunidad restringida*

La práctica judicial del siglo XIX está impregnada por la *doctrina de la inmunidad absoluta*, partidaria de reconocer la inmunidad en todo caso, de no mediar la *renuncia* del Estado extranjero. No obstante, a partir de finales de ese siglo, coincidiendo con la irrupción del Estado en la actividad económica y en el comercio exterior, se observa una tendencia a *restringir* la inmunidad que confirman cien años después las leyes especiales de Estados Unidos (1976), Reino Unido (1978) y todas las que las siguieron.

En la actualidad son numerosos los Estados cuyos tribunales conciben restrictivamente el principio de inmunidad sobre la base de los tratados, las leyes o la jurisprudencia.

Puede decirse que una vez que perdió el sostén (por desaparición) de los países socialistas, tradicionales defensores de la inmunidad absoluta, esta doctrina sólo sigue encontrando defensores en algunos países latinoamericanos, africanos y asiáticos, a veces sólo por inercia. El análisis de la práctica permite concluir que si bien un Estado puede reconocer *inmunidad absoluta* de jurisdicción al Estado extranjero, ninguna norma internacional general lo obliga a ello.

En España la jurisprudencia fue errática durante decenios, pero en 1986 experimentó un claro giro hacia la tesis restrictiva. El artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, 1985), tras afirmar el principio de territorialidad, se había limitado a exceptuar “los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución” remitiendo *in toto* a “las normas del Derecho Internacional”. Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 1 de diciembre de 1986 rechazan la inmunidad absoluta influidas, no sólo por la evolución de la práctica internacional, sino sobre todo por el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución. El Tribunal Supremo llega a afirmar en la sentencia de 1 de diciembre de 1986 que dicho precepto “dificulta, si no impide, que algún órgano jurisdiccional pueda acceder a la solicitud de inmunidad de jurisdicción por un Estado extranjero”. El Tribunal Constitucional

(s. 107/1992) matiza: el derecho a la tutela judicial efectiva no obsta a la aplicación del principio de inmunidad, pero impide su reconocimiento más allá de los supuestos en que viene impuesto por el Derecho Internacional.

Ahora bien, ¿cuáles son los límites precisos de la aplicación restrictiva del principio de inmunidad y, en consecuencia, en qué casos un Estado incurriría en responsabilidad internacional por negar sus tribunales la aplicación de dicho principio?

422. La inmunidad restringida en la práctica estatal: actos ‘*iure imperii*’ y actos ‘*iure gestionis*’

Aunque el criterio dominante se articula en torno a la distinción entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis* del Estado extranjero, es decir entre sus actos de poder público (o de soberanía) y los de carácter privado, la distinción plantea en la práctica numerosas dificultades. Así, mientras la *Cour d’Appel* de París (*Société Bauer-Marschal*, 1957) entendió que el aval del gobierno de Turquía en relación con un préstamo concedido a la ciudad de Constantinopla constituía un acto de poder público, la *Cour* de Rouen sostuvo lo contrario en una sentencia pronunciada en 1965, tras la revocación del primer fallo por la *Cour de Cassation*.

Las divergencias surgen por las diferentes aproximaciones o perspectivas de los tribunales al aplicar este criterio. Lo más apropiado es atender a la *naturaleza del acto*, debiendo reconocerse la inmunidad cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo —o pudiendo ejercer— prerrogativas de poder público. Otro modo de aplicar el mismo criterio consiste en distinguir los actos que solamente puede realizar el Estado de aquellos que pueden ser objeto de iniciativas particulares. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos negó la inmunidad de jurisdicción a Argentina en el asunto *Weltover* (1992), relativo a una acción por impago de bonos emitidos por dicho país, estimando que, al emitir dichos bonos, Argentina había operado *in the manner of a private player*, esto es, en la forma en que lo haría una persona privada.

La distinción entre la actuación del Estado en la esfera del Derecho público o en la del Derecho privado —o entre los actos que sólo puede realizar el Estado y los que pueden ser objeto de iniciativa privada— no resuelve, sin embargo, todos los problemas. En primer lugar, no es el Derecho Internacional, sino cada uno de los ordenamientos estatales, los que marcan conforme a su propio criterio la divisoria entre lo público y lo privado. Se explica así, por ejemplo, que mientras el Tribunal Federal suizo consideró que la actividad de promoción de las Oficinas de Turismo estatales implica el ejercicio por el Estado extranjero de su poder público (*Egipto c. Cinetelevision International*, 1979), un Tribunal alemán llegó a la conclusión contraria (*Oficina Española de Turismo*, 1977). En segundo lugar, no se puede negar que el *objeto del acto* resulta en ocasiones relevante. Así,

en la jurisprudencia estatal se observa una tendencia —de alcance variable— a otorgar inmunidad de jurisdicción en los procesos relativos a contratos de trabajo, al menos cuando el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones relacionadas con el ejercicio del poder público.

La distinción acogida por cierta jurisprudencia estatal entre *actividades comerciales y no comerciales* (así, Reino Unido, *Victory Transport*, 1964; *The Philippine Admiral*, 1976) es subsumible en la anterior (Derecho privado/Derecho público), en la medida en que los actos comerciales serán *por lo general* de Derecho privado. Como señaló el Tribunal Constitucional alemán (*Imperio iraní*, 1963) las actividades comerciales de un Estado no son por su naturaleza distintas de otras actividades no soberanas del mismo. No obstante, un acto de un Estado puede presentar un contenido comercial y, sin embargo, tener naturaleza pública. Así lo reconoció un tribunal de los Estados Unidos en el asunto *Practical Concepts Inc.* (1985) al negar *carácter comercial* a un contrato de servicios celebrado entre dicha sociedad y Bolivia por contener disposiciones impropias de un contrato privado, tales como exenciones fiscales y otros privilegios. Además, algunos de los actos respecto de los cuales la práctica revela negación de inmunidad —como los concernientes a lesiones a las personas o daños a sus bienes— difícilmente encajan en la calificación de actos comerciales.

423. La inmunidad restringida en los textos normativos: la lista

La incapacidad de la jurisprudencia para, a través de un criterio abstracto, determinar con claridad y precisión los límites de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero explica que las leyes especiales promulgadas por distintos países, así como el Convenio de Basilea (1972) y, últimamente, la Convención de las Naciones Unidas (2005) se hayan inclinado por una relación casuística de los supuestos en que la inmunidad no es exigible, vinculando eventualmente el ejercicio de la jurisdicción a la ocurrencia de una conexión razonable del foro con el asunto.

Así, partiendo como principio de la inmunidad del Estado extranjero cuando es demandado o, sin serlo, pueden menoscabarse sus bienes, derechos, intereses o actividades (arts. 5 y 6.2), la Convención de las Naciones Unidas señala como *límites* o *excepciones* de carácter dispositivo, esto es, que están a expensas de que los Estados interesados convengan otra cosa, las siguientes:

- 1) Las *transacciones mercantiles* con una persona física o jurídica (que no sea otro Estado), salvo pacto en contrario de las partes (art. 10). La Convención enumera una serie de contratos y señala que, a efectos de calificación, debe atenderse principalmente a la “naturaleza del contrato o de la transacción” y también a su “finalidad” si así lo acuerdan las partes o si en la práctica del Estado del foro “tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción” (art. 2.1. c).

- 2) Los *contratos de trabajo*, a salvo los supuestos en que: a) el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) el empleado es una persona que goza de inmunidad diplomática (v. par. 442-448); c) el empleado es nacional del Estado extranjero al entablarse el proceso, sin residencia permanente en el foro; d) el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; e) el objeto es la rescisión del contrato, siempre que el Estado contratante determine que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad; y, f) las partes en el contrato hayan pactado otra cosa por escrito, a menos que por motivos de orden público los tribunales del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia sobre el objeto del proceso (art. 11).
- 3) Las *acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes* causados por un acto u omisión *atribuible* al Estado (art. 12). La jurisdicción del foro se funda en una doble circunstancia cumulativa que conviene interpretar estrictamente: a) la presencia del autor en su territorio al producirse el acto u omisión lesivos, y b) la producción de los daños, total o parcialmente, en ese mismo territorio. Se trata de una excepción concebida para casos de accidentes de tráfico, pero que puede abarcar otros daños, intencionales o no, inclusive los deducidos del homicidio y el asesinato político. Así, por ejemplo, el atentado con bomba que causó la muerte del antiguo ministro de defensa del gobierno de Salvador Allende, Orlando Letelier, y de su secretaria, en Washington, atribuido a la policía política chilena bajo el régimen militar de Augusto Pinochet (*Letelier v. Republic of Chile*, 1980).

La jurisdicción no abarca los daños morales o los que traen su origen de la difamación o la calumnia y no cubre tampoco los daños transfronterizos (por ej. la contaminación medioambiental que resultó del accidente de Chernobil, 1986). Obviamente, estos daños pueden proceder de un ilícito internacional que genera una responsabilidad directamente exigible por los Estados en sus relaciones (v., por ej., la demanda de Ecuador contra Colombia ante la CIJ, *Herbicidas*, 2008).

Siendo la excepción dispositiva, es frecuente que se vuelva a la inmunidad mediante acuerdo para evitar que incidentes (de tráfico, de copas o de bastos) originados por la presencia de efectivos militares de países aliados enrarezcan las relaciones políticas. Incluso cabe afirmar que, en estos casos, la jurisprudencia —como ha observado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*McElhinney v. Ireland*, 2001) suele encomendarse al criterio de los actos *iure imperii* para amparar la inmunidad de las acciones y omisiones de los efectivos militares.

Es problemática la relación entre el ejercicio de la jurisdicción por un particular lesionado y el efecto preclusivo que pueda tener un eventual acuerdo interestatal zanjando la cuestión de la reparación.

- 4) La *determinación de los derechos u obligaciones de un Estado extranjero respecto de bienes muebles o inmuebles* situados en el Estado del foro (art. 13).
- 5) La determinación de derechos del Estado extranjero en materia de *propiedad industrial o intelectual* o la lesión por el Estado extranjero de un derecho de la misma índole de un tercero en el Estado del foro (art. 14).
- 6) La *participación del Estado extranjero* con sujetos privados *en sociedades* constituidas con arreglo a la ley del Estado del foro o con su sede o su establecimiento principal en él, a menos que las partes hayan estipulado la inmunidad mediante acuerdo escrito o así lo disponga el instrumento por el que se rige la sociedad (art. 15). 7)
- 7) La *explotación por un Estado extranjero de un buque* que en el momento de iniciarse la acción fuera utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial, así como los cargamentos propiedad de un Estado y su transporte en tales buques (art. 16).
- 8) Los *efectos de un convenio arbitral* con un particular sobre litigios relativos a una *transacción mercantil*, a menos que el convenio disponga otra cosa (art. 17). La excepción va referida, en síntesis, al ejercicio por los tribunales estatales, con arreglo a la ley del foro, de funciones supervisoras respecto de arbitrajes privados o comerciales que se celebran en su territorio y/o se han sometido a su legislación.

Aunque todas estas excepciones o límites a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero plantean problemas interpretativos, no cabe duda que la Convención, en la senda marcada por las legislaciones estatales y el Convenio de Basilea (1972), contribuye de forma decisiva a establecer un marco de actuación más claro y objetivo.

424. *¿Hasta dónde llega el Estado?*

La definición del Estado fue uno de los puntos de discordia en la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas. La Convención entiende por *Estado* no sólo a sus diversos órganos de gobierno y sus representantes, sino también a los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado y los organismos, instituciones y otras entidades que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado (art. 2.1.b).

No obstante, en el caso concreto podrán plantearse dificultades.

1) Piénsese, en primer lugar, en la calificación como órganos de un Estado extranjero de los *bancos centrales*, los *organismos autónomos* o las *empresas públicas*. La consideración del estatuto de un ente es importante, como ha advertido C.H. Schreuer, allí donde se aplica la inmunidad *absoluta*, pues a medida que afirma su autonomía (personalidad jurídica propia, patrimonio separado,

gestión y control independientes...) cabe negar su identificación con el Estado extranjero y fijar por esta vía límites a la inmunidad. Por el contrario, allí donde se aplica la inmunidad *restringida* el estatuto de un ente será menos relevante, porque la aproximación *ratione materiae* bastará normalmente para alcanzar las debidas conclusiones. Esta aproximación se encuentra en la jurisprudencia de algunos países. Son representativas, por ejemplo, las sentencias pronunciadas por los tribunales franceses en los asuntos *Epoux Martin c. Banco de España* (1958), *RENFE c. Cavaillé* (1968) y *Blagojevic c. Banco de Japón* (1977).

2) La otra gran fuente de dificultades se encuentra en la aplicación del principio de inmunidad a las *subdivisiones políticas del Estado*. Durante la guerra civil española los tribunales franceses adoptaron posiciones discordes. Mientras unos admitieron la inmunidad de la Generalidad de Cataluña (*Cour d'Appel de Aix, Oficina del Aceite c. Doménech*, 1938) y del Gobierno de Euskadi (Tribunal civil de Oloron, *Consorts d'Ozenay c. veuve Grenier y Estado de Euskadi*, 1937), otros la negaron (Tribunal de Poitiers, *Rousse et Maber c. Banco de España y otros*, 1937).

El Convenio de Basilea (1972), por su parte, se refiere expresamente a los Estados miembros de un Estado federal para afirmar que no gozan de inmunidad a no ser que éste formule una declaración en sentido contrario, mediante notificación al Secretario General del Consejo de Europa (art. 28). Austria hizo uso de esta cláusula en 1974. La solución ofrecida por el Convenio europeo ha sido recogida en las leyes de Gran Bretaña y de Singapur. La ley canadiense, en cambio, incluye en su ámbito de aplicación a los Estados federados, mientras que la de Estados Unidos la extiende a todas las subdivisiones políticas.

Es discutido si sólo los Estados *reconocidos* por el foro gozan de inmunidad. Si, como dijera la *Cour d'Appel de París (Clerget c. Banco Comercial para Europa de Norte*, 1969), la personalidad de un Estado se funda en su existencia de hecho, no hay razón para limitar la inmunidad a los *reconocidos*. Pero las situaciones que pueden darse son lo suficientemente variadas en función de la coyuntura política como para crear a pies juntillas en la validez universal de una afirmación semejante (v. par. 23-32).

La práctica jurisprudencial es también errática respecto de la inmunidad de jurisdicción de *territorios no autónomos* (v. par. 58). Si los tribunales británicos otorgaron en 1938 inmunidad al Maharajá de Baroda, un Tribunal neozelandés la negaba en 1981 al Gobierno de las islas Marshall, dada su condición de fideicomiso. El Tribunal Supremo de Estados Unidos reconoció por contra inmunidad a Palaos, que tenía esta misma condición, en el asunto *Morgan Guaranty Trust Co. c. República de Palaos*, si bien fundó su decisión en la consideración (prematura) de Palaos como Estado (v. par. 60).

425. Aspectos procesales

1) La inmunidad de jurisdicción es *renunciable*, pudiendo estimarse la renuncia implícita cuando un Estado participa en un proceso ante los tribunales

de otro Estado, ya sea incoando el proceso, interviniendo en él o realizando cualquier otro acto en relación con el fondo. No se entenderá, en cambio, que el Estado extranjero renuncia a la inmunidad si su intervención en el proceso tiene únicamente por objeto invocarla o, tratándose de un proceso en el que no es parte, se dirige a hacer valer un derecho respecto de bienes que son objeto del litigio (Convención de las NU, arts. 7-8).

Cuando un Estado extranjero incoa el proceso cabe entender que renuncia a la inmunidad respecto de una posible *demanda reconvenicional* basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda por él presentada. Por otra parte, es incuestionable que un Estado que formule *reconvenición* en un proceso en el que ha sido demandado renuncia a la inmunidad respecto a la demanda principal (Convención de las NU, art. 9).

2) La inmunidad de jurisdicción se aprecia de oficio. Cuando un Estado es demandado ante los tribunales de otro Estado puede personarse en el proceso con el exclusivo objeto de invocar su inmunidad como excepción procesal, pero si no lo hace el juez habrá de apreciarla de oficio (Convención de las NU, art. 6.1; Convenio de Basilea, art. 15).

3) La práctica de algunos Estados ha amagado con condicionar la inmunidad a la *reciprocidad*, lo que es criticable, desde un punto de vista internacional, si se entiende que ese es su fundamento o se pretende forzar la prueba por el Estado extranjero de la observancia del principio de inmunidad por sus tribunales. Además es incompatible con la obligación de los tribunales del foro de aplicar de oficio la inmunidad, lo que se encarece especialmente en procedimientos en que el Estado extranjero opta por la incomparecencia. Pero la reciprocidad puede ser: 1) un buen parámetro para establecer *in casu* los límites de una aplicación restrictiva del principio y en este sentido su papel es previsto por distintas legislaciones (Australia, Italia, África del Sur); y 2) uno de los medios para suavizar la autoflagelación de los Estados que aún aplican la inmunidad absoluta.

XCVIII. INMUNIDAD RESPECTO DE MEDIDAS COERCITIVAS

426. *¿Una inmunidad (casi) inexpugnable?*

Admitido el ejercicio de jurisdicción sobre el Estado extranjero dentro de ciertos límites, cabe preguntarse si en ese caso los tribunales pueden imponerle las medidas coercitivas, anteriores o posteriores al fallo (embargo, ejecución), previstas en el procedimiento. Si la respuesta es negativa, el cumplimiento de una sentencia condenando al Estado extranjero quedaría a expensas de su voluntad

En términos generales se desprende de la práctica el tratamiento separado de ambas cuestiones. De ahí que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no implica renuncia a la inmunidad respecto de medidas coercitivas (Convención

de las NU, art. 20). La consideración de que una medida coercitiva tiene una mayor incidencia en las relaciones interestatales y atenta de forma más abierta contra la soberanía del Estado extranjero y, por supuesto, contra su 'dignidad' y su 'imagen', determina una mayor continencia al abordar la restricción de esta inmunidad. Ilustra esta actitud el hecho de que países cuya legislación o jurisprudencia han restringido la inmunidad de jurisdicción, mantienen en cambio una inmunidad (casi) absoluta respecto de medidas coercitivas.

Ha sido muy discutido el alcance de esta inmunidad, hasta el punto de que se consideró excluir su tratamiento en la Convención de las Naciones Unidas. De acuerdo con las reglas finalmente acordadas, las medidas coercitivas están prácticamente excluidas antes del fallo, a menos que el Estado extranjero las consienta expresamente o haya asignado bienes a la satisfacción de la demanda (art. 18). El Estado extranjero no está obligado a prestar caución, fianza o depósito relativo a costas de procedimientos en que haya sido demandado, ni puede ser condenado a multas por no cumplirse a requerimientos judiciales (art. 24).

En cuanto a las medidas posteriores al fallo, que interesan sobre todo a la ejecución de la sentencia, cabe adoptarlas y aplicarlas sobre bienes que cumplan estos requisitos: 1) una utilización específica o destino para fines distintos al servicio público no comercial; 2) una localización en el foro; y 3) un nexo (propiedad, posesión u otro) con la *entidad* contra la que se ha incoado el proceso (Convención de las NU, art. 19), pero no necesariamente con el objeto de la demanda. La expresión *entidad* designa al Estado como persona jurídica independiente, así como a las unidades constitutivas de un Estado federal u otras subdivisiones del Estado, organismos e instituciones con personalidad jurídica independiente. De esta manera, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la responsabilidad internacional (v. par. 298), el Estado se *desagrega* y puede sustraer mediante barreras estancas de personalidad activos patrimoniales a medidas coercitivas instadas en el foro. No obstante, la Convención no prejuzga un posible "levantamiento del velo social" a fin de determinar si una entidad ha tergiversado intencionadamente su situación financiera o reducido sus activos a fin de evadir sus obligaciones.

Para facilitar la aplicación (uniforme) de esta regla, la Convención de las Naciones Unidas enumera (art. 21.1) una serie de bienes protegidos por la inmunidad, al presumirse *iuris et de iure* adscritos a un servicio público no comercial: 1) los bienes, incluidos cuentas bancarias, utilizados o destinados al desempeño de las misiones diplomáticas y oficinas consulares del Estado, misiones especiales, misiones y delegaciones ante Organizaciones y Conferencias Internacionales; 2) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o destinados al desempeño de funciones militares; 3) los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado; 4) los bienes del patrimonio cultural y de los archivos, así como los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico (a menos que, en uno u otro caso, se hayan puesto en venta o estén destinados a serlo).

En relación con esta lista de bienes estatales acorazados frente a medidas coercitivas cabe señalar que algunos cuentan ya con normas de protección particulares. Tal es el caso de los locales de la Misión diplomática y de los bienes situados en ellos (CV, 1961, art. 22) (v. par. 432) o el de los buques de guerra, buques estatales utilizados para un servicio oficial (CONVEMAR, arts. 32, 95 y 96) y aeronaves de Estado (en relación con éstas, Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves, art. 3; Convenio de Chicago sobre Aviación Civil, 1944, art. 3).

Aunque la Convención mantiene un alto nivel de inmunidad (se excede, incluso, al concederla sin las debidas matizaciones a los bancos centrales), su línea es la de las leyes estatales más permisivas (como la del Reino Unido). La de los Estados Unidos, más estricta, limita las medidas de ejecución a los bienes utilizados para la actividad comercial *en la que se fundamenta la demanda* (sec. 1610). El Convenio de Basilea (1972) trata de zafarse de los problemas de ejecución, afirmando la obligación de los Estados partes de dar cumplimiento a las sentencias dictadas *ex convenio*. Las medidas coercitivas son apenas objeto de un régimen facultativo (arts. 24-26) al que pueden acogerse los Estados partes mediante declaración unilateral, que admite las medidas sólo contra los bienes utilizados exclusivamente para actividades industriales o comerciales del Estado extranjero y siempre que estuvieran destinados a la misma actividad industrial o comercial que dio lugar a la demanda.

En España el artículo 21 de la LOPJ consagra la inmunidad de ejecución establecida por las normas de Derecho Internacional, sin más precisiones. Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 1 de diciembre de 1986, aunque no tenían por objeto medidas coercitivas, admitían que dicha inmunidad no tiene alcance absoluto, supeditando su reconocimiento, de manera errónea, a varias condiciones, entre las que destacaba la existencia de reciprocidad. Posteriormente, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto precisamente en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986, el Tribunal Constitucional (s. 107/1992) afirmó que una indebida extensión de la inmunidad de ejecución acarrea una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución), admitiendo en consecuencia, a la luz de la práctica internacional, la posibilidad de adoptar medidas de ejecución contra los bienes que se encuentren destinados por un Estado extranjero al desenvolvimiento de actividades económicas, aun cuando no estuvieran destinados a la misma actividad que provocó el litigio. En su sentencia 176/2001 el Tribunal Constitucional marca claramente los límites: los bienes de Misiones diplomáticas y Oficinas consulares, incluidas sus cuentas bancarias, y los demás bienes del Estado extranjero destinados a actividades *iure imperii* gozan de inmunidad absoluta de ejecución. La calidad de un bien a estos efectos es, no obstante, una cuestión de mera legalidad, no fiscalizable por el Tribunal Constitucional.

Merece también la pena mencionar la sentencia 18/1997 del Tribunal Constitucional, donde se afirma que el archivo por un Juzgado de la social de Madrid de la ejecución de una sentencia condenando a la Embajada de Guinea Ecuatorial a una indemnización por despido vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse agotado las posibilidades de actuación que el ordenamiento ofrece. En particular, tras señalar que cuando surgen dificultades de ejecución contra un Estado extranjero cobra vital importancia la colaboración de los poderes públicos y, en especial, del Ministerio de Asuntos Exteriores —cuya negativa, advierte, puede producir el nacimiento de las pertinentes responsabilidades— reprocha al Juzgado no haber reiterado el requerimiento que hizo a dicho Ministerio para adoptar frente a Guinea Ecuatorial las medidas que el Derecho Internacional ofrece.

427. El asalto a las cuentas bancarias

En la práctica reciente son frecuentes los casos en los que las medidas coercitivas se dirigen contra las cuentas bancarias del Estado extranjero, incluso cuando el titular es una misión diplomática o una oficina consular. La dificultad en estos casos radica, no sólo en la especial protección que las normas del Derecho diplomático y consular reconocen a esos titulares (v. par. 432, 440), sino también en determinar si sus fondos están destinados o no a una actividad comercial cuando la Convención de las Naciones Unidas propone que se presuma *iuris et de iure* una afectación no comercial.

El Convenio europeo de 1972, al igual que la mayor parte de las leyes especiales sobre inmunidad, guarda silencio sobre esta cuestión y la jurisprudencia estatal suele ser favorable al reconocimiento de la inmunidad absoluta de estas cuentas; pero el hecho de que las cuentas bancarias a nombre de misiones diplomáticas y oficinas consulares sean, a veces, los únicos bienes disponibles del Estado extranjero explica que sus acreedores traten de abrir caminos para limitarla.

Así, el Tribunal Constitucional alemán (*X c. República de Filipinas*, 1977) tras reconocer la inviolabilidad de las cuentas de una misión diplomática sobre la base de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y el principio *ne impediatur legatio*, advirtió que se puede solicitar al Estado extranjero que justifique que la cuenta sólo sirve a las funciones de la Misión. El Tribunal de distrito de Columbia (*Shipping Co. C. Embassy of Tanzania*, 1980) permitió el embargo de una cuenta *mixta* de la Embajada utilizada, según confesión propia, tanto para los gastos de la misión como para actividades comerciales. Por otra parte, la Cámara de los Lores (*Alcom c. Colombia*, 1984) estimó que debe partirse de la presunción de que las cuentas corrientes de una Misión diplomática están destinadas a fines no comerciales, salvo prueba en contrario que incumbe al demandante, advirtiendo además del carácter indivisible de las mismas conforme al Derecho inglés...

En España el Tribunal Constitucional, a pesar de su posición de principio favorable a restringir la inmunidad de ejecución, entendió (s. 107/1992, de 1 de julio) que el embargo de cuentas corrientes a nombre de una misión diplomática era contrario en todo caso a las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) y Consulares (1963) y, por ende, al artículo 21 de la LOPJ, no exigiendo siquiera (a diferencia del TC alemán en el asunto *X c. República de Filipinas*) una declaración del órgano competente del Estado extranjero sobre el destino oficial de los fondos. El Tribunal avala su posición no sólo en la práctica internacional sino, además, en el carácter único e indivisible del saldo de una cuenta bancaria y en la imposibilidad de investigar las operaciones y el destino de los fondos de una cuenta adscrita al desenvolvimiento de la actividad de una misión diplomática. (En el mismo sentido, s. 292/94, de 27 de octubre). La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido posteriormente seguida por los tribunales españoles (por ej., en la s. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 1993), si bien cabe señalar alguna excepción (s. de la Sala Social del TS de 22 de febrero de 1994).

XCIX. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO EN RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR CRÍMENES DE SUS AGENTES

428. *¿Un instrumento de la política exterior?*

La Convención de las Naciones Unidas no comprende las actuaciones penales (la res. 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto, no se ocupa de la vidriosa y muy discutida cuestión de la responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes que las leyes de algunos Estados excluyen del ámbito de la inmunidad. Sobre este punto volveremos cuando consideremos los medios articulados para combatir las violaciones más graves de los derechos humanos (v. par. 607). Ahora se trata de llamar la atención sobre el riesgo de que ese combate acabe sirviendo otros fines, desestabilizando las relaciones internacionales. Una vez más el enfoque a partir de las excepciones a la inmunidad del Estado extranjero es incorrecto, porque lo que es discutible es la licitud o no de la jurisdicción que se asume.

Estados Unidos ha ido en este punto realmente lejos, haciendo de sus leyes y jueces instrumentos de política exterior. Esta actitud encaja con el retorno a la invocación de la *comity* y de las *realidades políticas* para concebir la inmunidad del Estado extranjero como un *privilegio*.

Así la sección 221 de la *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* (1996) enmendó la *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA) para atribuir jurisdicción a sus tribunales y excluir la inmunidad de Estados extranjeros calificados como *terroristas* y de sus agentes en el caso de demandas en reclamación de daños

por muertes o lesiones resultantes de actos de tortura, homicidio extrajudicial, sabotaje aéreo o secuestro, incluso si tales Estados se han limitado a prestar apoyo material para su ejecución y con independencia del lugar de comisión (nuevo par. 7 de la sec. 1605 (a) de la FSIA).

Las enmiendas legislativas del momento previeron también la imposición de multas punitivas con el fin de disuadir y, en todo caso, obstaculizar las políticas *terroristas* de Estados extranjeros. Fue así que la *District Court* del sur de Florida (*Alejandro et al. V. The Republic of Cuba*, 1997) condenó a Cuba al pago de más de ciento treinta y siete millones de dólares US —equivalente al tres por ciento del valor de los *Migs* de la Fuerza Aérea cubana— como multa punitiva por la muerte de los pilotos de las avionetas de *Hermanos al Rescate* derribados el 24 de febrero de 1996 sobre el espacio aéreo cubano en el que se encontraban ilegalmente en acciones de propaganda anticastrista. Asimismo, la *District Court* de Columbia (*S.M. Flatow v. Islamic Republic of Iran et al.*, 1998) condenó a la República Islámica de Irán al pago de doscientos veinticinco millones de dólares US —equivalente al triple de la suma presuntamente destinada por este país a la financiación de actividades *terroristas*— como multa punitiva por la muerte de una estudiante norteamericana a consecuencia de un atentado suicida el 9 de abril de 1995 sobre un autobús turístico en la franja de Gaza, atribuido a una facción de la *Jihad* islámica subvencionada por Irán. (v. tb. *Anderson v. Islamic Republic of Iran*, 2000; *Eisenfeld v. Islamic Republic of Iran*, 2000; *Elahi v. Islamic Republic of Iran*, 2000). Las demandas planteadas ante la *District Court* del este de Nueva York por los herederos de las víctimas de la explosión del B-747 de *Pan Am* sobre Lockerbie fueron reconducidas atendiendo a la nueva legislación (v. por ej., *Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jmahiriya*, 1998; *Price v. Socialist People's Libyan Arab Jmahiriya*, 2000).

Al objeto de facilitar la ejecución de estas decisiones el Congreso volvió a enmendar la FSIA en 1998 de manera que las víctimas estadounidenses del *terrorismo* pudieran obtener el embargo de propiedades de Estados extranjeros, incluidos locales diplomáticos y consulares. Esta legislación desdeñaba las obligaciones internacionales de Estados Unidos según normas consuetudinarias codificadas por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961, art. 45). El bochorno, se añadía a la infracción, teniendo en cuenta que con base en estas normas Estados Unidos había obtenido de la Corte Internacional de Justicia (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1980) una sentencia que condenó, precisamente a Irán. Se trataba, además, de una política legislativa contraproducente para los intereses de Estados Unidos, el país con un mayor despliegue diplomático y consular sobre la Tierra, en la medida en que podía volverse contra la inmunidad de sus propias misiones y oficinas en el extranjero. De ahí que el Presidente Clinton utilizara de inmediato la facultad de suspensión de aplicación de esta disposición que le había sido concedida. A cambio la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act* (2000) estableció un fondo de compensación para las víctimas estadounidenses del terrorismo internacional (v. par. 523).

C. LA MISIÓN DIPLOMÁTICA

429. *Naturaleza y funciones*

La Misión diplomática es un órgano periférico del Estado de carácter representativo, acreditado ante otro Estado con el fin primordial de asegurar relaciones permanentes entre ambos. La Misión asume funciones de representación, protección de intereses, negociación, información (por medios lícitos), fomento de las relaciones de amistad y de cooperación en todos los ámbitos; puede también asumir funciones consulares constituyendo a tal efecto una *sección consular* (CV 1961, art. 3; CV 1963, arts. 3 y 70).

La Misión debe tratar todos los asuntos oficiales con el Estado receptor por el *conducto reglamentario*, el Ministerio de Relaciones Exteriores, aunque es práctica habitual, como consecuencia de la multiplicación y diversificación de relaciones, que los miembros de la Misión se comuniquen directamente con otros Ministerios y autoridades, contando con el consentimiento expreso o tácito del de Relaciones Exteriores.

El personal de la Misión debe respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor; sobre todo no ha de *inmiscuirse en los asuntos internos del Estado receptor* (CV 1961, art. 41). Así, no debe participar activamente en actos electorales, movimientos o partidos políticos locales ni realizar declaraciones públicas sobre asuntos de la política interior o exterior del Estado receptor. En la práctica, sin embargo, la creación de movimientos y partidos que trascienden los límites de un Estado, la organización de los actos por fuerzas gubernamentales y la inclusión en el *círculo de los aliados y amigos* moderan las consecuencias de una injerencia puntual y hasta puede transformarla en una acción bienaventurada.

430. *Establecimiento y terminación*

Los Estados son titulares del *ius legationis*, derecho de legación *activa* —capacidad para establecer Misiones diplomáticas— y *pasiva* —capacidad para recibirlas. El ejercicio de este derecho se hace por acuerdo mediante el que se determina, además, el rango, número de miembros y apertura de oficinas (CV 1961, arts. 2, 11, 12 y 15).

La *acreditación múltiple* significa que un Estado acredita a una misma persona o Misión ante dos o más Estados o que dos o más Estados acreditan una misma persona o Misión ante el Estado receptor. En uno y otro caso se requiere la *no oposición* del Estado o Estados receptores. En cambio, el jefe de la Misión o cualquier agente diplomático puede representar al Estado ante una Organización internacional sin necesidad de contar con el consentimiento del Estado receptor (CV 1961, arts 5 y 6). El recurso a la acreditación de una misma persona o Misión ante más de un Estado (y OI) es muy frecuente en nuestros días. Por el contrario, resulta excepcional que dos o más Estados acrediten a una misma

persona o Misión ante otro Estado. Distinto es el caso en que —siempre con el consentimiento del Estado receptor (art. 46)— un Estado asume la representación de otro (v., por ej., el tratado de buena vecindad, amistad y cooperación entre España, Francia y Andorra, 1993, art. 6) (v. par. 153, 301).

La terminación de la Misión se produce, obviamente, por extinción del Estado acreditante o del receptor (piénsese, por ej. en la RD. Alemana, absorbida por la RF. de Alemania). Pero también puede ser consecuencia de una decisión unilateral tomada como consecuencia de un conflicto armado (v. par. 233), una situación de máxima tensión, la recomendación de una Organización internacional o, simplemente, por estimarse que la baja intensidad de relaciones no justifica los costes de su mantenimiento.

La Convención de Viena (1961) dispone que en caso de terminación de la Misión el Estado receptor está obligado a respetar y proteger, en toda circunstancia, sus locales, bienes y archivos. Por otra parte, cabe que todos ellos queden a cargo del personal de la sección consular —si la tuviera— o de una Oficina consular (v. par. 437), si estas relaciones se mantienen. En último término, también se puede confiar la custodia, así como la protección de los intereses del Estado acreditante y de sus nacionales, a un tercer Estado que sea aceptable para el Estado receptor (art. 45).

La ruptura de relaciones diplomáticas como medida de retorsión (v. par. 332) es siempre lícita, aunque se considere inamistosa en grado sumo cuando se engarza en un proceso de deterioro de las relaciones bilaterales, inducido o no por una Organización internacional. De ahí que antes de llegar a ella los gobiernos se inclinen por otros medios dentro del mismo campo diplomático, como la retirada del Embajador (recomendada en 1946 por la Asamblea General de NU, res. 39-I, en relación con la España de Franco), la llamada del mismo a consultas (como hizo Marruecos en 2001 con su embajador en Madrid) o la reducción del personal, más fácilmente reversibles. Así, mientras Estados Unidos intervenía violentamente en Nicaragua durante las presidencias de Ronald Reagan y Georges Bush mantenía abierta en Managua su Misión (trufada de *espías*).

431. Miembros de la Misión

La Misión diplomática cuenta con tres categorías de personal: *diplomático*, *administrativo y técnico* y *de servicio*. Al frente de todos ellos se encuentra el *jefe de la Misión*, él mismo un agente diplomático.

1) El nombramiento del Jefe de Misión es discrecional, pero debe obtenerse antes el *plácet* o asentimiento del Estado receptor, que puede negarlo sin tener que expresar los motivos (CV 1961, art. 4). El jefe de Misión asume sus funciones tras presentar sus *cartas credenciales* ante el Jefe del Estado —el Ministro de Relaciones Exteriores si se trata de un *encargado de negocios*— del Estado receptor o tras comunicar su llegada y presentar *copia de estilo* de sus cartas credenciales en el Ministerio de Relaciones Exteriores (art. 13). Vacante la jefa-

tura de Misión o ausente su titular un *encargado de negocios ad interim* actúe provisionalmente como tal (art. 19.1)

2) Son miembros del *personal diplomático* todas las personas acreditadas como tales, independientemente de su condición de diplomáticos *de carrera* (figura que no existe en todos los países). De hecho, en una Misión, junto a los puestos *puramente diplomáticos* (ministro, ministro consejero, consejero y secretario), existen puestos de *agregados* (comercial, de defensa, cultural, laboral, de cooperación) que suelen ocupar funcionarios procedentes de distintos Ministerios o personal contratado. Los agentes diplomáticos no pueden realizar en el Estado receptor ninguna actividad profesional o comercial en provecho propio.

El Estado acreditante puede nombrar libremente al personal diplomático, bastando con la notificación del nombramiento al Estado receptor, a menos que: 1) se trate de agregados militares; ó 2) ostenten la nacionalidad del Estado receptor (o la de un tercer Estado), en cuyo caso ha de contarse con la aprobación del Estado receptor (arts. 7, 8 y 10.1a).

3) Los miembros del *personal administrativo y técnico*, encabezados por el *canciller*, y el *personal de servicio* (doméstico) son nombrados libremente por el Estado acreditante, incluso entre nacionales o residentes del Estado receptor, debiendo sólo notificarlo a éste.

El Estado receptor puede declarar en cualquier momento y sin necesidad de motivación persona *non grata* al Jefe de Misión o cualquier miembro del personal diplomático, o que cualquier otro miembro de la Misión no es *aceptable*, antes incluso de su llegada (art. 9.1). El Estado acreditante debe entonces retirar a esa persona o poner término a sus funciones. De no hacerlo en el plazo marcado por el receptor, podrá éste negarse a reconocerlo como miembro de la Misión (art. 9.2).

432. Inmunidades y privilegios de la Misión

El ejercicio de las funciones diplomáticas exige el reconocimiento de ciertos privilegios e inmunidades en favor de la Misión diplomática. La Convención de Viena (1961) las ha codificado en lo esencial, precisando su contenido y alcance y favoreciendo así su aplicación uniforme. Privilegios e inmunidades se justificaron antaño en la ficción de *extraterritorialidad* de la Misión, una explicación atribuida a Hugo Grocio (s. XVII) que aún invocaba el Tribunal Supremo español en sentencia de 25 de octubre de 1989 y que, gracias a su plasticidad, sigue gozando de aceptación mediática a pesar de que carece de fundamento. Privilegios e inmunidades existen a fin de permitir a la Misión ejercer libremente sus funciones.

¿Cuáles son esos privilegios e inmunidades?:

1) *Inmunidad de jurisdicción*. La Misión diplomática goza de inmunidad de jurisdicción en tanto que órgano de un Estado extranjero (v. par. 424).

2) *Inviolabilidad de los locales (incluida la residencia del jefe de misión), archivos y documentos* (arts. 22 y 24). La inviolabilidad de los locales se extiende a su mobiliario, medios de transporte y cualesquiera otros bienes que allí se encuentren. De ella se deduce una triple obligación para el Estado receptor: *i)* sus agentes no pueden penetrar en los locales a menos que lo autorice el jefe de misión; *ii)* no cabe registro, requisa, embargo ni ninguna clase de medida coercitiva (v. par. 426, 427); *iii)* ha de brindarles una *protección especial*. El derecho del Estado acreditante a *colocar la bandera y el escudo* en locales y medios de transporte (art. 20) facilita, en su caso, la identificación de bienes que se benefician de la inviolabilidad. A su vez, los locales de la Misión no deben ser utilizados de manera incompatible con sus funciones.

En la práctica no faltan, sin embargo, los incidentes que ponen a prueba este principio. Considérese, por ejemplo, la demanda de Honduras contra Brasil ante la Corte Internacional de Justicia (*Ciertas cuestiones en materia de relaciones diplomáticas*, 2009), luego retirada, por “permitir el uso de los locales de su misión en Tegucigalpa para favorecer actividades claramente ilegales de ciudadanos hondureños alojados den ellos desde hace algún tiempo..., lo que constituía una injerencia en los asuntos internos de Honduras”. Los ciudadanos a los que se refería el gobierno demandante, resultante de un *cuartelazo* bendecido por los poderes legislativo y judicial, eran, ni más ni menos, que el Presidente constitucional derrocado, Zelaya, y miembros de su equipo... (v. par. 468).

Por otro lado, la Misión constituye un símbolo del Estado acreditante y, por ello, un objetivo idóneo para localizar las protestas contra la política de dicho Estado (sobre todo en los casos de conflictos con el Estado receptor) o para llamar la atención de la opinión pública sobre problemas domésticos. Recuérdese la ocupación de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán por *estudiantes* revolucionarios en 1979 y la retención como rehenes de parte del personal. Estos hechos dieron lugar a la condena de Irán por la Corte Internacional de Justicia (*Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1980) por no haber adoptado las medidas apropiadas a fin de proteger los locales, el personal y los archivos de la Misión de Estados Unidos. y por haber dado su aprobación oficial a la situación creada (v. par. 299). En el asunto de las *Actividades armadas en el Congo*, (RD. del Congo c. Uganda, 2005) la Corte declaró que la RD. del Congo había violado el artículo 22 (y 29) de la Convención de Viena (1961) cuando sus fuerzas armadas atacaron los locales de la embajada ugandesa (en 1998), confiscando bienes e infligiendo malos tratos al personal diplomático y a otros ugandeses presentes en los locales, y se refirió a la falta de una protección eficaz, resultado de lo cual había sido la desaparición de bienes y archivos.

Por lo que se refiere a España, cabe recordar el asalto de los locales de la Misión, el Consulado general y la residencia del embajador en Lisboa en 1975, una vez que los efectivos que debían protegerlos decidieron en asamblea no hacerlo, así como, en 1980, la entrada de la policía en los locales de la Misión española en Guatemala sin autorización del Jefe de Misión, produciendo varias muertes.

3) *Libertad e inviolabilidad de las comunicaciones.* La correspondencia oficial de la Misión es inviolable (art. 27) y los países de tránsito deben concederle la misma protección que el Estado receptor (art. 40.3). A tal fin la *valija*, acompañada o no de un *correo*, constituye uno de los medios más importantes. La *valija*, que sólo puede contener documentos u objetos de uso oficial, no puede ser abierta ni retenida, debiendo los bultos que la compongan ir provistos de signos exteriores identificativos. El *correo diplomático* que, en su caso, la acompañe debe llevar consigo un documento que acredite su condición y el número de bultos que integran la *valija*, está protegido por el Estado receptor y goza de inviolabilidad personal mientras desempeña su función. También cabe confiar la *valija* al comandante de una aeronave comercial —o de un buque—, quien no adquiere por ello la condición de correo.

Notorios abusos en la utilización de la *valija* y por los *correos* (en tráfico de drogas, de armas y de divisas) y numerosas conflictos sobre el tamaño permisible de la *valija*, los posibles medios de control del Estado receptor (como el sometimiento a medios de inspección electrónica) y los límites de la inmunidad del *correo*, indujeron la preparación de reglas adicionales por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) que se han quedado en proyecto (1989), al no ofrecer solución o ser insuficiente la propuesta a los problemas más delicados. Entendemos, en todo caso, que el Estado receptor puede rechazar la *valija* si alberga una seria sospecha sobre la regularidad de su contenido.

4) *Libertad de circulación.* El Estado receptor debe garantizar a todos los miembros de la Misión la libertad de circulación y de tránsito por su territorio, sin perjuicio de las leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional (art. 26). En la práctica el Estado receptor, amparándose en esta excepción, restringe con frecuencia la libertad de circulación de los miembros de las Misiones de ciertos Estados, por razones políticas o como medida preventiva para evitar abusos (espionaje, terrorismo). Las restricciones consisten en supeditar cualquier desplazamiento a la concesión de un permiso o en limitar el área de desplazamientos. Estas medidas no parecen sin embargo conformes con la Convención, al menos cuando no se adoptan como reacción a abusos previos y/o se aplican discriminatoriamente.

5) *Privilegios fiscales y aduaneros.* El Estado acreditante está exento de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales sobre los locales de la Misión, y los bienes importados para uso oficial lo están de derechos de aduana, a menos que constituyan el pago de servicios prestados (art. 23, 36.1). Los derechos y aranceles que perciba la Misión por actos oficiales están igualmente exentos de todo impuesto o gravamen (art. 28).

La Convención prohíbe toda discriminación en la aplicación de sus disposiciones (art. 47). Ahora bien, no considera discriminatorio que a *título de reciprocidad* el Estado receptor haga una aplicación restrictiva a un Estado —cuando del tenor de la propia Convención tal aplicación restrictiva sea posible (por ej., en materia de franquicias aduaneras)— o que, al contrario, le otorgue un trato

más favorable. Debe no obstante quedar claro que el Estado receptor no puede condicionar el reconocimiento mismo de un privilegio o inmunidad a la reciprocidad, pues las obligaciones que en esta materia pesan sobre él no son recíprocas o interdependientes, sino *absolutas* o *incondicionales* (v. par. 146, 266). No sólo eso. Debemos resaltar el carácter imperativo del *núcleo* de las normas internacionales sobre privilegios e inmunidades (CIJ, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1979, 1980; *Actividades armadas en el Congo*, RD. del Congo c. Uganda, 2005).

433. El asilo diplomático

La inviolabilidad de los locales de la Misión ha generado la aparición de la institución del *asilo diplomático*, consistente en la protección que un Estado otorga a perseguidos por motivos políticos, acogéndolos en dichos locales y solicitando —exigiendo— un salvoconducto al Estado receptor para que el asilado pueda abandonar el país. Como observó la Corte Internacional de Justicia, “la decisión de otorgar el asilo diplomático comporta una derogación a la soberanía de este Estado que sustrae al delincuente a la justicia de dicho Estado y constituye una intervención en un ámbito de la competencia exclusiva del Estado territorial” (*Derecho de asilo*, 1950).

El asilo diplomático conserva su vigencia únicamente como costumbre regional (v. par. 137) en el ámbito latinoamericano, donde es objeto de regulación en diversos tratados. Particular mención merece la Convención de Caracas (1954), conforme a la cual el asilo: 1) se configura como un *derecho del Estado* al que se solicita; 2) sólo puede concederse a *personas perseguidas por razones políticas* y no a delincuentes comunes (art. 3); 3) sólo cabe en *situaciones de urgencia* (un riesgo de linchamiento, de ajuste de cuentas, de detención ilegal) —apreciación que corresponde al Estado al que se solicita— y por el tiempo indispensable para permitir al asilado salir del país (art. 5); 4) Se otorga normalmente en los locales de la Misión incluidos, no sólo la residencia del jefe de la Misión, sino también los locales habilitados al efecto cuando el número de asilados lo requiera (art. 1). La práctica contempla también casos de asilo concedido en buques de guerra, campamentos o áreas militares y aeronaves militares —no en cambio en los locales de la Oficina consular— y así se recoge en la Convención; y, 5) otorgado el asilo, el Estado que lo concede deberá comunicarlo al Estado receptor solicitando el correspondiente salvoconducto para que el asilado puede abandonar el país con las garantías necesarias para su vida, libertad e integridad.

Debe quedar claro que nada impide que el Estado territorial tome medidas para impedir el acceso de solicitantes de asilo a los locales o medios en que puede hacerse efectivo. También ha de señalarse la dificultad de trazar la línea entre delito común y político. Cuando el dirigente del APRA peruano, Haya de la Torre, acusado de instigar un golpe militar, se asiló en la embajada de Colombia en Lima, Perú lo calificó de delincuente común y se negó a librarle un salvo-

conducto (CIJ, *Derecho de asilo*, 1950). Una circunstancia así puede dar lugar en la práctica a largas permanencias del asilado en el lugar de acogida (por ej., Hector J. Cámpora, ex presidente argentino, estuvo tres años y siete meses en la embajada de México en Buenos Aires). Ante esta situación, la Convención de Caracas impone al Estado territorial la obligación de entregar el salvoconducto siempre que el Estado al que se solicita el asilo califique como político el delito atribuido al solicitante (art. 12). Pero esta solución no puede considerarse como la expresión de una norma consuetudinaria, por lo que sólo es exigible a las partes en la Convención (aún no lo son, entre los latinoamericanos, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Honduras y Nicaragua).

En la práctica se han producido abusos. En unos casos por la extensión del asilo a delitos comunes cometidos por políticos y funcionarios (torturas, enriquecimiento ilícito...); en otros, por el recurso al asilo de potenciales emigrantes que, desesperados ante la parvedad de concesión de visados y a veces manipulados por servicios de inteligencia encantados de crear problemas y perjudicar la imagen de la autoridad local (Cuba por ej.), han ocupado masivamente locales diplomáticos.

El elemento característico del Asilo diplomático se encuentra precisamente en la obligación del Estado territorial de permitir la salida del país del asilado, pues no cabe el desalojo por las autoridades locales en ninguna Misión diplomática del mundo de las personas que encuentren amparo en ellas, a no ser que medie el consentimiento de su jefe. Recuérdese que, en los años cincuenta, el cardenal Mindszenty, primado de Hungría, pasó un largo tiempo en la sede la embajada de Estados Unidos en Budapest. También en la guerra civil española (1936-1939) fueron numerosos los casos de perseguidos políticos que buscaron refugio en embajadas y otras instalaciones que gozaban de inviolabilidad. El gobierno republicano concedió salvoconductos por razones humanitarias, sin reconocer en ello la aplicación de la institución del asilo diplomático.

CI. NUEVAS FORMAS DE LA DIPLOMACIA

434. *Diplomacia tradicional y diplomacia ambulante*

Durante siglos la Misión diplomática ha ocupado un lugar privilegiado en la conducción de las relaciones internacionales. Varias circunstancias lo favorecerían, entre ellas la escasez, lentitud y poca fiabilidad de los medios de comunicación, que obligaba al diplomático a hacer gala de una amplia iniciativa y limitaba las posibilidades de las negociaciones directas Gobierno a Gobierno. Hoy la posición de la diplomacia *tradicional* ya no es tan ventajosa. Nuevas circunstancias han traído nuevas formas de diplomacia.

Una de ellas ha sido el desarrollo de las Organizaciones Internacionales, con la creación de misiones permanentes de los Estados ante ellas (y de misiones

de las propias Organizaciones ante Estados y otras OI). Por otro lado, el salto espectacular de los medios de comunicación ha aumentado las posibilidades de participación directa de los órganos centrales en la acción exterior —por ejemplo, Conferencias en *la cumbre*— y la aparición de una diplomacia *ambulante* (y hasta *cibernética*) La atención prestada a la política exterior por los *mass media* y la sensibilidad manifestada por la opinión pública en relación con sus problemas más llamativos ha estimulado este rumbo. La multiplicación y carácter cada vez más concreto de los *objetivos* de la *acción exterior* y la imposibilidad de su asunción por la diplomacia tradicional no podía satisfacerse sólo ensanchando las Misiones diplomáticas o creando Oficinas sectoriales (comercio, turismo...). Las *misiones especiales* en las relaciones interestatales y las *delegaciones* ante órganos de una Organización o una Conferencia Internacional son expresión de una diplomacia *ad hoc*, representativa, temporal, específica.

Las nuevas formas de diplomacia no han venido, sin embargo, a *echar* a la diplomacia *tradicional*. Ésta, por el contrario, ha de prestarles un gran servicio, preparando y apoyando humana y logísticamente su trabajo, gracias a su permanencia y conocimiento del medio.

435. Las Misiones permanentes ante Organizaciones internacionales

La Misión permanente presenta numerosos elementos en común con la Misión diplomática, lo que explica que le sea extensible en buena parte su estatuto. No obstante, la Misión permanente presenta elementos diferenciales que no permiten una extensión completa y automática, entre ellos la *relación triangular* en que se asienta —en la que participan el Estado que envía, la Organización Internacional y el Estado de sede o *anfitrión*— y la falta de uniformidad de las reglas internas de las distintas Organizaciones. El *Convenio de Viena sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal* (1975) les dedica su Parte II. Treinta y cinco años después, a 1 de septiembre de 2010, aún no ha entrado en vigor, a falta del trigésimo quinto contratante requerido para ello (art. 89). Su efectividad está comprometida porque el carácter codificador de sus disposiciones es más que dudoso y los Estados anfitriones más conspicuos le han dado la espalda, reivindicando para sí una mayor discrecionalidad. De ahí la especial importancia de los acuerdos *de sede*. España, pese a no haber manifestado el consentimiento al Convenio, ha asumido lo esencial de su regulación (RD. 632/1987, arts. 16-19).

El establecimiento de una Misión permanente se funda en las *reglas de la Organización*; si lo permiten, no está supeditado al consentimiento de la Organización ni tampoco del Estado *anfitrión*, tal y como se refleja en los acuerdos de sede (CV 1975, art. 5). A este respecto cabe recordar el intento del Gobierno de los Estados Unidos (1988) de cerrar la Misión de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) ante Naciones Unidas —fundándose en la *Antiterrorist Act* (1987)— que derivó en la solicitud de una opinión consultiva a la Corte In-

ternacional de Justicia (*Aplicabilidad del Acuerdo de sede de NU*, 1988). Meses más tarde el Tribunal de Distrito de Nueva York dictó sentencia denegando al Gobierno norteamericano la autorización judicial para proceder al cierre de la Misión por entender que vulneraba el Acuerdo de sede.

La Misión puede ser independiente —caso habitual de las Misiones permanentes establecidas ante las Naciones Unidas en Nueva York o Ginebra— o formar parte de la Misión diplomática acreditada ante el Estado anfitrión (CV 1961, art. 5.3; CV 1975, art. 8). La inexistencia o ruptura de relaciones diplomáticas no afecta al establecimiento ni al estatuto de una Misión permanente. Asimismo, el establecimiento de una Misión permanente no entraña por sí solo el reconocimiento del Estado que envía por el Estado anfitrión, ni viceversa (CV 1975, art. 82) (v. par. 25).

El nombramiento de los miembros de la Misión se realiza libremente por el Estado que envía, bastando respecto del jefe de Misión la transmisión de las correspondientes credenciales a la Organización (CV 1975, arts. 9 y 10). Sin embargo, algunos acuerdos de sede contienen disposiciones particulares. Así, el acuerdo de sede entre Estados Unidos y Naciones Unidas (1947) exige el *placet* tanto del Secretario General de la Organización como del Estado anfitrión. Rige aquí también la exigencia de que el jefe de Misión y su personal diplomático ostenten en principio la nacionalidad del Estado que envía (art 73).

Sobre el número de los miembros de la Misión el Convenio de Viena (1975) dispone únicamente que no excederá de lo que sea razonable y normal habida cuenta de las funciones de la Organización, las necesidades de la Misión y las circunstancias y condiciones del Estado anfitrión (art. 14). Consecuentemente, para la resolución de cualquier diferencia habrá de contarse tanto con el Estado que envía, como con el Estado anfitrión y la Organización.

El Convenio no prevé el juego de la institución de la *persona non grata* o *no acceptable*. Pero de sus reglas (arts. 77.2 y 4) cabe deducir que el Estado anfitrión goza de ese derecho, si bien supeditado a consultas previas con el Estado que envía (para evitar que la medida perturbe el normal funcionamiento de la misión) y la debida motivación (infracción grave y manifiesta de las leyes penales, injerencia grave y manifiesta en asuntos internos o necesaria protección del Estado). En todo caso, algunos acuerdos de sede reconocen al Estado anfitrión la facultad de declarar *persona non grata* a los miembros de las Misiones permanentes. Así, los acuerdos de sede de Estados Unidos con Naciones Unidas —que remite a las normas internacionales aplicables a los miembros de las Misiones diplomáticas, aunque exigiendo la celebración en cada caso de consultas con el Estado que envía y el Secretario General de la Organización— y con la Organización de Estados Americanos (OEA) (1975), que permite al Estado anfitrión expulsar de su territorio a los miembros de las Misiones permanentes que abusen de sus privilegios e inmunidades.

Por lo que se refiere a privilegios e inmunidades el Convenio procede, en términos generales, a extender en su favor los que corresponden a las Misiones di-

plomáticas. Esta asimilación debe acogerse, sin embargo, con cautela, debido a la contestación de que es objeto por los Estados anfitriones más caracterizados. En todo caso, éstos parecen más asequibles a la asimilación cuando es consecuencia, no de una pretendida norma consuetudinaria, sino de su consentimiento en los correspondientes acuerdos de sede. En este sentido cabe citar, una vez más, el acuerdo de sede entre Estados Unidos y Naciones Unidas.

436. *Las Misiones especiales*

Al hablar de *misión especial* nos referimos, con palabras del Convenio que las toma como objeto (1969), a «una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado» (CV 1969, arts. 1.a y 2).

La *misión especial* puede ser unipersonal (*enviado especial*) o colegiada, compitiendo al Estado que la envía decidir su composición y el nombramiento de sus componentes (arts. 8 y 9), sometidos al *placet* del receptor que, además, se reserva la facultad de considerar a uno de sus componentes persona *non grata* o *no aceptable* sin necesidad de explicar los motivos (art. 12).

Las *funciones* de la *misión especial* vendrán establecidas por acuerdo entre el Estado que la envía y el receptor (art. 3), operando con independencia de que existan o no relaciones diplomáticas o consulares (arts. 7 y 20). La *aceptación* de la misión impone al receptor una serie de *obligaciones* que, en algunos casos, no son más que consecuencia del estatuto privilegiado reconocido a sus miembros (v. par. 447) a fin de garantizar el desempeño eficaz de sus tareas.

España, parte en el Convenio desde 2001, ya había asumido los elementos esenciales de su regulación en el RD. 632/1987. La creación de una *misión especial* compete al Gobierno a iniciativa del Ministro de Asuntos Exteriores y a propuesta del Ministro encargado de la Administración Pública (art. 11)

Una especie de *misiones especiales* son las *delegaciones* enviadas por los Estados a las sesiones de órganos de una Organización o a una Conferencia internacional, objeto de regulación en el Convenio de 1975 (arts. 42-72), que se inspira en el de 1969.

Los privilegios e inmunidades reconocidos a *misiones especiales* y *delegaciones* son idénticos a los de las misiones diplomáticas (CV 1969, arts. 19, 25-28).

CII. LA OFICINA CONSULAR

437. *Naturaleza y funciones*

La Oficina consular es un órgano periférico del Estado encargado esencialmente de ejercer en el exterior, en el marco de las reglas establecidas al efecto

por el Derecho Internacional, las funciones que corresponden a la Administración pública, tanto en relación con las autoridades de otro Estado o sus nacionales como respecto de los propios nacionales.

Se cuenta con un tupido entramado de tratados bilaterales consulares —y de tratados de paz, comercio y navegación con disposiciones consulares—, que continúa creciendo en nuestros días, de similares contenidos. La labor codificadora y de desarrollo progresivo en un plano universal resultó en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, que ofrece una relación detallada de las funciones que puede ejercer la Oficina consular. Dicha relación no es, sin embargo, exhaustiva; el propio texto de la Convención precisa que la Oficina puede ejercer otras funciones dispuestas en los tratados consulares vigentes y cualesquiera otras que le confíe el Estado que envía, siempre que el Estado receptor no se oponga (en su caso por estar prohibidas por sus leyes o reglamentos, art. 5.m).

La Oficina consular comparte con la Misión diplomática el ejercicio de algunas funciones de carácter general, como proteger los intereses del Estado, fomentar las relaciones amistosas y la cooperación comercial, económica, cultural y científica, o informar al gobierno propio y a todas las personas interesadas acerca de la situación local en estos mismos sectores (art. 5. a-c). La atribución de estas funciones se explica por los orígenes históricos de la institución, más remotos que los de la Misión diplomática, y cobran una especial significación cuando no existen relaciones diplomáticas (art. 17.1). Piénsese, por ejemplo, en Bolivia y Chile, representados en las respectivas capitales por Cónsules Generales, no por Embajadores. Cuando estas relaciones existen la Oficina ejerce estas funciones en estrecha coordinación con la Misión, dentro de su circunscripción —que no abarca normalmente el conjunto del territorio del Estado receptor— y teniendo como interlocutor, a diferencia de la Misión, a las autoridades locales.

Dicho esto, las funciones más características de la Oficina consular son, aparte la *protección y asistencia de nacionales*, ya considerada en otro lugar (v. par. 355), las siguientes (art. 5): 1) de *carácter administrativo*: extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado, legalización de firmas, visado de documentos, traducciones oficiales, expedición de certificados (para clases pasivas, de vida, de residencia), tramitación de la inscripción en el censo electoral de residentes en el extranjero... También actúan como órganos de la Administración militar y desempeñan funciones aduaneras y de policía sanitaria; 2) de *carácter registral y notarial* (que incluyen la celebración del *matrimonio consular*, si lo permiten las leyes del Estado receptor); 3) de *jurisdicción voluntaria*, basada en el derecho reconocido a los extranjeros de regirse por su ley personal. La Convención se refiere específicamente a la facultad de velar por los intereses de los nacionales en los casos de sucesiones *mortis causa*, así como de los menores y otros nacionales que carezcan de plena capacidad, en particular cuando se requiera para ellos una tutela o curatela, atendiendo

a lo que dispongan las leyes del Estado que envía y los tratados y dentro de los límites dispuestos por las leyes del Estado receptor; 4) de *cooperación judicial*: comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias...; y 5) de *navegación*.

La institución consular ha desempeñado desde sus orígenes un importante papel en el tráfico marítimo. Corresponde a la Oficina consular: a) el control e inspección de los buques y aeronaves del Estado y de sus tripulaciones; y b) prestarles ayuda, recibir declaración sobre sus viajes, examinar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las competencias del Estado receptor, realizar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán y la tripulación, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado receptor (art. 5*l*). Por otra parte, dispone la Convención la obligación de informar sin demora a la Oficina consular más próxima cuando un buque de su nacionalidad naufrague o encalle en el mar territorial o en las aguas interiores del Estado receptor, o cuando un avión matriculado en aquel Estado sufra un accidente en el territorio del Estado receptor (art. 37*e*).

Para facilitar el ejercicio de sus funciones, las Oficinas consulares suelen contar con un *Registro de matrícula* de nacionales.

La actuación de las Oficinas está sometida a varios límites: no injerencia en los asuntos internos, respeto por los miembros de la Oficina de las leyes y reglamentos del Estado receptor y no utilización de los locales de la Oficina de forma incompatible con el ejercicio de las funciones consulares (CV 1963, art. 55).

438. *Establecimiento y terminación*

Cabe establecer relaciones consulares sin relaciones diplomáticas, pero se presume que el consentimiento otorgado para el establecimiento de relaciones diplomáticas implica consentimiento para el establecimiento de relaciones consulares (CV 1963, arts. 2.1 y 2, y 4.1). Para concretarlo se requiere en todo caso un acuerdo que determine el número de Oficinas que pueden establecerse, la clase, circunscripción y sede de cada una de ellas, el número de sus miembros y la apertura de dependencias fuera de su sede. Todo ello plasma con frecuencia en un tratado consular (CV 1963, arts. 2.1-2 y 4.1-3).

La legislación interna del Estado que envía suele graduar las funciones de la Oficina en atención a su clase. Los *Consulados generales* y los *Consulados* son, por regla general, Oficinas consulares *independientes*, en tanto que los *Viceconsulados* y *Agencias consulares* dependen normalmente de los Consulados generales y de los Consulados. (España, por ej., cuenta en la actualidad con más de setenta Consulados generales).

Debe asimismo distinguirse entre las Oficinas consulares servidas por *funcionarios consulares de carrera* (también llamados *missi*) y por *funcionarios consulares honorarios* (o *electi*).

Cada Oficina consular tiene su propia sede y *circunscripción*, entendiéndose por tal el territorio en el que ejerce sus funciones. Cada circunscripción consular tiene en principio carácter exclusivo. Esta regla conoce sin embargo dos excepciones: 1) en el caso de una Oficina *dependiente*, su circunscripción queda subsumida dentro de la circunscripción de la Oficina *superior*, y 2) en circunstancias especiales, y siempre que medie el consentimiento del Estado receptor, un funcionario consular pueda ejercer sus funciones fuera de su circunscripción (art. 6).

En cuanto al número de miembros de la Oficina consular, la Convención dispone que a falta de acuerdo entre el Estado que envía y el Estado receptor, este último puede exigir que se mantenga dentro de los límites que considere razonables y normales (art. 20).

La Convención también prevé la posibilidad de que una Oficina consular establecida en un Estado asuma el ejercicio de funciones consulares en otros Estados, que ejerza funciones consulares por cuenta de un tercer Estado o que dos o más Estados designen a la misma persona como funcionario consular (arts. 7, 8 y 18). En los dos primeros casos es necesario que se notifique al Estado o Estados receptores y que éstos *no se opongan*. En el tercero se requiere el consentimiento previo del Estado receptor. Por otra parte, el jefe de la Oficina o cualquier funcionario consular también puede actuar como representante de su Estado ante cualquier Organización Internacional, bastando a tal efecto la notificación al Estado receptor (art. 17.2).

La *terminación* de la Oficina consular puede ser consecuencia de la ruptura de relaciones consulares. La ruptura de relaciones diplomáticas, sin embargo, no la implica (CV 1963, art. 2.3). Pero la Oficina consular también puede clausurarse por otras causas. De hecho, la apertura y cierre de Oficinas consulares está a expensas de consideraciones presupuestarias, migratorias y comerciales que inspiran cambios en el medio plazo.

Con la terminación de la Oficina consular el Estado receptor queda obligado, aún en caso de conflicto armado, a respetar y proteger sus locales así como sus bienes y archivos. Por otra parte, si la terminación no es debida a la ruptura de relaciones consulares, el Estado puede encargar a otra Oficina consular —si la tuviere— la custodia de los locales, bienes y archivos y, con el consentimiento del Estado receptor, el ejercicio de las funciones consulares en la correspondiente circunscripción; de no tener otra Oficina consular pero sí Misión diplomática, corresponderá a ésta dicha custodia, así como el ejercicio de las funciones consulares. En último término, siempre puede confiarse la custodia de los locales, bienes y archivos, así como la protección de intereses y los de sus nacionales, a un tercer Estado que resulte aceptable para el Estado receptor (CV 1963, art. 27).

439. *Miembros de la Oficina*

La Oficina consular cuenta con tres categorías de personal —los *funcionarios consulares*, los *empleados consulares* y el *personal de servicio*— a cuyo frente se encuentra el jefe de la Oficina.

1) La Convención de 1963 enumera cuatro categorías de *jefes de Oficina* (cónsul general, cónsul, vicedcónsul y agente consular), que, a su vez, pueden ser funcionarios consulares *de carrera* u *honorarios*. Estas diferencias inciden, obviamente, tanto en sus poderes y funciones como en sus privilegios e inmunidades. Su nombramiento y cese se realiza en términos análogos a los de un Jefe de Misión. La autorización preceptiva del receptor se denomina *exequatur* y se concede tras la recepción —por conducto diplomático u otra vía adecuada— de la *carta patente* u otro instrumento similar; cabe también, si el Estado receptor lo acepta, una simple notificación del nombramiento (arts. 10-12).

2) Asimismo, el nombramiento y revocación de los *funcionarios consulares*, *empleados consulares* y *personal de servicio* sigue las pautas del nombramiento y revocación del *personal diplomático*, *personal administrativo y técnico* y del *personal de servicio* respectivamente de la misión diplomática (arts. 19, 20, 22, 23, 57.1) (v. par. 431).

440. *Inmunidades y privilegios de la Oficina Consular*

El estatuto de la Oficina consular es más restringido que el de las Misiones diplomáticas. Su fundamento funcional se expresa con la máxima *ne impediatur officium*.

Las principales diferencias entre el estatuto de la Oficina Consular y el de la Misión diplomática son:

1) La *inviolabilidad de los locales* no se extiende a la residencia del jefe de la Oficina. Por otra parte, la Convención define el alcance de la inviolabilidad de forma más flexible, al disponer que las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en «la parte de los locales consulares que se utilicen exclusivamente para el trabajo de la Oficina consular», salvo consentimiento del jefe de la Oficina, de una persona que él designe o del jefe de la Misión diplomática, presumiéndose que el consentimiento ha sido dado en caso «de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección» (art. 31).

Cabe sin embargo entender que esta fórmula no se aparta en lo esencial de la adoptada por la Convención sobre relaciones diplomáticas; en particular, la presunción del consentimiento del jefe de la Misión en caso de incendio u otra calamidad podría considerarse implícita en el texto de la Convención de 1961 o, de no aceptarse esta opinión, admitirse la invocación de la fuerza mayor como causa de exclusión del ilícito (v. par. 310).

Además, la Convención admite la posible expropiación de los bienes de la Oficina consular por razones de defensa nacional o de utilidad pública, siempre que se adopten las medidas posibles para evitar que se perturbe el ejercicio de las funciones consulares y se pague una compensación.

En cuanto a las Oficinas dirigidas por *funcionarios consulares honorarios*, la Convención excluye sus locales del ámbito de aplicación del principio de inviolabilidad y, por lo que se refiere a sus archivos y documentos, la limita a aquellos que se encuentren separados de los documentos privados o profesionales del cónsul honorario.

2) La Convención de 1963 permite al Estado receptor solicitar la apertura de la *valija* consular si tiene razones fundadas para creer que contiene algo que no sean documentos oficiales u objetos de uso oficial, disponiendo que deberá ser devuelta a su lugar de origen en caso de que se rechace su petición.

CIII. INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS DE LOS AGENTES DEL ESTADO EXTRANJERO

441. Inmunidades y privilegios de los órganos centrales

Con el fin de garantizar el desempeño eficaz de sus funciones, el Derecho Internacional reconoce a los órganos centrales del Estado encargados de las relaciones exteriores ciertos *privilegios, e inmunidades* cuando quienes los encarnan se encuentran en el extranjero. Se trata, esencialmente, de la *inviolabilidad o imposibilidad de ser objeto de arresto o coerción sobre su persona, residencia, propiedades, equipaje y correspondencia y la inmunidad de jurisdicción o imposibilidad de ser juzgado por los tribunales de otro Estado*, inmunidad que es completa en materia penal; respecto de la civil, pese a las discrepancias doctrinales, prevalece la tesis de que la inmunidad existe cuando la persona actúa como órgano del Estado, *iure imperii*, pero no en sus actuaciones a título particular o privado. La medida en que la persecución de los *crímenes internacionales* ha hecho mella en la inmunidad penal (y en la responsabilidad civil asociada) será considerada más adelante (v. par. 606).

442. Inmunidades y privilegios de los miembros de la Misión Diplomática: un núcleo irreductible

Ya hemos mencionado el fundamento *funcional* de los privilegios e inmunidades diplomáticos. No se conceden en favor de la personas, sino para proveer a su independencia, sin intromisiones ni presiones, en el desempeño de sus funciones (*ne impediatur legatio*). Se explica así que se reconozca al Estado *acreditante* el derecho de renunciar a la inmunidad de jurisdicción de los miembros de la

Misión. La afirmación de este fundamento tiene una indudable relevancia a la hora de interpretar el alcance de las obligaciones del Estado receptor.

Debe resaltarse asimismo el carácter imperativo del núcleo esencial de las normas internacionales sobre privilegios e inmunidades (CIJ, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1979, 1980; *Actividades armadas en el territorio del Congo*, RD. del Congo c. Uganda, 2005). El Estado receptor no puede condicionar el reconocimiento mismo de un privilegio o inmunidad a la reciprocidad, pues las obligaciones que en esta materia pesan sobre el Estado receptor no son recíprocas o interdependientes, sino *absolutas o incondicionales* (v. par. 146, 266). Por eso mismo no cabe una aplicación discriminatoria de las normas esenciales (CV 1961, art. 47).

443. Privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos

La Convención de 1961 recoge los siguientes:

1) *Inviolabilidad personal*. La inviolabilidad personal comporta la obligación para las autoridades del Estado receptor de abstenerse de toda medida coercitiva —en particular medidas de arresto o detención— contra los agentes, que sólo pueden ser detenidos cuando son sorprendidos en flagrante delito (arts. 27.5, 29; CIJ, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*, 1980). La inviolabilidad personal trae aparejada la obligación del Estado receptor de adoptar todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra la persona, libertad o dignidad de las personas protegidas (art. 29). Esta obligación de especial protección viene reforzada por la *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas* de 1973.

2) *Inmunidad de jurisdicción*. La inmunidad de jurisdicción es consecuencia lógica de la inviolabilidad personal. Su alcance varía según los casos. Ya a partir de Hugo Grocio (s. XVII) se afirma la inviolabilidad penal absoluta de manera tajante e incondicional. En el ámbito civil, la inmunidad del patrimonio mobiliario del agente tiene el mismo *pedigree*. No opera en cambio la inmunidad cuando se trata de: *a*) acciones reales sobre bienes inmuebles radicados en el Estado receptor (a menos que los posean por cuenta del Estado para los fines de la Misión); a la luz de la práctica debe entenderse que esta excepción no comprende las acciones derivadas de un contrato de arrendamiento (TC, s. 140/1995); *b*) acciones sucesorias en las que el agente figure a título privado como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; *c*) acciones referentes a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente en el Estado receptor (arts. 31 y 37.1), siempre que el Estado receptor permita ejercer actividades que la Convención prohíbe en principio.

Debe quedar claro que la inmunidad de jurisdicción no implica en modo alguno exención de la obligación de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor, incluida en su caso la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros (art. 41.1). Esto último se debe sobre todo a los

problemas que plantean los accidentes de tráfico en que se encuentran implicados miembros de una Misión. Amén del impago de arrendamientos, hay tráficos más peligrosos (armas, estupefacientes, divisas, alcohol, tabaco) en que se advierte una utilización abusiva de privilegios e inmunidades. Se suele, además, caer en la tentación de conceder cobertura diplomática a agentes llamados a trabajos sucios, por ejemplo, de espionaje militar o industrial, o de desestabilización política o social. En estos casos sólo cabe solicitar del Estado acreditante el discreto traslado del funcionario, el levantamiento de la inmunidad de jurisdicción (art. 32) o una declaración del beneficiario como persona *non grata* o *no acceptable*, lo que comporta, como vimos, la obligación para el Estado de retirar a esa persona o de cesarle en sus funciones.

En cuanto a la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción no comporta renuncia a la inmunidad de ejecución. Consecuentemente, la ejecución de una sentencia penal podrá toparse con la inviolabilidad de la persona condenada o con la de su residencia, así como de los locales de la Misión, salvo renuncia a la misma por el Estado acreditante o levantamiento de la condición diplomática de la que se prevale el condenado.

Por otro lado, la inmunidad de jurisdicción de los miembros de la Misión en el Estado receptor no les exime de la jurisdicción del Estado acreditante (art. 31.4). En consecuencia, tanto sus autoridades como los particulares lesionados pueden promover allí acciones administrativas y judiciales. En este caso una declaración de incompetencia equivaldría a una *denegación de justicia* (v. par. 362, 363).

Por último, los agentes diplomáticos no están obligados a testificar en juicio (arts. 31.2).

3) *Inviolabilidad de su residencia*. La residencia del agente diplomático así como sus documentos y correspondencia, gozan de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la Misión. Dicha inviolabilidad se extiende igualmente a sus bienes, salvo en los casos en que no gozan de inmunidad de jurisdicción, si no sufre menoscabo la inviolabilidad de su persona y de su residencia (art. 30).

4) *Exención de prestaciones personales*. El Estado receptor debe eximir a los agentes de toda prestación personal, de todo servicio público y de toda carga militar (art. 35).

5) *Privilegios fiscales y aduaneros*. Los agentes diplomáticos están exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales, con una serie de excepciones (art. 34). En la práctica —y a salvo la aleatoria exención del IVA y de los impuestos especiales, reconocida por algunas legislaciones estatales a título de reciprocidad— el *privilegio fiscal* de los miembros de la Misión se limita a las rentas personales derivadas de su trabajo.

Asimismo, los agentes gozan de exención de todo derecho de aduana, impuesto o gravamen conexo (salvo gastos de almacenaje, acarreo y servicios análo-

gos) por la entrada de objetos destinados a su uso personal o de sus familiares, incluidos los efectos destinados a su instalación (art. 36.1). El Estado receptor puede modular el alcance de estos privilegios aduaneros —como ocurre con los de la Misión— a través de sus leyes y reglamentos, siempre que no los deje sin contenido. En este sentido, no parecen admisibles disposiciones que sometan al pago de una tasa a toda una categoría de bienes, como por ejemplo los productos alimenticios, las bebidas alcohólicas y el tabaco. También puede ampliar los privilegios, normalmente *a título de reciprocidad*.

Además, el agente diplomático está exento de la inspección de su equipaje personal, a menos que haya motivos fundados para sospechar que contiene objetos no cubiertos por la exención, o cuya importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor. En tal caso, la inspección sólo podrá realizarse en su presencia (art. 36.2). El Estado receptor goza sin embargo de un amplio margen de discrecionalidad para apreciar la existencia de *motivos fundados*.

6) Los agentes diplomáticos están exentos de las disposiciones sobre *Seguridad Social* del Estado receptor, si bien pueden acogerse voluntariamente a ellas, si éste lo permite (art. 33).

444. Circunstancias modificativas del estatuto diplomático: la categoría, la nacionalidad y la residencia, la relación familiar

Por lo que se refiere a la *categoría*, cabe señalar que el *personal administrativo y técnico* goza de los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos, con las siguientes salvedades: 1) la inmunidad de jurisdicción les alcanza sólo respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones; 2) la exención de derechos de aduana y gravámenes conexos se limita a los objetos importados al efectuar la primera instalación (art. 37.2). En cuanto al *personal de servicio*, goza de inviolabilidad personal, como los demás miembros de la Misión, y de inmunidad de jurisdicción por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, como el personal administrativo y técnico, está exento de impuestos y gravámenes sobre sus salarios y de las disposiciones sobre la Seguridad Social del Estado receptor (a la que pueden acogerse voluntariamente si éste lo permite) (art. 37.3).

Poseer la *nacionalidad* o la *residencia permanente* en el Estado receptor arruina el estatuto personal del miembro de una Misión. A los agentes diplomáticos se les restringe la inviolabilidad e inmunidad de jurisdicción a los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones. Los demás (personal administrativo y técnico y personal de servicio) quedan a merced de lo que disponga el Estado receptor, con la salvedad de que si ejerce su jurisdicción habrá de hacerlo de manera que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la Misión (art. 38).

Ser, en cambio, *familiar* de un miembro de una Misión (salvo el personal de servicio) permite gozar de su estatuto siempre, claro está, que no se sea nacional o residente permanente en el Estado receptor. La Convención (art. 37.1 y 2) se refiere a «los miembros de la familia que formen parte de su casa», acogiendo, pues, un criterio de dependencia muy amplio. A nuestro juicio el fundamento funcional de privilegios e inmunidades permite una interpretación restrictiva (cónyuge e hijos menores dependientes económicamente). Qué sea un cónyuge en nuestros días es ya otro cantar que habrá de despejarse con el juego de la ley personal y la noción de orden público del foro, aliado con consideraciones políticas e, incluso, comerciales.

445. Duración de inmunidades y privilegios

Privilegios e inmunidades se gozarán desde el momento en que el beneficiario penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo (art. 39.1); si ya estuviera en él habrá que esperar a que su nombramiento haya sido comunicado o haya asumido sus funciones. Privilegios e inmunidades cesan con la función y una vez que, en su caso, el interesado salga del país o expire el plazo (razonable) concedido para abandonarlo; no obstante, la inmunidad de jurisdicción respecto de los actos realizados en el ejercicio de funciones subsistirá indefinidamente (arts. 39.2). Además, la Convención regula las inmunidades y facilidades que debe conceder un tercer Estado cuyo territorio atraviesan los miembros de la Misión para ocupar su cargo o para regresar al Estado acreditante (art. 40).

446. Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones permanentes ante Organizaciones internacionales

Por lo que se refiere a los privilegios e inmunidades de los miembros de Misiones Permanentes la Convención de 1975 procede, en términos generales, a extender en su favor los que corresponden a los miembros de las Misiones diplomáticas. Esta asimilación debe acogerse, sin embargo, con cautela, debido a la contestación de que ha sido objeto por los Estados anfitriones más caracterizados. En todo caso, éstos parecen mejor dispuestos cuando la asimilación es consecuencia, no de una pretendida norma consuetudinaria, sino de su consentimiento en los acuerdos de sede. En este sentido cabe citar el acuerdo de sede entre Estados Unidos y las Naciones Unidas (1947).

447. Inmunidades y privilegios de los miembros de Misiones especiales y Delegaciones

El personal de *misiones especiales* y *delegaciones* goza de las inmunidades y privilegios reconocidos a los miembros de las Misiones diplomáticas, con las

matizaciones que requiera: 1) la presencia de personas internacionalmente protegidas a la cabeza de la Misión especial (CV 1969, art. 21); 2) la inmunidad de jurisdicción civil, más estricta en este caso al exceptuarse también los accidentes de circulación (art. 31); y 3) el alcance familiar que se da a estos privilegios, condicionado al hecho del acompañamiento (art. 39).

448. Inmunidades y privilegios de los miembros de la Oficina Consular

El estatuto de los miembros de la Oficina se diferencia del de los miembros de la Misión diplomática en los siguientes aspectos:

1) La *inviolabilidad personal* queda limitada a los funcionarios consulares de carrera que, por otra parte, pueden ser detenidos o sometidos a otra forma de limitación de su libertad cuando se les imputa un delito *grave* o cuando es firme una sentencia que les condena a pena privativa de libertad.

2) Todos los miembros de la Oficina ven reducida la *inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor* a los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, todos los miembros de la Oficina pueden ser llamados a comparecer en procedimientos judiciales o administrativos, si bien tratándose de un funcionario consular de carrera el Estado receptor no puede imponerle ninguna medida coactiva o sanción por negarse a ello. Ahora bien, ningún miembro de una Oficina está obligado a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales.

La Convención de 1963 excluye de privilegios e inmunidades a los empleados consulares y a los miembros del personal de servicio de la Oficina consular que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor, aun cuando no ostenten su nacionalidad ni tengan en él su residencia permanente.

PARTE SEXTA
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El arreglo pacífico de las controversias

CIV. CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

449. Noción

“Una controversia internacional es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre personas” (CPJI, *Mavrommatis*, 1924). Esta caracterización fija dos de los elementos *necesarios* de la noción: 1) el *objetivo*: la existencia de un conflicto de intereses, una oposición de tesis jurídicas sobre un punto de hecho o de derecho; y 2) el *subjetivo*: la presencia de partes identificadas, en nuestro caso sujetos de Derecho Internacional.

Elementos necesarios, sí, pero *no suficientes*. El desacuerdo, la oposición de puntos de vista e intereses, ha de exteriorizarse, manifestarse, en la conducta de las partes, dando así cuerpo a un tercer elemento de carácter *formal*. No basta con que una de las partes afirme la existencia de una controversia, hace falta demostrar que su pretensión se enfrenta con la oposición de la otra (CIJ, *Interpretación de los tratados de paz*, 1950; *Sudoeste Africano*, 1962).

La Corte Internacional de Justicia ha tenido oportunidad de detenerse en estos elementos cada vez que se ha alegado su inexistencia como excepción a la experimentación de métodos de arreglo convenidos de antemano (v. entre los asuntos más recientes, *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, 1994, 1995; *Timor oriental*, 1995); *Genocidio en Bosnia*, 1996; *Plataformas petrolíferas*, 2003; *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004; *Determinados bienes*, Liechtenstein c. Alemania, 2005; *Controversia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia, 2007).

450. Controversias y situaciones

Así definida, la controversia internacional se distancia de otra realidad conflictiva de contornos más vagos e imprecisos, que en general atiende al nombre de *situación* o *tensión*. A diferencia de la *controversia*, en la *situación de crisis*, *alarma* o *tensión*, el *objeto* de la discordia no es lo suficientemente preciso como para prestarse a pretensiones claras y las *partes* no están, al menos en un sentido técnico, perfectamente identificadas, configuradas con exactitud o, si lo están, no son todas ellas sujetos de Derecho Internacional. Es en el seno de las Organizaciones Internacionales de fines generales, centradas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, donde se presta especial atención, no sólo a las controversias, sino también a la variada expresión de

realidades conflictivas. Es por eso que la Carta de Naciones Unidas extiende su competencia en materia de arreglo pacífico (Capítulo VI) a “toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia” capaz de “poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (arts. 34, 35.1 y 36).

CV. PRINCIPIOS GENERALES

Dos principios generales inspiran la solución de las controversias en el Derecho Internacional contemporáneo: 1) la obligación de arreglo pacífico, y 2) la libre elección de medios.

451. La obligación de arreglo pacífico

Según las normas generales del Derecho Internacional clásico, los Estados eran libres para recurrir o no a métodos de arreglo pacífico. La alternativa era el recurso a la fuerza, absorbido en el concepto centripeto de la autoprotección o *autotutela* (v. par.330). Reveladoras de la atmósfera y de las concepciones imperantes a comienzos del siglo XX son las apelaciones hechas en las Convenciones adoptadas en la I y II Conferencias de la Paz de La Haya (1899 y 1907) a la prioridad de los medios pacíficos “en la medida de lo posible” y “en tanto las circunstancias lo permitan” (Convención sobre el arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1907, arts. 1, 2, 9 y 38).

Con el Pacto de la Sociedad de Naciones (1919) el arreglo pacífico de las controversias encontró un acomodo institucional al disponer (arts. 12-15) una doble vía, jurídica y política, caso de surgir un desacuerdo “capaz de provocar una ruptura”. Pero en tanto el Pacto no proscribía definitivamente el recurso a la guerra y aceptaba otras manifestaciones de fuerza armada, no podía hablarse todavía de una *obligación* de arreglo pacífico. Fue en 1928, con la firma en París del *Tratado general de renuncia a la guerra* (Pacto *Briand-Kellog*), cuando los Estados contratantes —que llegaron a ser sesenta en una sociedad de apenas setenta miembros— reconocieron que la solución de sus diferencias, *sea el que fuere su origen o naturaleza*, debía buscarse sólo por medios pacíficos (art. 2). Desafortunadamente, la prohibición de la guerra, huérfana de sanción, sucumbió bajo los escombros de la Segunda Guerra Mundial (v. par. 488).

La amarga experiencia acumulada durante las dos contiendas mundiales de la primera mitad del siglo XX avivó el sentimiento de que todo intento de construcción de las relaciones interestatales basado en la afirmación de la paz debía tener como piedra angular la proclamación universal de la obligación de arreglar las controversias por medios exclusivamente pacíficos. El artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas lo enuncia en los siguientes términos: “Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por

medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia". Esta aproximación *instrumental* se ve confirmada por la regulación de que es objeto el arreglo de controversias en el Capítulo VI de la Carta (v. par. 511).

La obligación de arreglo pacífico es hoy uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional, una norma general imperativa. La obligación ha sido reiterada en señeros tratados constitutivos de Organizaciones regionales de fines generales (como el Pacto de la Liga de Estados Árabes, 1945, art. 5; la Carta de la OEA, 1948, art. 3.i; o el Acta Constitutiva de la Unión Africana, 2001, art. 4. e, f; antes OUA, 1963, art. 3), así como en otros instrumentos (como el Acta Final de Helsinki de la CSCE, 1975, par. V del *Decálogo*). Sucesivas declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas la han reafirmado (en particular, la *Declaración sobre los Principios*, res. 2625-XXV, de 1970, y la llamada *Declaración de Manila*, res. 37/10, de 1982). La Corte Internacional de Justicia (*Nicaragua*, 1986) subrayó su indisoluble interacción con la abstención del uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

Hoy, pues, es imperativo solucionar las controversias por medios exclusivamente pacíficos. Esta obligación es el envés de la que prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4) (v. par. 489). Una no puede vivir sin la otra. Ambas han trascendido a la Carta y responden a principios del Derecho Internacional consuetudinario.

Ahora bien, ni estos principios ni la Carta de las Naciones Unidas imponen una *obligación de resultado*. Según el artículo 33 de la Carta las partes en una controversia *tratarán de buscarle solución* por medios pacíficos de su elección. La *Declaración sobre los Principios* apremia a los Estados a *procurar un arreglo pronto y justo* de sus controversias, a *abstenerse de toda medida que pueda agravar la situación* y, obligados como están al arreglo pacífico, insiste en la necesidad de seguir experimentándolos, uno tras otro, hasta que alguno prospere. La *Declaración de Manila*, tras compendiar los párrafos más felices de la declaración precedente, pone la guinda al expresar la actitud que han de asumir los Estados en el cumplimiento de esta obligación positiva: *comportarse de buena fe y con un espíritu de cooperación*.

Se trata entonces de una *obligación de comportamiento* cuyo incumplimiento constituirá un hecho ilícito generador de responsabilidad internacional (v. tema 13); pero una obligación *imperfecta* al fin, en la medida en que no ha cercenado la libertad tradicionalmente reconocida a los Estados en la elección de los medios de arreglo, ahora exclusivamente pacíficos. Podría así decirse que para las normas generales del Derecho Internacional contemporáneo sólo cabe una solución pacífica de las controversias, pero nada ni nadie garantiza su sometimiento a un medio determinado de arreglo sin el acuerdo de los Estados implicados. De ahí que se haya sostenido (J. Combacau y S. Sur) que, más que el *deber* de arreglo pacífico, lo que comporta la obligación impuesta por el Derecho Internacional general es la *prohibición* de solucionar las controversias por medios no

pacíficos, o dicho en otros términos, que el Derecho Internacional no exige que las controversias sean efectivamente arregladas, limitándose a prohibir que lo sean por otros medios.

452. *La libre elección de medios*

“Está perfectamente establecido que ningún Estado puede ser obligado a someter sus diferencias con otros Estados a la mediación, al arbitraje o a cualquier otro procedimiento de solución pacífica, sin su consentimiento” (CPJI, *Carelia Oriental*, 1923). Esta afirmación ha sido a menudo reiterada (CIJ, *Interpretación de los tratados de Paz*, 1950; *Ambatielos*, 1953...; últimamente, *Muro*, 2004)

Corolario de la soberanía e igualdad de los Estados (v. tema 3), el *principio de libre elección de medios* goza hoy de buena salud. Lo enuncia la *Declaración sobre los Principios* y lo recalca la *Declaración de Manila*. No deja de ser significativo que estas declaraciones insistan en que “el recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o la aceptación de tal procedimiento, con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerará incompatible con la igualdad soberana”. En el ámbito judicial el principio se proyecta en la severa apreciación que suele hacerse del consentimiento de la parte demandada a fin de apreciar la competencia de jueces y tribunales (v. par. 475).

La libre elección de medios entraña para las partes en una controversia la posibilidad de optar, en un catálogo inducido de la práctica, entre la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el arreglo judicial o el recurso a Organizaciones Internacionales. Al enumerar estos medios (salvo los buenos oficios) el artículo 33 de la Carta subraya el carácter no exhaustivo del listado, pues cierra la oración con la alusión a “otros medios pacíficos de su elección”. La *Declaración sobre los Principios* y la *Declaración de Manila* como máxima aspiración sugieren a las partes que convengan “en valerse de los medios que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia”.

Ahora bien, si ningún Estado puede ser sometido a un procedimiento de arreglo que no ha consentido, nada impide que ese consentimiento se dé por anticipado (*a priori*), en previsión de futuras controversias, predeterminando de ese modo la elección y, una vez nacida la controversia, haciendo obligatoria la experimentación del método así elegido en los términos en que se haya convenido. Se trata de una elemental aspiración del ordenamiento internacional que la *Declaración de Manila* explicita instando a los Estados a:

1) “Concertar entre ellos acuerdos sobre el arreglo pacífico de las controversias”.

Son los *Tratados generales de arreglo pacífico*, cuyo objeto consiste en convenir el sometimiento de todas o determinadas categorías de controversias a

los métodos allí definidos. Tratados de este tipo los hay multilaterales, de vocación universal (así, el Acta General para el arreglo pacífico de las controversias, 1928, revisada por la AGNU en 1949), de vocación regional (como el *Pacto de Bogotá*, 1948, en el ámbito interamericano, y la Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias, 1957), y bilaterales, concertados a cientos, sobre todo en el primer tercio del siglo pasado (v. par. 459).

2) “Incluir en los acuerdos bilaterales y las convenciones multilaterales... disposiciones eficaces para el arreglo pacífico de las controversias a que pudieran dar lugar la interpretación o la aplicación de tales instrumentos”.

Estas cláusulas —denominadas *compromisorias*— han florecido en los últimos años en tratados de toda suerte y condición. Especiales características presentan las incluidas en los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales con el propósito de solucionar las controversias entre sus miembros

Faltando instrumentos previos en relación con la controversia ya nacida, el recurso a un determinado medio para su solución (*a posteriori*) queda generalmente a expensas del acuerdo *ad hoc* de las partes, denominado *compromiso* si los elegidos son procedimientos jurisdiccionales (arbitraje o arreglo judicial), aunque nada impide descubrir el consentimiento como consecuencia de la iniciativa unilateral de una parte aceptada por la otra, explícitamente o a través de actos concluyentes (*forum prorrogatum*).

CVI. MEDIOS DE ARREGLO

453. Medios políticos y medios jurisdiccionales

Denominamos *políticos* a la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. Si el arreglo de la controversia lo asumen directamente las partes estaremos ante la negociación. Si ésta se canaliza a través de la actuación de un tercero se tratará, en grado ascendente, de los buenos oficios o la mediación. El protagonismo de los terceros crece cuando la controversia se somete a una comisión de encuesta (investigación o determinación de los hechos) o de conciliación, el medio *político* que más se asemeja a los *jurisdiccionales*. Cualquiera que sea el papel asignado al tercero, su actuación puede concebirse en el ámbito de las meras relaciones interestatales o en el institucionalizado de las Organizaciones Internacionales.

Medios *jurisdiccionales* son el arbitraje y el arreglo judicial. En ambos supuestos la solución de la controversia se somete a un tercero imparcial, pero si en el arbitraje se trata de un órgano constituido *ad hoc*, el arreglo judicial corresponde a un órgano permanente de carácter institucional. La Corte Internacional de Justicia es, como órgano judicial principal de Naciones Unidas (art. 92 de la Carta), símbolo emblemático del recurso a procedimientos jurisdiccionales (v. par. 462).

454. *Sus diferencias*

Dos rasgos fundamentales separan a medios *políticos* y *jurisdiccionales*.

A través de los medios *políticos* el arreglo de la controversia:

- a) Puede procurarse al margen —no contra— la aplicación de las normas del Derecho Internacional positivo; y
- b) La solución propuesta se hace obligatoria sólo mediando el acuerdo de las partes.

Tratándose de medios *jurisdiccionales* el arreglo de la controversia:

- a) Se zanja mediante la aplicación del Derecho Internacional positivo, salvo en el caso improbable de que las partes hayan facultado a árbitros o jueces para dictar sentencia *ex aequo et bono* (lo que jamás ha ocurrido en asuntos planteados ante la CIJ, art. 38.2 del Estatuto); y
- b) La decisión es definitiva y vinculante para las partes en litigio y respecto del caso decidido (art. 59 del Estatuto de la CIJ), generando su incumplimiento un hecho ilícito que acarrea responsabilidad internacional (CDI, proyecto de arts. sobre responsabilidad de los Estados, comentario del art. 12).

CVII. MEDIOS POLÍTICOS

455. *Las negociaciones diplomáticas*

Las negociaciones diplomáticas, impuestas por normas de Derecho Internacional general como vía para alcanzar los acuerdos sin los cuales no cabe establecer las fronteras (v. par. 374, 405) o zanjar una sucesión de Estados (v. par. 34, 35), son asimismo el principal medio de solución pacífica de controversias internacionales. “No hay necesidad de insistir en el carácter fundamental de este método de arreglo” (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969). Su *liderazgo* trae por causa: a) las múltiples funciones que son capaces de desempeñar en materia de arreglo pacífico; y b) la obligación incorporada en gran número de tratados de negociar antes de experimentar otros medios. No puede, sin embargo, afirmarse, c) que exista una norma consuetudinaria o general imponiendo el recurso previo a negociaciones diplomáticas.

a) *Una función múltiple*

Las negociaciones diplomáticas cumplen una función múltiple en la solución de las controversias pues, además de ser el medio de arreglo por excelencia, pueden ser el *prólogo* y/o *epílogo* necesario de procedimientos en los que interviene un tercero.

La práctica enseña, en efecto, la preponderancia de las negociaciones directas como el medio de arreglo al que de forma natural y espontánea recurren los sujetos para zanjar sus controversias, lográndolo en un alto porcentaje de ocasiones. No es de extrañar, teniendo en cuenta su flexibilidad y adaptabilidad a cualquier tipo de contencioso (político, jurídico, técnico...) y el amplio margen del que disfrutaban las partes que, salvo la obligación general de negociar *bona fide*, pueden conducirse con absoluta libertad y reserva. La *Declaración de Manila* recuerda, en este sentido, que las negociaciones directas son un medio *flexible y eficaz* de arreglo de las controversias e insta a las partes a recurrir a ellas.

Así concebidas, las negociaciones diplomáticas son impecables en la solución de conflictos *homogéneos*, esto es, entre Estados pertenecientes al mismo grupo (político, económico, ideológico, cultural...). Ahora bien, aun siendo muy respetuosas con la soberanía *formal* de las partes, las negociaciones directas favorecen a los más fuertes, cuya *realidad* de poder se hace particularmente patente en la desigual relación de una negociación en la que tantos factores ajenos a la misma controversia están presentes. Esto explica que, por ejemplo, fueran Estados débiles y/o pequeños los patrocinadores de la res. 53/101 de la Asamblea General sobre los *Principios y directrices que han de regir las negociaciones diplomáticas* (1998), cuyo objeto consiste en establecer un código de conducta que reduzca la incertidumbre y genere una atmósfera de confianza sobre su desarrollo.

De tener éxito, lo negociado podrá materializarse en un tratado. De no prosperar, la negociación puede servir para delimitar el alcance y el objeto de la controversia (CPJI, *Mavrommatis*, 1924), así como para dar curso a otros procedimientos de arreglo.

La *función preliminar* de las negociaciones diplomáticas es ineludible para activar cualquier procedimiento de arreglo, político o jurisdiccional, a cuya experimentación no vengan obligadas las partes de antemano (así, por ej., CONVEMAR, art. 283.1). También lo es, con carácter accesorio, para ejecutar obligaciones que prevén el recurso a medios de arreglo no institucionalizados. Poner en marcha cualquiera de los medios políticos o un arbitraje requiere una cooperación de las partes que se traduce de hecho en una negociación. Más aún, mientras uno de estos medios está activo, también los están las negociaciones, con mayor o menor intensidad, sea en paralelo, sea simplemente, porque la intervención del tercero, como es el caso de los buenos oficios y la mediación, se concibe para facilitar la negociación de las partes.

Las negociaciones diplomáticas también pueden desempeñar una importante *función epilodal*, es decir, de culminación o cierre en la solución de una controversia. Son indispensables para la concertación del acuerdo que traducirá los frutos del recurso provechoso a otros medios de arreglo políticos. También lo son para ejecutar y/o dar forma a la decisión de un órgano jurisdiccional, carente de mecanismos de ejecución forzosa. Se trata de una función que, incluso, puede venir impuesta por vía convencional (por ej., CONVEMAR, art. 283.2).

Puede ocurrir que las partes soliciten del árbitro o del juez, no una decisión sustantiva, sino unas bases para la negociación (CIJ, *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969), o que el árbitro o el juez impongan a las partes la obligación de (esforzarse por) negociar (CIJ, *Competencia en materia de pesquerías*, 1972), y/o aludir a las ventajas que les reportaría el acuerdo negociado para asegurar el cumplimiento de los objetivos de un tratado que declara en vigor (CIJ, *Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros*, 1997) o reenviar a las partes la solución negociada del fondo de una controversia en la que preferiría no entrar aún teniendo competencia para ello (CIJ, *Paso por el Grand-Belt*, 1991, 1992).

b) La obligación convencional de negociar

Tratados generales sobre arreglo pacífico y cláusulas compromisorias (v. par. 452) con frecuencia subordinan el recurso a terceros a previas e infructuosas negociaciones. La obligación de negociar constituye así una condición *sine qua non* que suspende, temporal o definitivamente (de lograrse el acuerdo), el recurso a los demás procedimientos regulados.

La apreciación del previo agotamiento de las negociaciones se presta a maniobras dilatorias cuando una parte no desea la intervención del tercero, especialmente si éste es un órgano jurisdiccional. Ese riesgo se evita si los instrumentos convencionales prevén un plazo que puntualmente pone término a la vía negociadora dejando, a partir de esa fecha, en manos de cualquiera de las partes la experimentación del siguiente y/o sucesivos métodos de arreglo convenidos (v., por ej., el Convenio de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, 1978, art. 41). Lamentablemente hay tratados que contienen reglas menos precisas, referidas a un plazo *prudencial* o *razonable*, o parecen directamente redactadas por *el enemigo*, como las que someten a la *opinión de las partes* la apreciación del agotamiento de las negociaciones (así el *Pacto de Bogotá*, art. II.2; CIJ, *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988).

Será el tercero llamado a intervenir el que habrá de pronunciarse sobre la eventual excepción. El agotamiento de la vía diplomática no siempre presupone una larga serie de cartas o despachos; basta comprobar la actitud intransigente o negativa de una parte o, incluso su rechazo a entablarlas como muestra de su inviabilidad (CPJI, *Mavrommatis*, 1924; CIJ, *Sudoeste Africano*, 1962, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1980; *Lockerbie*, 1992). Eso, que puede facilitar el pase a otro medio de arreglo, puede también apreciarse al considerar la buena o mala fe de las partes en la negociación de fondo, objeto de la controversia. Cabe recordar que si las partes, como recalca la *Declaración de Manila*, deben negociar “efectivamente a fin de llegar a un pronto arreglo aceptable” para ambas, eso no ocurre cuando una parte se muestra inflexible, sin contemplar modificación ni concesión alguna, vuelve reiteradamente sobre lo acordado o viola arbitrariamente los procedimientos y plazos convenidos (ss. ar-

bitrales *Lago Lanós*, 1957; *Acuerdo sobre las deudas exteriores alemanas*, 1972; CIJ *Plataforma continental del Mar del Norte*, 1969).

c) *La supuesta norma general sobre la prioridad de las negociaciones diplomáticas*

Ha de quedar claro, en todo caso, que la prioridad de negociaciones directas entre las partes no viene impuesta por una norma de Derecho Internacional general, sino que se circunscribe al instrumento que, en su caso, la disponga. La opinión según la cual la reiteración de cláusulas convencionales en este sentido habría introducido por vía consuetudinaria una corrección al principio de libre elección de medios no cuenta con el apoyo político necesario para imponerse y, sobre todo, carece de respaldo jurisprudencial.

El insuficiente apoyo político quedó patente en los debates del Comité Especial de Naciones Unidas que preparó la *Declaración sobre los Principios*. Como ya se señaló, en la Declaración, adoptada por consenso, todos los métodos de arreglo se sitúan en pie de igualdad.

La falta de respaldo jurisprudencial se evidenció, por otro lado, cuando la Corte Internacional de Justicia desestimó la excepción del previo agotamiento de negociaciones diplomáticas alegada por África del Sur en el caso del *Sudoeste Africano* (1962), actitud que la Corte corroboró al admitir que la existencia de negociaciones entre las partes no constituye un obstáculo al ejercicio de su jurisdicción, que puede desarrollarse *pari passu* (CIJ, *Plataforma continental del mar Egeo*, 1978; *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1980; *Nicaragua*, 1984; *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997...).

Qué duda cabe que las negociaciones diplomáticas son, en principio, aconsejables; pero su precedencia sobre los otros medios de arreglo no es impuesta por el Derecho. Es la lógica de los acontecimientos, la especial naturaleza de la sociedad internacional, la que marca la prioridad de la negociación. Es, incluso, la percepción de que más vale un mal acuerdo o un desacuerdo crónico controlado, sobre todo si las cartas con que se cuenta no son buenas o se han vivido malas experiencias en manos de un tercero, la que induce a algunos Estados a considerar la negociación directa como alfa y omega para zanjar sus controversias.

De *lege ferenda* no se advierten las ventajas que depararía la animación de una norma consuetudinaria obligando a la previa experimentación y agotamiento de negociaciones diplomáticas, pues: a) *favorecería* las maniobras dilatorias; b) *limitaría* la eficaz intervención de los medios de arreglo, en general, y de la Corte Internacional de Justicia, en particular; y, c) *perjudicaría* a los más débiles, impedidos de rechazar como principio una negociación directa para ampararse en una intervención de terceros compensatoria, hasta cierto punto, de su inferioridad de hecho.

456. *Buenos oficios y mediación*

Los buenos oficios y la mediación de un tercero han sido concebidos para hacer viables las negociaciones de las partes en la controversia cuando sus relaciones son tensas o, incluso, se han roto.

Los *buenos oficios* representan el grado de intervención más modesto. El tercero que los presta se limita a ejercer su influencia moral o política para (r)establecer las relaciones entre las partes en litigio o facilitar (de ahí que también atiendan al nombre de *facilitación*) la organización de las negociaciones directas entre ellas, pudiendo considerar concluida su misión cuando tal se consigue (v., por ej., Pacto de Bogotá, arts. IX y X).

La *mediación* supone dar un paso más en las funciones asignadas al tercero. Como en los buenos oficios, su primera misión consiste en aproximar a las partes, pero el mediador se siente, además, autorizado para participar activamente en el desarrollo de las negociaciones como vía de comunicación, sugerencia y acomodación de posiciones, hasta que, o bien se alcanza el arreglo por acuerdo de las partes, o se conviene en acudir a otro medio o, sencillamente, se constata el fracaso de la mediación. A tal efecto cabe marcar un plazo pasado el cual la mediación ha de considerarse fallida (v., por ej., Pacto de Bogotá, art. XIII).

Resulta sin embargo difícil establecer en la práctica una frontera clara y precisa entre buenos oficios y mediación; de ahí que las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 (las primeras que regularon minuciosamente tales procedimientos) los traten de manera conjunta e intercambiable.

Los buenos oficios y la mediación pueden ser ejercidos a *solicitud* de los Estados interesados u *ofrecidos* por el tercero, pero no pueden *imponerse*. Tratándose de procedimientos que desempeñan un papel auxiliar en pos del acuerdo de las partes, basados pues en la confianza de éstas en el tercero, su designación —y posterior intervención— ha de hacerse por consentimiento mutuo y para la controversia de que se trate (lo que reclamará la concertación de un acuerdo *ad hoc*, incluso en el caso de que buenos oficios o mediación hayan sido dispuestos en un tratado previo, a menos que se haya identificado en él *eo nomine* a quien(es) hayan de desempeñarlos; v., por ej., Pacto de Bogotá, arts. IX y XI). Otra cosa es que la libertad de decisión de las partes se vea coartada por las reglas de una Organización Internacional concernientes a la solución de controversias entre sus miembros.

La práctica muestra que buenos oficios y mediación son por lo general confiados a representantes estatales y/o de Organizaciones Internacionales, siendo en este punto de especial mención la labor desempeñada por el Secretario General de Naciones Unidas y, en el ámbito americano, por el Secretario General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

A título de ejemplo pueden citarse los buenos oficios de Francia en el conflicto de Vietnam, que contribuyeron a la firma de los Tratados de París (1973); la mediación de Argelia, que facilitó la *Declaración de Argel* (1981) entre Estados

Unidos e Irán por la que, entre otras cosas, se creó el Tribunal de Reclamaciones Irán/EE.UU (art. II de la Declaración); o la de Estados Unidos, que condujo a los *Acuerdos de Camp-David*, preparatorios del Tratado de Paz entre Egipto e Israel (1978) y a los *Acuerdos de Dayton-París* que fijaron el marco general de paz en Bosnia y Herzegovina (1995).

La capacidad, si no de imponer, sí al menos de *influir* y, en todo caso, *controlar*, el desenlace de determinadas controversias explica el interés de las grandes potencias en asumir estas misiones, suplantando incluso el papel de los órganos competentes de Organizaciones Internacionales como la ONU.

Así, cabe recordar al llamado *Grupo de Contacto* (Alemania, Estados Unidos, Francia Gran Bretaña, Italia y Rusia) cuya implicación en el devenir de la antigua Yugoslavia ha tenido una última proyección en la mediación fracasada entre Serbia y las autoridades albanesas en Kosovo para definir el estatuto final de este territorio (2005-2008); o el *Cuarteto* (Estados Unidos, Rusia, la UE y la ONU a través de su Secretario General) que en el regresivo proceso de paz (¿?) en Oriente Próximo formuló en 2003 una *Hoja de Ruta* para hacer realidad la visión —cada vez más borrosa— de dos Estados, Israel y Palestina, viviendo el uno junto al otro, hoja de parra más que de ruta en la que también ha escondido sus vergüenzas el Consejo de Seguridad (res. 1397, de 2002; S/2003/529) (v. par. 67, 525).

El recurso a *personalidades independientes* es, en todo caso, una posibilidad que obvia el riesgo de que el tercero, particularmente si se trata de una gran potencia, aproveche la ocasión para tutelar sus propios intereses. Expresamente previsto el recurso a *ciudadanos eminentes* en el Pacto de Bogotá (arts. IX y XI), es en el ámbito interamericano donde esta modalidad encuentra su mejor caldo de cultivo; ejemplo señero fue la mediación papal en la controversia entre Chile y Argentina por la delimitación del Canal de Beagle, zanjada con la conclusión del Tratado de Paz y Amistad de 29 de noviembre de 1984.

Puede ocurrir que por consideraciones políticas se denomine *mediación* lo que en realidad es un *arbitraje* (v. par. 461), atendiendo al acuerdo de las partes en aceptar como obligatoria la decisión del *mediador*. Fue el caso de la mediación del Secretario General de las Naciones Unidas, Pérez de Cuellar, en el asunto *Rainbow Warrior*, a cuyo dictamen las partes (Francia y Nueva Zelanda) confirieron fuerza vinculante en un comunicado conjunto (1987). Viceversa, también por razones políticas, ha podido presentarse como *arbitraje* a la opinión pública lo que en origen era sólo una *mediación*. Así ocurrió cuando el Papa León XIII medió entre España y Alemania en su disputa sobre las Islas Carolinas (1885). Las bases de entendimiento propuestas por el Sumo Pontífice fueron aceptadas por las partes.

457. Encuesta, investigación o determinación de los hechos

La encuesta fue concebida por la Convención de La Haya de 1899 para las controversias que versando sobre una divergencia en la apreciación de puntos

de hecho no comprometieran el honor ni los intereses vitales de las partes. La experiencia del primer caso en que se recurrió a este medio (*Dogger Bank*, 1904-1905), provocado por el ataque de una escuadra rusa a pesqueros británicos a los que se confundió con torpederos japoneses sirvió para que la Convención de La Haya de 1907 desarrollara y precisara las reglas de este procedimiento (arts. 19 a 36).

Se trata, en definitiva, de obtener un conocimiento imparcial y detallado de los hechos que dieron origen o son relevantes en una controversia a través normalmente de un órgano colegiado (lo que no excluye la posibilidad de que tales funciones sean confiadas a una sola persona). El tercero elabora a tal fin un informe para las partes, que —a menos que hayan convenido otra cosa (v., por ej., CONVEMAR, Anexo VIII, art. 5, que prevé un *arbitraje* sobre hechos)— conservan su libertad de acción (Convención de La Haya de 1907, art. 35).

Como ocurre respecto de cualquier medio de arreglo no institucionalizado, la constitución y composición de la comisión de encuesta o investigación será por lo general determinada *ad hoc*, incluso cuando el recurso a la misma hubiese sido previsto por adelantado. La formación de una lista o *reserva de expertos* facilitará las cosas. Así, por ejemplo, la Convención Anti-Minas (1997) prevé (art. 8) la posibilidad de constituir una *misión de determinación de los hechos*, integrada con miembros de la lista de *expertos cualificados* preparada por el Secretario General de Naciones Unidas con los nombres remitidos por los Estados partes, estando facultados éstos para rechazar por escrito un nombre determinado en relación con las misiones instituidas en territorio bajo su jurisdicción.

Son excepcionales los tratados que crean comisiones de encuesta de carácter permanente. Es el caso de los *Tratados Bryan* (nombre del Secretario de Estado norteamericano que los impulsó), concluidos entre 1913 y 1914 por Estados Unidos con una treintena de Estados, europeos y latinoamericanos, imponiendo la sumisión a *comisiones permanentes de investigación* de todas las controversias entre las partes, sea cual fuere su origen o naturaleza y no sólo las que afectarían a la determinación de los hechos, por lo que la comisión, a pesar de su denominación, venía facultada a realizar funciones próximas a la conciliación. El principal mérito de los *Tratados Bryan* fue excluir la reserva, establecida en las Convenciones de La Haya, relativa a las controversias que afectarían al “honor y los intereses vitales de los Estados”. Todavía hoy superan la veintena los tratados de este tipo en vigor; así, por ejemplo, el concluido entre Estados Unidos y Chile (*Tratado Bryan-Suárez Mujica*) fue invocado en el asunto *Letelier y Moffit* (compromiso de 11 de junio de 1990), encargándose a la comisión la determinación del *quantum* de la indemnización *ex gratia* a la que se comprometió Chile caso de resultar responsable en juicio del homicidio de O. Letelier y R. Moffit (1976).

En el ámbito multilateral es en la esfera de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario donde las comisiones permanentes de encuesta han encontrado más acogida. Así, el Protocolo I (1977) a los Convenios de Gine-

bra (1949) prevé que una *comisión internacional permanente de encuesta* investigue las denuncias formuladas sobre cualquier violación del mismo Protocolo o de los Convenios de Ginebra. Sin embargo, constituida en 1991, la Comisión no ha tenido oportunidad de estrenarse (v. par. 562).

Siendo la misión de una comisión de encuesta el esclarecimiento de las cuestiones de hecho en litigio —sin que en principio quepa valorar el fondo de la controversia— mediante un procedimiento contradictorio (lo que puede entrañar la audiencia de las partes, el examen de testigos y expertos, las visitas sobre el terreno...), se trata de un medio de arreglo que puede combinar las ventajas de la diplomacia y las técnicas jurídicas.

He aquí una de las razones que explican el lugar destacado que en la actualidad ocupa el recurso a la determinación de los hechos en el ámbito de las Organizaciones Internacionales como instrumento de estabilización, enlace y comunicación entre las partes en una controversia, lo que al tiempo convierte este medio en un buen instrumento para la prevención de conflictos (AGNU, *Declaración sobre la determinación de los hechos por las NU en la esfera del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*, res. 46/59, de 1991).

Por la misma razón —es decir, limitarse a las cuestiones de hecho— la función de la encuesta como medio *autónomo* de arreglo puede combinarse con la *instrumental* para la posterior experimentación de otro o sucesivos procedimientos. Así, por ejemplo, el Pacto de Bogotá (1948, art. XVI), y la Convención Europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957, art. 12) prevén el recurso a la encuesta en combinación con la conciliación.

458. La conciliación

La conciliación consiste en la instrucción imparcial por un órgano colegiado (habitualmente compuesto por juristas) de todos los aspectos de una controversia con el objeto de formular una propuesta para su solución, sometida a la aceptación de las partes. El Acta General para el arreglo pacífico de controversias internacionales (1928/1949) dice: “La tarea de la comisión de conciliación consistirá en dilucidar las cuestiones objeto de controversia, acopiar con este fin toda la información necesaria mediante investigaciones o por otros medios, y procurar que las partes lleguen a un acuerdo. Una vez examinado el caso, puede informar a las partes de los términos de arreglo que le parecen apropiados y establecer el período dentro del cual las partes han de adoptar una decisión” (art. 15.1).

La conciliación se caracteriza, pues, porque: a) el examen de la controversia se extiende tanto a las cuestiones de hecho como de derecho de acuerdo con un procedimiento contradictorio; y, b) el informe presentado propone una solución para zanjar el fondo de la controversia, que carece de fuerza jurídica vinculante *per se*; no obstante, las partes han de tener en cuenta de buena fe sus recomen-

daciones (v., por ej., el Convenio para la protección de la capa de ozono, 1985, art. 11.5).

Ignorada por los Convenios de La Haya (de 1899 y 1907), la conciliación se desarrolló bajo la Sociedad de Naciones. Característica de los más de doscientos tratados de arreglo pacífico, bilaterales y multilaterales, concertados en el período entreguerras fue la de imponer, respecto de controversias consideradas *no jurídicas o políticas*, el recurso obligatorio a la conciliación con carácter previo a la experimentación de procedimientos jurisdiccionales (arbitraje y/o arreglo judicial). El modelo adoptado por el *Acta General* de 1928 (revisada por Naciones Unidas en 1949) se ha proyectado en *tratados generales de arreglo pacífico* posteriores, como la Convención europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957, art. 2 y cap. III, arts. 4 y ss.), y el Pacto de Bogotá (cap. III, arts. XV y ss., y art. XXXII).

Las notas que avalan la conciliación —de naturaleza política por lo que hace a sus efectos y jurídica a su técnica procesal— la sitúan como el procedimiento estrella en las *cláusulas compromisorias* de los tratados de codificación y desarrollo progresivo auspiciados por Naciones Unidas, ya imponiéndolo como único medio de arreglo de las controversias sobre su interpretación y aplicación (supuesto, en su caso, el previo agotamiento de negociaciones diplomáticas), ya como paso previo optativo y consensuado a procedimientos jurisdiccionales, ya para salvar el desacuerdo sobre la experimentación de otros medios de solución, jurisdiccionales o no.

Algunos tratados generales de arreglo y cláusulas compromisorias prevén la formación de una lista de amigables componedores o conciliadores a los que las partes podrán acudir, una vez nacida la controversia, para la designación de la comisión a la que la someten. Así, por ejemplo, el Pacto de Bogotá dispone que la Unión Panamericana formará un *Cuadro Permanente de Conciliadores Americanos*, integrado por dos nacionales designados por cada una de las Altas Partes contratantes, que gocen de la más alta reputación por su ecuanimidad, competencia y honorabilidad (art. XVIII), a los efectos de elegir, caso de surgir una controversia entre aquéllas, los miembros (cinco) que habrían de componer la Comisión (art. XIX). Es asimismo característica de los tratados auspiciados por Naciones Unidas la previsión —normalmente en Anexos— de una lista de expertos, integrada por juristas, cuyos nombres habrán de facilitar los Estados partes al Secretario General de la Organización. Sobre la base de tales listas las comisiones de conciliación estarán compuestas por un número impar de miembros (tres o cinco) elegidos (uno o dos) por cada una de las partes en la controversia y por los mismos conciliadores el (tercero o quinto) que habrá de desempeñar las funciones de presidente. Para evitar maniobras dilatorias también se suelen fijar plazos perentorios en los que han de efectuarse tales nombramientos, pasados los cuales se confieren competencias dirimentes a un tercero imparcial, normalmente el mismo Secretario General (v. por ej., CONVEMAR, Anexo V, art. 3).

CVIII. MEDIOS JURISDICCIONALES

459. *La larga marcha en pos de la jurisdicción obligatoria.*

Ciertamente, son centenares los tratados y cláusulas compromisorias que, con mayor o menor perfección técnica, en combinación o no con la previa experimentación de métodos políticos, establecen el arbitraje y/o el arreglo judicial obligatorios. Sin embargo, los textos multilaterales dirigidos a generalizar la obligación para todo tipo de controversias futuras y poner cimientos de una norma de Derecho Internacional general, han venido naufragando, uno tras otro.

Los primeros intentos —y fracasos— se produjeron en torno a las *Convenciones para la solución pacífica de los conflictos internacionales* adoptadas en las Conferencias de la Paz de La Haya (1899 y 1907). El *arbitraje obligatorio* de las *cuestiones de orden jurídico* chocó con la irreductible oposición del Imperio Alemán, lo que llevó a que las Convenciones se limitasen a recomendar el arbitraje “siempre que las circunstancias lo permitan”, así como a celebrar tratados “a fin de extender el arbitraje obligatorio a todos los casos que juzguen pertinente someterle” (art. 38 de la Convención de 1907). La *Corte Permanente de Arbitraje* (CPA), creada en la Convención de 1899 y prácticamente inalterada en la de 1907 (arts. 41-50) ni era un *tribunal* ni era *permanente* (salvo su Secretaría); se trataba de una *reserva de árbitros* compuesta por cuartetos nacionales de nombres propuestos por los Estados partes, a la que se podía acudir para la composición del órgano en cuestión.

El Pacto de la Sociedad de Naciones (1919, arts. 12-14) abrió camino al primer tribunal universal, la *Corte Permanente de Justicia Internacional* (CPJI), creada en 1920 en un instrumento *ad hoc* (el Estatuto) como institución formalmente independiente de la Sociedad. Pero de nuevo fracasaron las iniciativas para conferir a su jurisdicción carácter obligatorio. La propuesta de que la condición de parte en el Estatuto implicase la aceptación de su jurisdicción obligatoria en relación con las controversias de *orden jurídico* que no hubiesen podido ser resueltas por la vía diplomática chocó con la oposición de las grandes potencias de la época (Francia y Reino Unido).

El *Acta General para el arreglo pacífico de controversias* (1928) volvió a la carga y dispuso la sumisión obligatoria a la Corte Permanente de Justicia Internacional de todas aquéllas en que las partes discutieran un *derecho recíproco*, principalmente las controversias de orden jurídico, a menos que acordasen acudir a un tribunal arbitral (art. 17). Las demás se someterían a un procedimiento de conciliación y, de fracasar éste, al arbitraje. La flexibilidad del Acta, que consintió reservas y adhesiones parciales (al arreglo judicial y la conciliación o únicamente a ésta), le permitió entrar en vigor para una veintena de Estados.

La sucesión de la Sociedad de Naciones por las Naciones Unidas arrastró la de la Corte Permanente de Justicia Internacional por la Corte Internacional de Justicia, concebida como órgano judicial principal de la ONU (arts. 7.1 y 92 de

la Carta) (v. tema 20); nada cambió, sin embargo, por lo que se refiere al carácter voluntario de su jurisdicción. La Carta de Naciones Unidas se limita así a mencionar el arreglo judicial entre la tropa de medios a los que las partes pueden acudir con absoluta libertad (art. 33.1), así como a señalar a la atención del Consejo de Seguridad una directiva de comportamiento (art. 36.2) en virtud de la cual, al recomendar a las partes procedimientos o medios de ajuste apropiados, tomará en consideración que las controversias de orden jurídico deben someterse por regla general a la Corte Internacional de Justicia, de conformidad con su Estatuto (que reproduce el de 1920).

Por otro lado, las iniciativas para instituir la jurisdicción obligatoria a partir de tratados generales de arreglo pacífico a nivel universal se limitaron a la revisión del *Acta General* de 1928 (AGNU, res. 268-III, 1949) a los meros efectos de acomodar su texto a la sucesión de la Sociedad de Naciones por la ONU y reemplazar así las referencias a la Corte Permanente de Justicia Internacional por las de la Corte Internacional de Justicia. A nivel regional, el Consejo de Europa auspició la adopción de la Convención europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957), hecha a a imagen y semejanza del Acta; en la OEA se celebró el Pacto de Bogotá (1948), que superando las previsiones del Acta prevé el recurso unilateral a la Corte Internacional de Justicia para las controversias de orden jurídico (art. XXXI) y cualesquiera otras siempre que antes hubiese fracasado la conciliación y las partes no acordaran recurrir al arbitraje (art. XXXII).

Estos instrumentos representan los intentos más avanzados por imponer *a priori* por vía convencional la experimentación obligatoria de procedimientos jurisdiccionales. Pero esta altruista aspiración es la que con toda probabilidad ha acarreado el limitado número de Partes. Significativo es, en tal sentido, que la vocación universal del *Acta General* se salde en la actualidad con una veintena, y eso contando con las de quienes se obligaron antes de la revisión de 1949 y han guardado silencio sobre el texto revisado. Asimismo, la Convención Europea apenas ha podido atraer a un tercio de Estados miembros del Consejo de Europa y menos de la mitad de Estados americanos son partes en el Pacto de Bogotá.

Consecuencia de lo anterior es el limitado recurso a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia con base en estos instrumentos. Algunos Estados demandados con base en el *Acta General* impugnaron su vigencia, sin que la Corte quisiera o pudiera pronunciarse (*Prisioneros de guerra paquistaníes*, 1973; *Ensayos nucleares*, 1974; *Plataforma continental del mar Egeo*, 1978). Por si las moscas, los demandados denunciaron el *Acta*. Sólo en dos ocasiones, y sin fortuna, se ha invocado la Convención Europea ante la Corte (*Ciertos bienes*, Liechtenstein c. Alemania, 2005; demanda reconventional de Italia contra Alemania en *Inmunities de jurisdicción del Estado*, 2010). El acceso a la Corte vía Pacto de Bogotá ha sido, aunque tardío, más exitoso. Tras los asuntos en que Nicaragua ha sido parte demandante (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988; *Delimitación marítima entre Nicaragua y*

Honduras en el mar Caribe, Nicaragua c. Honduras, 2007; *Diferencia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia, 2007) o demandada (*Navegación en el río San Juan*, 2009, Costa Rica c. Nicaragua), tanto Ecuador como Perú invocaron en 2008 el Pacto para fundamentar sus demandas respectivas contra Colombia (*Herbidas*) y contra Chile (*Controversia marítima*), sin que los demandados hayan objetado la base de jurisdicción.

El fracaso de los instrumentos convencionales generales persiguiendo la sumisión a un medio de arreglo jurisdiccional de todas las controversias podría, al menos, haberse mitigado si se hubiese acompasado la institucionalización de estos medios al avance de la codificación y desarrollo progresivo de los distintos sectores del Derecho Internacional. Pero no ha sido así. Como botón de muestra baste recordar la omisión en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la *responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) de toda referencia a los medios de arreglo pacífico de las controversias que pueda originar la aplicación e interpretación de sus disposiciones.

460. Frenos a la experimentación de la jurisdicción: controversias políticas y no justiciables.

No sólo no se ha alcanzado el objetivo de la jurisdicción obligatoria como norma general, sino que se ha argumentado que los medios jurisdiccionales son inadecuados para resolver controversias cuya naturaleza es *política* y, por consiguiente, *no justiciable*.

En realidad, no hay controversias que por su misma naturaleza o disposición sean *políticas*, a menos que se admitan lagunas en el orden jurídico. Los que pueden ser *políticos* son los enfoques de las partes en una controversia, sea porque se sustentan pretensiones de cambio y revisión de las normas y obligaciones en vigor, sea porque las partes ponen sus intereses por encima de cualquier consideración jurídica y se niegan a admitir soluciones de fondo que no hayan sido negociadas, directamente o con la ayuda de un tercero, sea porque los gobiernos padecen una instintiva repugnancia a perder el control de sus controversias, sea porque conocen la debilidad de la cobertura jurídica de sus actos, sea, en fin, porque la controversia se ve inmersa en tensiones globales.

La *justiciabilidad*, por otro lado, dependerá en cada caso de la existencia de un fundamento o base de jurisdicción válido. En este orden los enfoques *políticos* se traducen a menudo en limitaciones o excepciones que se incorporan a las cláusulas compromisorias y a los tratados de arbitraje y arreglo judicial y en el tenor de ciertas reservas que acompañan a las declaraciones de aceptación de la jurisdicción (v. par. 473). De ser así hay que atenerse a tales limitaciones, excepciones y reservas, sometidas en todo caso a la interpretación del órgano judicial o arbitral, cuyo juicio no puede ser sustituido por el del sujeto que pretende servirse de ellas para hurtar la controversia al circuito jurisdiccional.

Las controversias que introducen una *pretensión de revisión* de disposiciones supuestamente en vigor que un sujeto considera injustas o perjudiciales para sus intereses son, desde luego, susceptibles de un fallo arbitral o judicial, pero éste difícilmente serviría para solucionarlas, salvo en el caso improbable de que las partes facultasen al tribunal (arbitral o judicial) para dictar sentencia *ex aequo et bono*. El verdadero problema no reside tanto en la desconfianza de los comportamientos forenses como en la mínima previsibilidad del Derecho que resulte aplicable en un momento y circunstancias dadas. En una sociedad universal y descentralizada, sin los adecuados mecanismos de elaboración y revisión del ordenamiento jurídico, la frontera entre la *lex lata* y la *lex ferenda* es fluida y cambiante. Habitualmente, los deseos de cambio se emboscan y presentan como disposiciones *in status nascendi* o, incluso, como reglas bien criadas. Ante el juez (o árbitro) las partes se presentan con políticas contradictorias acerca del Derecho (v. par. 4). Hay en todo caso un límite que un juez (o árbitro) no puede rebasar sin desnaturalizarse. No cabe, en efecto, pretender que los órganos judiciales cubran las carencias y puntos muertos de los órganos políticos que se ocupan de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional (CIJ, *Competencia en materia de pesquerías*, 1974).

Hay, por otro lado, controversias que discurren sobre la interpretación o aplicación del Derecho Internacional en vigor, pero que se ven alejadas de los métodos jurisdiccionales porque son poseídas por los *enfoques políticos* de las partes a los que ya hemos hecho referencia. Es revelador que el comunicado conjunto de Estados Unidos y la Unión Soviética, de 23 de septiembre de 1989, tras expresar retóricamente su deseo de desarrollar el papel de la Corte Internacional de Justicia, advirtiese que, en ausencia de consentimiento explícito de las partes, debían excluirse de su jurisdicción las controversias que afectasen a asuntos *highly sensitive*.

Ocurre que al margen de lo que dispongan las bases de jurisdicción sujetos demandados sin que haya mediado su consentimiento para serlo en el caso concreto han invocado la naturaleza *política* de una controversia para argüir su inadmisibilidad. Una jurisprudencia constante y arraigada de la Corte Internacional de Justicia advierte que ninguna disposición de su Estatuto le impide juzgar una controversia jurídica sólo porque comporte otros aspectos (políticos o de otra especie, económicos, de seguridad...), por importantes que sean (por ej., *Ensayos nucleares*, 1974; *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos*, 1980; *Nicaragua*, 1984; *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, 1988...). Pero también es cierto que semejantes advertencias refuerzan el estándar de riguroso consensualismo que en ocasiones la Corte se autoimpone al apreciar su jurisdicción (v. par. 475).

461. Arbitraje

Las Convenciones de La Haya (1899, art. 15; 1907, art. 37) disponen que “el arbitraje internacional tiene por objeto arreglar los litigios entre Estados por medio de jueces de su elección y sobre la base del respeto del Derecho. El convenio de arbitraje implica el compromiso de someterse de buena fe a la sentencia arbitral”. Esta definición, aun con algún elemento desfasado, sirve de percha para caracterizar: 1) la forma y alcance del *convenio de arbitraje*; 2) los *sujetos* capaces de concertarlos; 3) el *órgano arbitral*; 4) el *Derecho aplicable*; 5) el *procedimiento*; y 6) los *efectos jurídicos del laudo o sentencia arbitral*.

1) El convenio de arbitraje

El convenio de arbitraje es el instrumento jurídico —regido por el Derecho de los Tratados— en virtud del cual las partes en la controversia acuerdan someterla a arreglo arbitral. El acuerdo puede establecerse con ocasión de un litigio existente (*a posteriori*) o en previsión de futuras controversias (*a priori*).

El recurso al arbitraje como medio de solución de una controversia ya nacida se manifiesta en un convenio *ad hoc*, denominado *compromiso*, que habrá de definir, como mínimo, el objeto de la controversia y las condiciones de constitución y composición del órgano arbitral, pudiendo también extenderse a cualesquiera otros puntos que las partes convengan, como el Derecho aplicable, las reglas de procedimiento y/o los poderes atribuidos al tribunal para fijarlas; las mayorías y plazos para dictar sentencia; la sede y otros aspectos relativos al funcionamiento del tribunal; los idiomas a utilizar; la forma de repartir los gastos y costas; los servicios que pueden pedirse a la Corte Internacional de Justicia... (CDI, *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*, 1953, art. 2). Entre los arbitrajes resultantes de compromisos podemos citar, a título de ejemplo, el de la delimitación de la *Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña* (1977), el de la *delimitación territorial entre Egipto e Israel en el enclave de Taba* (1988) o el relativo a la soberanía insular y delimitación marítima entre Eritrea y Yemen (1998, 1999).

La previsión de someter a arbitraje controversias futuras puede, asimismo, materializarse en tratados generales de arreglo pacífico y cláusulas compromisorias. En los *tratados generales de arreglo pacífico* el recurso al arbitraje para todas o determinadas categorías de controversias puede preverse: 1) como único procedimiento de arreglo jurisdiccional; ó 2) en combinación con el reconocimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte de La Haya. Las *cláusulas compromisorias* pueden ser, a su vez, *generales* y *especiales*. Las *generales* aparecen entre las cláusulas finales de tratados, normalmente bilaterales, de carácter político-diplomático (paz y amistad y/o comercio, navegación y relaciones consulares) con la pretensión de abarcar todas las controversias que pudieran originarse entre las partes; las *especiales* limitan su ámbito de aplicación a las

controversias que origine la interpretación o aplicación de las disposiciones del tratado en que se insertan.

Conviene en todo caso advertir que la obligación de recurrir al arbitraje en tratados y cláusulas compromisorias no hace a menudo menos necesario un acuerdo complementario si se quiere hacer efectiva esa obligación con ocasión de un litigio. El carácter no permanente del órgano arbitral y la ausencia de reglas de procedimiento preestablecidas lo reclaman. Sirva de ejemplo el compromiso (1971) por el que Argentina y Chile ejecutaron el Tratado de arbitraje de 1902 para arreglar su controversia fronteriza en el *Canal de Beagle*.

Con o sin acuerdo complementario, alegaciones como que la controversia no existe o queda fuera del ámbito de aplicación (material, espacial o temporal) del tratado o de la cláusula compromisoria, o las dificultades de constitución del tribunal arbitral, amenazan bloquear el procedimiento en sus orígenes. Para atajar este riesgo pueden tomarse algunas previsiones.

Una consiste en someter a la Corte Internacional de Justicia *la controversia sobre la arbitrabilidad de la controversia* (CDI, *Modelo de reglas sobre el procedimiento arbitral*, 1958, art. 3.1). Merced o no a una de estas cláusulas, la Corte ha tenido oportunidad de conocer varios asuntos en los que, directa o indirectamente, se le planteó tal cuestión (*Interpretación de los tratados de paz*, 1950; *Ambatielos*, 1953; *Interhandel*, 1959; *Aplicabilidad del Acuerdo de sede de NU*, 1988).

Otra previsión consiste en dejar en manos de un tercero (Estado, Presidente de la CIJ, Secretario General de NU...) la efectiva constitución del órgano que ha de ejercerlo (CDI, *Modelo...*, arts. 3.3 y 4). Así constituido, corresponderá al mismo órgano arbitral, como juez de su propia competencia, dirimir cualquier asunto o cuestión sobre la aplicación o interpretación de la obligación arbitral *ib.*, art. 9). Es ésta una norma consuetudinaria confirmada por la jurisprudencia (CIJ, *Nottebohm*, 1953; *Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989*, 1991).

2) Los sujetos partes del arbitraje

Siendo el convenio de arbitraje un tratado, los sujetos capaces de concertarlo son los que gozan del *ius ad tractatum*, principalmente Estados y Organizaciones Internacionales.

El hecho de que las Organizaciones Internacionales carezcan de *ius standi* en contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia (v. par. 467) conduce al arbitraje como medio jurisdiccional para la solución de sus diferencias con Estados o con otras Organizaciones. De ahí que se le descubra en acuerdos *de sede* (por ej., Acuerdo entre NU y Estados Unidos, 1947, art. VIII, secc. 21).

3) *El órgano arbitral*

La composición y constitución del órgano arbitral responden, en principio, al acuerdo de las partes. Respecto del número de árbitros la práctica ofrece tres modalidades:

a) *Árbitro único*, función que en el pasado recaía a menudo en Jefes de Estado o de Gobierno (de lo que se hace eco la Convención de La Haya, 1907, art. 56). Así, por ejemplo, se acudió a los Reyes de España para arbitrar controversias territoriales latinoamericanas (recordemos, entre los arbitrajes que acabaron en laudo, los de Isabel II en la disputa entre Venezuela y Holanda sobre la *Isla de Aves*, 1856, la Reina regente M^a Cristina en la *delimitación fronteriza entre Colombia y Venezuela*, 1891, Alfonso XIII en el asunto del *límite fronterizo entre Honduras y Nicaragua*, 1906...). Una vez aceptado el encargo y determinada su competencia esta clase de árbitros se limitaba a hacer suyo el dictamen dado por una comisión de expertos designada por ellos. Entre los ejemplos más recientes cabe mencionar el laudo de Isabel II de Inglaterra en relación con el *Canal de Beagle* (1977), para la que se designó una comisión de cinco miembros, todos ellos jueces de la Corte Internacional de Justicia.

La fórmula de árbitro único es seguida por algunos tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales, en los que tales funciones suelen recaer en el principal funcionario de la Organización o en la persona nombrada por un tercero imparcial (caso, por ej., del Tratado constitutivo de la OMM, que delega en el Presidente de la CIJ tal designación).

b) *Comisiones mixtas*, compuestas paritariamente de árbitros nombrados por los Estados parte en la controversia. Fueron frecuentes en las relaciones litigiosas de las Repúblicas latinoamericanas con Estados Unidos y las potencias europeas, centradas sobre todo en la responsabilidad internacional deducida del trato dado a extranjeros (v. par. 357-363).

c) *Tribunal arbitral*, compuesto de un número impar de árbitros (tres ó cinco es lo habitual), de los que cada una de las partes en la controversia nombrará los que corresponda (uno o dos, según), y de común acuerdo —o por los árbitros ya elegidos— el que asumirá la presidencia (tercer o quinto árbitro). La formación de un tribunal arbitral es hoy práctica generalizada en tratados de arreglo pacífico, cláusulas compromisorias y compromisos; así, por ej., el celebrado entre Argentina y Chile para solventar el contencioso sobre el *trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz-Roy (Laguna del Desierto)* (1991), el primero en la historia del subcontinente compuesto exclusivamente por árbitros latinoamericanos.

Conscientes de la necesidad de prevenir las maniobras obstruccionistas o dilatorias en la constitución del órgano arbitral, tratados y cláusulas compromisorias suelen conferir funciones dirimentes a un tercero que, pasado un cierto plazo (entre treinta y noventa días es lo habitual), podrá proceder, bien al nom-

bramiento del árbitro o árbitros que corresponda hacer a una de las partes, bien a superar el desacuerdo entre ellas —o de los mismos árbitros— en lo tocante a la designación del que ejerza la presidencia.

La práctica muestra que tales funciones suelen recaer en:

- a) El Presidente de la Corte Internacional de Justicia (CDI, *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*, 1958, art. 4).
- b) El principal funcionario de la Organización Internacional que auspicia el tratado y es, normalmente, depositario del mismo, opción preferida de las cláusulas compromisorias de tratados multilaterales generales (así, por ej., el Secretario General de NU).
- c) Un tercer Estado, opción más tradicional prevista, por ejemplo, en la Convención de La Haya de 1907 (art. 45).

4) Derecho aplicable

A menos que las partes convengan otra cosa, los árbitros —como los jueces— están llamados a aplicar Derecho Internacional (*Acta General...*, art. 28). Las partes pueden, no obstante, acotar, jerarquizar y fijar en el tiempo las normas y principios del Derecho aplicable a la controversia, respetando en todo caso el *ius cogens* (v. par. 146, 148, 283). También pueden facultar al órgano arbitral para dictar una decisión *ex aequo et bono*. Obligado es encarecer la importancia de una sabia redacción del convenio de arbitraje en este punto. Existe en este sentido una extendida percepción —no carente de justificación histórica— de que el arbitraje es el medio jurisdiccional más sensible a las soluciones salomónicas y, por eso, predilecto para las llamadas controversias *no jurídicas*. Obviamente, la disposición de un tribunal arbitral a aplicar Derecho Internacional es tanto mayor cuando las mismas partes, a veces sin sopesar adecuadamente sus intereses en relación con las normas aplicables, piden expresamente que lo haga.

5) Procedimiento

El procedimiento arbitral se desarrolla conforme a las reglas establecidas por las partes; en caso de silencio o desacuerdo el tribunal será competente para determinarlas. Es práctica frecuente que el convenio de arbitraje deje libertad al tribunal para elaborar las reglas procesales. Las Convenciones de La Haya (1899 y 1907), el *Acta General* (1928/1949) y el *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral* (1958) de la CDI contienen un excelente repertorio al que acudir con carácter supletorio. La tendencia es aproximar el procedimiento arbitral al de las jurisdicciones permanentes.

6) *El laudo*

El laudo o sentencia arbitral —que en la actualidad ha de ser motivado— es obligatorio y definitivo para las partes en litigio y respecto del caso decidido, debiendo ser ejecutado de buena fe (Convención de La Haya, 1907, art. 37; CDI, *Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral*, 1958, art. 30).

La autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) del laudo se desprende del mismo asentimiento de las partes al arbitraje; de ahí que sus efectos obligatorios sean relativos y no afecten a terceros, a menos que, planteada la interpretación de un tratado en el que sean partes, soliciten intervenir —e intervengan— en el proceso (Convención de La Haya, 1907, art. 84).

La sentencia arbitral es definitiva porque no son posibles recursos de apelación o casación ante instancias superiores (CDI, *Modelo...*, art. 31). La sentencia sí puede, en cambio, ser objeto de *interpretación y revisión* ante el mismo tribunal que la dictó (Convención de La Haya, 1907, arts. 82 y 83), lo que puede plantear problemas inherentes al carácter no permanente del órgano arbitral.

La solicitud de *interpretación* tiene por objeto aclarar el alcance o sentido de los términos del laudo, lo que limita la función del tribunal a precisar la cosa juzgada en su decisión. Se trata de un derecho ínsito en la condición de parte, por lo que su ejercicio no requiere pacto previo (v. en este sentido la s. arbitral de 14 de marzo de 1978 que interpretó la de 30 de junio de 1977 relativa a la delimitación de la *Plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña*; o la s. de 13 de octubre de 1995 interpretando la de 21 de octubre de 1994, que solventó el contencioso argentino-chileno sobre la *Laguna del Desierto*).

La solicitud de interpretación de una sentencia arbitral no ha de confundirse con el supuesto de que dicha interpretación origine años después, extinguido el órgano que la dictó, una controversia entre las partes (caso, por ej., de los arbitrajes entre Argentina y Chile en los asuntos de *Río Encuentros* y *Laguna del Desierto*, que tuvieron como objeto la interpretación del laudo británico de 1902 sobre delimitación de su frontera terrestre).

Más estrictas son las condiciones impuestas al recurso de *revisión*, experimentable en un plazo perentorio desde que se dictó la sentencia en cuestión y sólo posible si ha sido convenido por las partes. El recurso de revisión deberá basarse, normalmente, en el descubrimiento de un *hecho nuevo* que, de haberse conocido al dictar la sentencia, hubiese llevado al tribunal a juzgar de manera diferente, lo que por su propia naturaleza implica la necesidad de calificar con carácter preliminar tal novedad y, de ser admitida su virtualidad, la reconsideración de las bases jurídicas en las que se basó la decisión (Convención de La Haya, 1907, art. 83; s. arbitral de 13 de octubre de 1995 en el asunto *Laguna del Desierto*).

Dada la ausencia de instancias de ejecución forzosa, el cumplimiento del fallo arbitral —como el judicial— reposa en la buena fe de las partes. Éstas pueden, eso sí, fijar en el compromiso las medidas conducentes a la ejecución de la sen-

tencia (por ej., en una controversia fronteriza, la creación de una comisión de demarcación de la frontera). En todo caso, la parte que dejare de cumplir el laudo incurrirá en responsabilidad internacional (v. tema 13).

Sólo la apreciación de los hechos y actos susceptibles de determinar la nulidad de la sentencia pueden justificar su no ejecución; nulidad que puede venir determinada por: a) exceso de poder del tribunal; b) corrupción de uno de sus miembros; c) falta de motivación de la sentencia o infracción grave de una regla fundamental de procedimiento; y, d) la nulidad del mismo compromiso, sometida al Derecho de los Tratados (CDI, *Modelo de reglas del procedimiento arbitral*, 1958, art. 35) (v. par. 220).

La alegación de nulidad de la sentencia arbitral origina una nueva controversia que habrá de resolverse recurriendo a los medios de arreglo que las partes convengan. La CDI recomienda someterla a la Corte Internacional de Justicia (*Modelo...*, art. 36). De hecho, la Corte ha conocido dos de ellas: la concerniente a la sentencia arbitral del Rey de España en 1906 en relación con la controversia fronteriza entre Nicaragua y Honduras (1960), y la pronunciada en 1989 por un tribunal arbitral sobre la delimitación marítima entre Guinea Bissau y Senegal (1991). En ambos asuntos la Corte se pronunció por la validez de la sentencia, dejando sentado que su papel no es el de juez de apelación, al que corresponde determinar lo bien fundado del fallo, sino el de declarar si procedía o no su nulidad por causas tasadas. La nulidad de la sentencia arbitral sobre el *Canal de Beagle* (1977) aducida por Argentina para negarse a su ejecución escapó a la jurisdicción de la Corte, pero la solución negociada a la que se llegó con la mediación papal (tratado de paz y amistad argentino-chileno, 1984) parte implícitamente de la premisa de los efectos jurídicos causados por la sentencia.

7) Proyección del arbitraje como medio de solución de diferencias

La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), dentro de las limitaciones ínsitas en su propio carácter, ha promovido notablemente el arreglo arbitral de controversias en los últimos veinte años. Así lo prueba la adopción de *Reglas modelo* a las que pueden acudir las partes —no sólo Estados— para instituir órganos arbitrales (Reglas opcionales de 1992, 1993, 1996 y 2001), de conciliación (1996 y 2002) o sobre la determinación de los hechos por comisiones de encuesta (1997); o los arbitrajes auspiciados por su Secretaría, que interesan tanto a controversias interestatales, como intraestatales o entre Estados e inversores extranjeros. Entre las primeros cabe mencionar los laudos despachados en relación con la controversia insular y marítima entre *Eritrea-Yemen* (1998, 1999), la delimitación de la *frontera entre Eritrea y Etiopía* (2002), al término del conflicto armado que sostuvieron (1998-2000) y que dio pie, además, a una larga serie de decisiones sobre *reclamación de daños* (2003-2009), las de delimitación marítima entre *Barbados y Trinidad y Tobago* (2006) y entre *Guyana y Surinam* (2007). Un arbitraje bajo los auspicios de la CPA es el que ha determinado los

límites de la región de *Abyei* (2009) en el marco del proceso de paz entre el gobierno de Jartum y el Movimiento de Liberación de Sudán del Sur, que debería conducir a un referéndum sobre la separación de Sudán del Sur en 2011 (v. par. 71). En otros ámbitos cabe recordar el caso *The Iron Rhine (IJzeren Rhin) Railway* entre Bélgica y Países Bajos (2005) y la disputa entre Irlanda y Reino Unido sobre los eventuales efectos contaminantes de la *Planta MOX* en el mar de Irlanda, desdoblada en un asunto sobre los límites del acceso a la información conforme al artículo 9 de la convención sobre la protección del medio marino del Atlántico Noreste (*OSPAR*) (2003) y en otro sobre la violación por el Reino Unido de diferentes obligaciones impuestas por la CONVEMAR, del que desistió el demandante (2008), una vez que el Tribunal de Justicia de la UE, al que había acudido la Comisión, afirmó (2006) su jurisdicción exclusiva sobre el objeto del arbitraje entre Estados miembros de la Unión.

Las demandas interpuestas por Irlanda contra Reino Unido en 2001 a causa de la instalación de una planta de reprocesamiento de residuos radiactivos (la *Planta Mox*) cuyo funcionamiento implicaba vertidos de alto riesgo en el mar de Irlanda ofrecen un ejemplo excelente de la concurrencia de distintas jurisdicciones sobre un mismo asunto, del uso que cabe hacer de ellas, así como del conflicto o concurrencia de regímenes y su solución (v. par. 286). Irlanda *atacó* al Reino Unido en dos sedes. Por un lado, se amparó en el artículo 32 de la Convención para la protección del medio marino en el Atlántico nororiental (*OSPAR*) para plantear un arbitraje sobre su derecho, conforme al artículo 9 de dicha Convención, a recibir información de los informes realizados en el proceso de aprobación de la planta por el gobierno británico. Este procedimiento desembocó en una sentencia (2003), no unánime, desestimatoria de la demanda por considerar el tribunal que Irlanda no había conseguido probar que los documentos a los que quería acceder entraban dentro de la información que las partes estaban obligadas a facilitar conforme al artículo 9. Por otro lado, Irlanda estimó que la planta MOX y los movimientos de materiales radiactivos que implicaba su funcionamiento eran nocivos para el medio marino en el mar de Irlanda e infringían las obligaciones de las partes conforme a diferentes artículos de la CONVEMAR, por lo que al amparo del artículo 287 y del Anexo VII de ésta, reclamó la constitución de un tribunal arbitral para dirimir la disputa. Al hilo de este arbitraje Irlanda solicitó del Tribunal internacional del Derecho del Mar (TIDM) una serie de medidas provisionales, que fueron concedidas por el TIDM (2001). Con lo que tal vez Irlanda no contaba es con que el Reino Unido objetaría la competencia del tribunal arbitral, ya constituido, invocando las obligaciones de las partes como miembros de la Unión Europea (UE). Movilizada por el Reino Unido, la Comisión de la UE estimó que la diferencia entre dos Estados miembros de la Unión sobre un litigio que interesaba la aplicación de la CONVEMAR, de la que la Unión es parte como lo son sus miembros, era de la competencia exclusiva de la UE, excluyendo cualquier otra (CONVEMAR, art. 282). La Comisión demandó a Irlanda ante el Tribunal de Justicia (2003), que le dio la razón (2006). Mientras se sustanciaba el asunto en el

medio comunitario, el tribunal arbitral optó por suspender sus actuaciones, “teniendo en cuenta consideraciones de mutuo respeto y *comity* que deberían prevalecer entre instituciones judiciales”, salvo en relación con una eventual solicitud de nuevas medidas provisionales, e instruyó a las partes para que lo mantuvieran informado en orden al cumplimiento de las medidas provisionales decretadas por el TIDM y al curso de los acontecimientos en el seno de la UE. Tras la sentencia del TJUE Irlanda desistió del arbitraje (2008).

Por otro lado, la flexibilidad del arbitraje lo hace atractivo para dirimir litigios entre sujetos internacionales y entidades o sujetos de Derecho interno. Esto se advierte en diferentes ámbitos, el primero de ellos el de las relaciones económicas, con fundamento en *contratos* que, al amparo del principio de autonomía de la voluntad reconocido en mayor o menor medida por los ordenamientos jurídicos estatales, tratan de escapar a la aplicación de la ley sustantiva y jurisdiccional del Estado parte en ellos; se ha hablado así de los *contratos internacionalizados*, incluso de los *contratos sin ley*, sometidos al Derecho Internacional, a los principios generales del Derecho por voluntad de las partes. La práctica ha conocido arbitrajes célebres sobre esta base (*Lena Goldfields*, 1930; *Alsing*, 1954; *Abu-Dhabi*, 1955; *Aramco*, 1958; *Sapphire*, 1963; *BP* (1973); *Liamco*, 1977; *Texaco-Calasiatic*, 1977; *Aminoil*, 1982... Por lo que se refiere, en particular a las inversiones extranjeras, el *Banco Mundial* auspició la Convención de Washington (1965) que ofrece cobertura a los arbitrajes entre un Estado parte y los nacionales de otro y creó el CIADI para facilitarlos. Hoy son centenares los tratados sobre promoción y protección recíproca de inversiones con cláusulas de arbitraje (APPRI) (v. par, 364).

Asimismo, con el fin de resolver las cuestiones relativas a la responsabilidad por ilícitos con resultado de daños a particulares se han concertado convenios de arbitraje instituyendo tribunales a los que tienen acceso tanto los Estados como sus nacionales. En este contexto cabe situar, por ejemplo, el Tribunal de Reclamaciones Estados Unidos-Irán (1981), competente para decidir el pago de las indemnizaciones debidas por una y otra parte como consecuencia de los sucesos acontecidos durante la *revolución islámica*.

También se advierte el juego del arbitraje en controversias medioambientales que enfrentan a Estados o/y Organizaciones Internacionales con entidades de la *sociedad civil*. La misma CPA ha elaborado unas *Reglas opcionales* para el arbitraje de controversias relacionadas con los Recursos naturales y/o el Medio Ambiente (2001), reglas a las que se acudió, por ejemplo., en el multifacético asunto *Rainbow Warrior*, entre Francia y *Greenpeace*, que más tarde derivó en el contencioso interestatal con Nueva Zelanda.

462. Arreglo judicial

El arreglo judicial es el medio de arreglo en virtud del cual las partes someten su controversia a un tribunal internacional, de carácter permanente, inte-

grado por jueces elegidos con antelación al nacimiento del litigio de acuerdo con reglas estatutarias, que actúa conforme a un procedimiento preestablecido y dicta sentencia definitiva y obligatoria conforme al Derecho Internacional.

Esta definición permite reconocer los elementos que unen y separan al arreglo judicial del arbitraje.

Comunes son los rasgos de índole *funcional*: 1) sus decisiones son definitivas y obligatorias para las partes en relación con el caso decidido; 2) sus decisiones se fundan en el Derecho Internacional positivo (a menos que las partes convengan otra cosa, en particular constreñir el marco normativo y obligacional aplicable, respetando en todo caso el *ius cogens*, o facultar al tribunal a decidir *ex aequo et bono*).

Diferentes son, en cambio, sus rasgos *institucionales*: 1) si el órgano arbitral tiene carácter temporal y su composición queda a la discreción de las partes, el judicial es *permanente* y de composición *predeterminada*, dejando a las partes sólo la posibilidad de designar jueces *ad hoc*; 2) si las reglas de procedimiento son establecidas, directa o indirectamente, por las partes en el arbitraje, en el arreglo judicial son preestablecidas en el estatuto constitutivo del tribunal y en su reglamento.

Cabe constatar la existencia de un número creciente de tribunales, creados en tratados multilaterales. Los hay universales y regionales, de competencia general y especializada, para dirimir litigios interestatales y/o en los que pueden intervenir otros sujetos y actores internacionales. El fenómeno no es nuevo, pero se ha acelerado al ritmo del crecimiento y diversificación del Derecho Internacional. La generación de *regímenes internacionales o subsistemas* (DI económico, del mar, penal, de los derechos humanos, del medio ambiente) (v. par. 150, 286, 323), ha traído consigo procedimientos específicos para el arreglo de las controversias que pudieran suscitarse en su ámbito, siendo los más avanzados de carácter jurisdiccional. A mayor densidad normativa, mayor densidad institucional (G. Abi-Saab).

La Corte Internacional de Justicia es la referencia principal en la constelación de tribunales internacionales por su exclusivo carácter universal con jurisdicción general para la solución de contenciosos interestatales (arts. 34-36 de su Estatuto). De ahí la especial atención que le dedicaremos (v. tema 20). Junto a ella, un rimerio de *tribunales especializados*, siendo la heterogeneidad su nota dominante en los diferentes aspectos: ámbito espacial y tipos de litigios sometidos a su jurisdicción, sujetos y/o actores que podrán activarla, normas aplicables.

Vocacionalmente universales son el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, cuya jurisdicción está abierta a todos los Estados partes en la CONVENCIÓN (art. 291.1. y Anexo VI), y la Corte Penal Internacional, con competencia sobre los crímenes internacionales cometidos en —o por nacionales de— Estados partes en su Estatuto (arts. 5, 12 y 25) (v. par. 585-591). En el ámbito

del Derecho Internacional humanitario, han de contarse también los tribunales penales instituidos por el Consejo de Seguridad, para los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia desde el 1 de enero de 1991 (res. 808 y 827-1993) y en Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994 (res. 955-1994) (v. par. 583).

En el ámbito regional destacan los tribunales internacionales creados al amparo de los sistemas de integración económica, así como los instituidos en materia de protección de los derechos humanos. Entre los primeros, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido un modelo en América latina, que cuenta, entre otros, con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena, modificado por el Protocolo de Trujillo, 1996, en vigor en agosto de 1999) y el Tribunal permanente de revisión del Mercosur (Protocolo de Olivos, 2002, modificado en 2007).

Tres continentes han instaurado tribunales internacionales para la protección de los derechos humanos: en el seno del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma, de 1950) (v. par. 545); en el ámbito de la OEA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Convención de San José, de 1969) (v. par. 552); en el de la Unión Africana, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP, Protocolo de 1998, en vigor en enero de 2004). En el ámbito universal los tratados de derechos humanos auspiciados por Naciones Unidas no instituyen tribunales de justicia propiamente dichos, pero sí instancias cuasi judiciales en tanto que órganos compuestos de expertos independientes que pueden pronunciarse sobre reclamaciones interestatales y de particulares por la presunta violación de los derechos y libertades definidos en los instrumentos que les dan la vida (v. par. 537, 538).

La Corte Internacional de Justicia

CIX. CONSIDERACIONES GENERALES

463. *Lo que hace su diferencia*

Una de las características de nuestro tiempo es la multiplicación de jurisdicciones internacionales, pero es indudable que la Corte Internacional de Justicia sigue siendo el centro solar del arreglo judicial de controversias interestatales, por su singular carácter generalista (*ratione materiae*) y universal (*ratione personae*), por su condición de órgano judicial principal de las Naciones Unidas (art. 92 de la Carta), por concentrar de hecho los litigios de mayor trascendencia pública y por el autoritativo acervo jurisprudencial acumulado durante más de ochenta años, si a su propia experiencia se une la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI).

Varios signos sugieren, además, una mayor e interesante actividad de la Corte tras la terminación de la *guerra fría*. No sólo ha aumentado el número y diversidad de los asuntos sometidos a su jurisdicción contenciosa (más de ciento veinte registrados hasta la fecha), sino que los Estados partes en los litigios proceden de todas las regiones del planeta.

Así, mientras que en el decenio de 1970 la Corte llegó a tener sólo una o dos causas en su lista, actualmente los asuntos en la *lista contenciosa* de la Corte son quince, siendo su objeto y partes muy variados: a) controversias de naturaleza territorial, insular y/o marítima (que enfrentan a Nicaragua con Colombia, a Perú con Chile, a Burkina Faso con Níger); b) controversias originadas por la vecindad terrestre o fluvial, implicando conflictos medioambientales (Ecuador con Colombia; Eslovaquia con Hungría). c) controversias en torno al uso de la fuerza (RD del Congo con Uganda); d) controversias que interesan a los derechos humanos directamente (Croacia c. Serbia, Georgia c. Rusia) o por el fleco de la protección diplomática (Guinea con RD del Congo); e) controversias por los límites de la competencia estatal en la persecución de crímenes internacionales, el auxilio judicial penal y la inmunidad del Estado y de los agentes extranjeros (República de Congo con Francia; Bélgica con Senegal, Alemania con Italia); f) controversias sobre el ejercicio de competencias judiciales en materia civil y mercantil (Bélgica con Suiza); g) controversias sobre la infracción de obligaciones asumidas en la conservación de especies protegidas (Australia con Japón); h) controversias, incluso, que giran en torno al derecho de un Estado soberano a elegir su nombre si quiere que se abran las puertas de una Organización internacional cuya llave está en poder de otro (Ex República Yugoslava de Macedonia con Grecia).

Países en desarrollo y antiguos miembros del desaparecido *bloque socialista*, antes reluctantes a los medios jurisdiccionales en general y a la Corte en particular, litigan ante ella. No sólo entre sí, sino contra países desarrollados. Nicaragua marcó el paso cuando en 1984 demandó a Estados Unidos (*caso Nicaragua*). También es significativo que en 1989 la Unión Soviética (heredada por Rusia) retirara sus reservas a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte de importantes instrumentos convencionales, particularmente los relativos a la protección de los derechos humanos, lo que ha permitido a Georgia presentar una demanda contra Rusia invocando la cláusula compromisoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 22).

La interposición de una demanda —aunque finalmente no prospere— lejos de ser siempre el “último cartucho”, es a menudo un legítimo elemento de presión sobre el demandado para un arreglo político cuando el demandante cuenta con sólidas bazas para jugar el fondo. Desde 1990 hasta 2010 alrededor de una cuarta parte de los casos planteados se cerraron por *desistimiento* (v. par. 482), lo que debe ser valorado, en términos generales, como expresión de la utilidad del procedimiento judicial para estimular la negociación en paralelo de las partes.

CX. CUESTIONES ORGÁNICAS

464. *Composición*

La Corte se compone de quince magistrados independientes —por definición— elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad por mayoría absoluta en votación separada (no operando el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo), por un período de nueve años, procediéndose cada tres a la renovación de una tercera parte de los mismos (art. 13.1 del Estatuto).

El Estatuto adopta dos directrices para la elección de los magistrados:

1) Que se trate de personas “que gocen de alta consideración moral y política y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de Derecho Internacional” (art. 2); y

2) “Que en el conjunto, estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo” (art. 9).

La aplicación de esta directriz conduce, en virtud de un *acuerdo político* de larga data aún hoy vigente, a un reparto geográfico que garantiza —a imagen y semejanza del reparto previsto para los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad— tres jueces al grupo africano, dos respectivamente al asiático,

latinoamericano-caribeño y europeo occidental (y otros), y uno al europeo oriental, a los que hay que sumar los cinco jueces nacionales de los Estados que son miembros permanente del Consejo.

Los magistrados nacionales de los Estados partes en una controversia conservan la facultad de oír y fallar el asunto de que se trate (art. 31.1 del Estatuto). Si no los hubiere (o habiéndolos, el juez en cuestión incurre en un motivo de abstención) las partes *podrán* designar un juez *ad hoc* de su elección (nacional o no) que participará en el procedimiento en términos de igualdad con los miembros de la Corte (art. 31.6).

La posibilidad de designar jueces *ad hoc* abarca tanto al procedimiento contencioso como al consultivo (v. par. 466). De acuerdo con el Reglamento de la Corte (art. 102.3), si la opinión consultiva solicitada por las Organizaciones Internacionales competentes concierne a una cuestión jurídica actualmente pendiente entre dos o más Estados, les serán aplicables las disposiciones del artículo 31 del Estatuto. Lo solicitó África del Sur en 1971 (*Namibia*), sin éxito, lo solicitó Marruecos en 1975 (*Sahara occidental*), con él.

465. Organización

La Corte ha sido concebida para ejercer sus funciones en pleno, bastando para ello un quórum de nueve magistrados (art. 25 del Estatuto). Su universalidad y jurisdicción general, las dificultades inherentes a asegurar en formaciones restringidas la adecuada distribución geográfica equitativa que rige para el pleno, así como el riesgo de romper la *unidad de doctrina* en la misma Corte, han militado en contra de atribuirle facultades para distribuir los asuntos en *salas o secciones ordinarias de justicia*, al modo que lo hacen otros tribunales internacionales (por ej., el TEDH).

El Estatuto de la Corte sí contempla la posibilidad de constituir tres tipos de *Salas Especiales* cuya competencia no se basa —como las de otras jurisdicciones— en criterios de eficacia y/o economía procesal, sino que se limita a los asuntos que las partes les sometan. Se trata de: a) la *Sala de Procedimiento Sumario* (art. 29); b) las *Salas Especializadas* en determinadas categorías de controversias (de trabajo, tránsito y comunicaciones son las citadas a título indicativo por el Estatuto, art. 26.1, con claras reminiscencias del pasado), vía inexplorada por la Corte hasta que en 1993 constituyó una Sala en materia de *medio ambiente*, más acorde con los nuevos tiempos, cuyo mandato se ha venido prorrogando desde entonces; y, c) las *Salas ad hoc*, destinadas a conocer de un asunto determinado (art. 26.2).

Sólo la *Sala de procedimiento sumario* debe, por imperativo estatutario, ser constituida por la Corte anualmente con cinco de sus jueces, entre los que necesariamente se encontraran su Presidente y Vicepresidente; no obstante, hay que remontarse a tiempos de la Corte Permanente de Justicia Internacional

para localizar el único asunto sometido a una Sala de este tipo (*Interpretación del Tratado de Neuilly*, 1924).

El Estatuto confiere a la Corte la facultad —que no la obligación— de constituir las otras dos Salas. Tratándose de *Salas Especializadas* se dice que lo hará cuando lo estime necesario, siendo entonces cuando la Corte debe precisar la categoría de asuntos a tratar, la duración de sus atribuciones y el número de miembros, no inferior a tres; como así hizo mediante la mencionada Sala en materia de medio ambiente (compuesta por siete magistrados elegidos por un mandato de tres años), con la que se pensó dar respuesta a la experimentación de flamantes cláusulas compromisorias insertas en Convenciones tales como la relativa a la protección de la capa de ozono (1985, art. 11); cambio climático (1992, art. 14); y diversidad biológica (1992, art. 27). Pero hasta ahora no ha sido así, siendo en cambio el pleno de la Corte el que, atendiendo a diversos títulos de jurisdicción, ha tenido o tiene ante sí asuntos en los que, directa o indirectamente, están implicadas cuestiones medioambientales (por ej., *Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997; *Pasteras en el río Uruguay*, 2010; *Herbidas*, pendiente; *Caza de ballenas en el Antártico*, pendiente).

La constitución de Salas *ad hoc* depende de la solicitud de las partes en una controversia, cuya opinión cuenta en la determinación del número de jueces y composición de la Sala (art. 17 del Reglamento tras las revisiones de 1972 y 1978). Este papel de las partes ha influido en su utilización por los Estados. Hasta la fecha se han constituido seis Salas de cinco miembros cada una y, salvo la relativa al asunto *Elettronica Sicula* (instituida por acuerdo de Estados Unidos e Italia a raíz de la cláusula compromisoria de un tratado de amistad, comercio y navegación de 1948), el resto (Estados Unidos/Canadá, 1981; Burkina-Faso/Mali, 1983; El Salvador/Honduras, 1986 y 2002; Benin-Níger, 2002) lo han sido en virtud de *compromiso* y en relación con asuntos sobre delimitación fronteriza.

Las Salas son competentes para conocer tanto del objeto de la demanda como de todos los incidentes que puedan acompañarla y sus órdenes y sentencias se entienden dictadas por la misma Corte, no siendo susceptibles de elevación al Pleno.

CXI. IUS STANDI

466. Competencia contenciosa y consultiva

En el ejercicio de su función judicial, la Corte desempeña una doble competencia: 1) *contenciosa*, sobre controversias entre Estados que decide mediante *sentencias* (arts. 34 y 59 del Estatuto); y, 2) *consultiva*, que se concreta en *dictámenes* u *opiniones* sobre cualquier cuestión jurídica que le sometan la Asamblea General, el Consejo de Seguridad o cualquier otro órgano de Naciones Unidas

(el Consejo Económico y Social) u organismo especializado (todos, salvo la UPU y el OIEA) autorizado por la Asamblea (art. 96 de la Carta); los Estados carecen por tanto de legitimación activa por esta vía, y en ningún caso (ni por vía contenciosa ni consultiva) gozan de *ius standi* ante la Corte los particulares, personas físicas o jurídica, ni las ONG.

467. Los Estados, no todos, ¿no sólo?

Ahora nuestro interés se centra en la competencia contenciosa de la Corte. Todos los Estados, pero sólo ellos, pueden ser partes (art. 34.1 de su Estatuto), no existiendo *a priori* controversias excluidas por razón de la materia (art. 36.1). Conviene en este sentido considerar que: a) todos los Estados miembros de Naciones Unidas (192 en la actualidad) lo son *ipso facto* del Estatuto de la Corte (art. 93.1 de la Carta); b) los Estados no miembros de la ONU pueden llegar a ser partes en el Estatuto de conformidad con las condiciones que en cada caso determine la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad (art. 93.2 de la Carta y 35.1 del Estatuto de la Corte); y, c) el resto de Estados —no miembros de Naciones Unidas ni partes en el Estatuto de la Corte— podrá litigar ante la Corte de acuerdo con las condiciones fijadas por el Consejo de Seguridad con sujeción a las disposiciones especiales de los *tratados vigentes*, que en ningún caso podrán colocar a las partes en situación de desigualdad (art. 35.2 del Estatuto).

Tales condiciones fueron establecidas por el Consejo en 1946 para atender la situación de Albania en relación con el asunto del *Estrecho de Corfú* (1949), siendo invocadas posteriormente por otros Estados en fechas en las que no eran miembros de la ONU ni partes en el Estatuto de la Corte (Italia, Camboya, Ceilán, Finlandia, Japón, Laos, RF de Alemania y República de Vietnam).

Cuando en 2004 la Corte debió decidir sobre su jurisdicción en la demanda interpuesta por la RF de Yugoslavia (RFY) en 1999 contra los diez Estados miembros de la OTAN que habían bombardeado Serbia a partir de marzo de ese año, los jueces estimaron que el demandante carecía de *ius standi* por no ser en la fecha de interposición de la demanda miembro de Naciones Unidas ni parte en el Estatuto de la Corte. Los jueces también excluyeron su legitimación con base en tratados vigentes (supuesto del art. 35.2) al considerar que los tratados a los que se refería esta disposición sólo podían ser los tratados con cláusulas compromisorias a favor de la Corte Internacional de Justicia (no de su antecesora, la CPJI), vigentes *en el momento en que el propio Estatuto entraba en vigor*. No era el caso de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948), que era el instrumento invocado (CIJ; *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004). Esta argumentación chocaba, sin embargo, con el hecho de que años antes la misma Corte había admitido su jurisdicción en demanda planteada por Bosnia-Herzegovina contra la RFY con base en la misma Convención, sin que se planteara esta cuestión (*Genocidio en Bosnia*, 1996), y más

adelante, cuando hubo de resolver el fondo (2007), consideró que su decisión sobre jurisdicción era *cosa juzgada*. La situación fue más embarazosa cuando la Corte, en 2008, admitió asimismo su jurisdicción sobre la demanda que en 1999 había interpuesto Croacia contra la RFY sobre una base similar a la de Bosnia-Herzegovina. Si en 1999 la RFY carecía de *ius standi* para demandar, tampoco debía contar con él para ser demandada. La Corte, sin embargo, entendió que la falta de legitimación del demandado en la fecha de interposición de la demanda era subsanable y había sido subsanada en la fecha en que el demandante depositó su memoria (2001), pues para entonces la RFY ya había accedido a la condición de miembro de las Naciones Unidas. Al margen de las críticas que la decisión en sí misma suscita, hay quien se pregunta por qué la Corte no aplicó la misma medida a la RFY como demandante de los miembros de la OTAN que bombardeaban juntos.

Este caso permitió comprobar además lo insatisfactoria que resulta la exclusión de las Organizaciones Internacionales como partes en procedimientos contenciosos y, también, el acusado *bilateralismo* de estos procedimientos. Al dejar fuera a la OTAN, por un lado, y estimar el fundamento de competencia de la Corte Estado a Estado, por otro, los jueces se habrían visto forzados, de haber aceptado su jurisdicción, a un racimo de juicios asimétricos. Eso podría explicar que, para evitarlo, asumieran los costes de una interpretación de su Estatuto que algunos podrían calificar de no menos asimétrica.

468. ¿Quién representa al Estado?

Cuestión distinta a la del derecho de un Estado a acceder a la Corte es determinar si el gobierno que presenta una demanda lo representa. ¿Debe la Corte rechazar de oficio el registro de una demanda interpuesta por un gobierno *de facto* resultante de un golpe de estado? ¿Podrá evitar plantearse esta cuestión si el gobierno legítimo y derrocado en el exilio desautoriza la presentación de la demanda? ¿Habrà de ser el Estado demandado el que deba hacer de esa circunstancia una excepción preliminar a su admisibilidad? ¿Tendrá en cuenta la Corte una eventual condena del gobierno golpista por los órganos políticos de las Naciones Unidas? Estas interrogantes sobrevolaron La Haya (y Nueva York) una vez que el gobierno *de facto* de Honduras planteó (octubre de 2009) una demanda contra Brasil, a cuento de la presencia y actividades del Presidente constitucional, Rodolfo Zelaya, en la sede de la embajada brasileña en Tegucigalpa. La Asamblea General había condenado (res. 63/301) el golpe de estado y había hecho un llamado firme y categórico a todos los Estados a no reconocer ningún otro gobierno que el de Zelaya, cuya ministra de Relaciones Exteriores informó a la Corte el cese de los agentes del gobierno golpista. En estas circunstancias la Corte optó por no hacer nada y esperar. Finalmente, el gobierno hondureño surgido de las elecciones gestionadas por el gobierno *de facto* retiró la demanda. La Corte lo consideró entonces un *desistimiento*, lo que sugiere una aceptación

implícita de la representatividad del gobierno *de facto*. Obviamente, para ordenar la eliminación del asunto de la lista de casos pendientes tuvo antes que incorporarlo a ella (*Ciertas cuestiones en materia de relaciones diplomáticas*, 2010).

XCII. LOS FUNDAMENTOS DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA

Sentado el principio de jurisdicción voluntaria en el que reposa la competencia contenciosa de la Corte, reiteradamente evocado por su jurisprudencia, es preciso considerar cuándo y cómo pueden los Estados manifestar su consentimiento, antes o después del nacimiento de la controversia, mediante tratado o por el juego de las declaraciones previstas en *cláusula opcional* (art. 36.2 del Estatuto).

469. El consentimiento 'a posteriori': *Compromiso*

El consentimiento prestado *a posteriori* puede ser el fruto de un acuerdo *expreso* (un *compromiso*) o la aceptación por el demandado, incluso mediante actos concluyentes, de la *oferta* de sumisión a la Corte que se supone en la interposición de una demanda por otro Estado, lo que da juego al principio del *forum prorogatum*.

El *compromiso judicial* comporta la expresión del acuerdo de las partes sometiendo a la Corte una controversia ya viva (art. 36.1 del Estatuto). Como el arbitral, en este *acuerdo especial* las partes deberán definir el objeto del litigio y lo que solicitan del tribunal, incluido, en su caso, la delimitación del Derecho aplicable; pero es obvio que siendo la Corte un órgano permanente que actúa conforme a reglas procesales predeterminadas, no será preciso determinar otras condiciones de tipo funcional (salvo en lo tocante a la posible designación de jueces *ad hoc* y/o la solicitud de constitución de una Sala *ad hoc*).

Apenas una veintena de contenciosos (un quince por ciento del total) ha sido sometida a la Corte Internacional de Justicia mediante compromiso y de ellos una abrumadora mayoría han tenido como objeto controversias territoriales. Así, entre los más recientes, *Controversia fronteriza* (El Salvador/Honduras), *Controversia territorial* (Libia/Chad), *Isla de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibia), *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia), *Controversia fronteriza* (Benin-Níger) y *Soberanía sobre Pedro Branca* (Malasia/Singapur).

Caso singular fue el de la *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein*, en la medida en que la Corte trató como un *compromiso* en el que estaba pendiente de concreción el objeto de la controversia un acuerdo que una de las partes, Bahrein, interpretaba sólo como la asunción de una

obligación para llegar a un compromiso, lo que le hizo discutir la competencia de la Corte. Ésta se habría ahorrado algún problema si hubiera interpretado el acuerdo como una cláusula compromisoria, facilitando la demanda unilateral. Al no hacerlo así, la Corte se enredó en términos que algún juez disidente criticó aceradamente.

470. *'Forum prorrogatum'*

Según jurisprudencia constante, si bien la competencia de la Corte depende del asentimiento de las partes en la controversia, éste no ha de someterse o subordinarse a la observancia de una forma determinada (CPJI, *Derechos de las minorías en la Alta Silesia*, 1928; CIJ, *Estrecho de Corfú*, 1949; *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952). Ello ha dado pábulo al principio de *forum prorrogatum*, que permite, interpuesta una demanda sin un fundamento explícito, la aceptación de la competencia de la Corte por el demandado mediante un acto expreso separado y sucesivo (así, en *Estrecho de Corfú*, 1949), o incluso de un comportamiento concluyente, como sería la contestación a la demanda o la personación en el proceso sin plantear excepciones de competencia o de admisibilidad (así en *Haya de la Torre*, 1951). Se trata de expresar el principio de *no formalismo* en la expresión del consentimiento (v. par. 4).

El art. 38.5 del Reglamento de la Corte regula los supuestos en los que su competencia se pretende fundar en un *consentimiento todavía no dado* o manifestado por el Estado contra el que se plantea la solicitud, disponiendo que la demanda le será transmitida, no adoptándose ninguna providencia en tanto éste no acepte la jurisdicción de la Corte. En los tiempos más recientes ha sido Francia la que, frente a demandas interpuestas por Estados africanos pertenecientes a la Comunidad Francesa (República del Congo, *Ciertos procedimientos penales*, 2003, y Djibouti, *Auxilio judicial en materia penal*, 2008) ha admitido la jurisdicción de la Corte con base en este principio.

471. *Consentimiento anticipado mediante tratado*

De conformidad con el artículo 36.1 del Estatuto la jurisdicción de la Corte se extiende “a todos los asuntos especialmente previstos... en tratados y convenciones vigentes”. Ello se da en alrededor de ciento treinta instrumentos multilaterales y ciento sesenta bilaterales, incluidos tanto tratados generales de arreglo pacífico como cláusulas compromisorias —generales y especiales— insertas en una y otra clase de tratados (v. par. 461).

Desde una perspectiva multilateral, el *Acta General* revisada (1949), en el ámbito universal, y la Convención europea para el arreglo pacífico de las controversias (1957) y el Pacto de Bogotá (1948), en el regional, son conocidos *instrumentos generales de arreglo pacífico* en los que las partes acuerdan la sumisión

de sus controversias de *orden jurídico* a la Corte. Ya nos hemos referido al uso que se ha hecho de ellos (v. par. 459).

Por otro lado, apenas superan la media docena los *tratados de arreglo pacífico bilaterales* concluidos después de 1945 previendo el recurso a la jurisdicción de la Corte (así los celebrados por Venezuela, con Colombia y Brasil). Un objetivo similar cumplen las *cláusulas compromisorias generales* insertas en *tratados de amistad, comercio y navegación*, estipulando la sumisión a la Corte de todas las controversias que pudieran originarse entre las partes. Estados Unidos concertó entre 1946 y 1962 casi una veintena de estos tratados y tres de ellos (los celebrados con Nicaragua, 1946, Italia, 1948, e Irán, 1955), han servido como títulos de jurisdicción en asuntos planteados a la Corte (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1984 y 1986; *Elettronica Sicula*, 1989; *Plataformas petrolíferas*, 1996 y 2003).

Mediante las *cláusulas compromisorias especiales* la aceptación por las partes de la jurisdicción de la Corte, normalmente precedida del agotamiento de otros medios de arreglo, se limita a las controversias que pueda suscitar la aplicación o interpretación de todas o algunas de las disposiciones del tratado en que se insertan. Argentina demandó a Uruguay (*Pasteras en el río Uruguay*, 2010) con base en una de estas cláusulas (la cláusula compromisoria inserta en el tratado sobre el río Uruguay, 1975, art. 60).

Entre los tratados multilaterales que incluyen este tipo de cláusulas merece la pena mencionar: 1) los relativos a la *protección de los derechos humanos*; 2) el *transporte por carretera* y la *navegación marítima y aérea*; 3) la *prohibición de armas nucleares*, la *represión del tráfico ilícito de drogas* y la *prevención de la contaminación*; y, 4) las *Convenciones —o los Protocolos anejos a las mismas— de codificación y desarrollo progresivo* del Derecho Internacional. Consideración aparte merecen las cláusulas insertas en tratados fundacionales de organismos internacionales previendo el recurso a la jurisdicción de la Corte respecto de las controversias que surjan en el ámbito de sus actividades.

Entre los tratados bilaterales destacan los de *transporte y servicios aéreos*, los de *cooperación y asistencia económica* (casi todos celebrados por los Estados Unidos con países europeos, con España en 1953) y los de *relaciones consulares* (un gran número concluidos por Reino Unido con países del continente, con España en 1961).

No son auténticas *cláusulas compromisorias* de aceptación de la jurisdicción de la Corte las que hacen depender su competencia de: 1) la común elección de las partes en la controversia, como ocurre en el ámbito de la CONVEMAR (art. 287), ó 2) el consentimiento *in casu*, como se prevé en el Tratado Antártico (art. XI), la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono (art. 11), la Convención de Nueva York sobre los cambios climáticos (art. 14) y la Convención de Río sobre la diversidad biológica (art. 27).

A pesar de estos números, sólo alrededor de un tercio del total de asuntos sometidos a la Corte ha tenido su fundamento en tratados y cláusulas compro-

misorias. Las reservas y exclusiones permitidas en —o formuladas a— unos y otras pueden en parte explicarlo si nos referimos a instrumentos multilaterales. No obstante, en los últimos años han aumentado los casos en que se ha invocado este fundamento de jurisdicción.

Así, entre los tratados multilaterales a los que, con éxito o sin él, han acudido los Estados demandantes cabe mencionar: 1) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, (1969, art. 66, relativo a las controversias sobre la nulidad o terminación de un tratado por su oposición a *ius cogens*, v. par. 226), invocado por la RD del Congo contra Ruanda (*Actividades armadas en el Congo*, 2006); 2) el Protocolo Facultativo a la Convención de Viena sobre relaciones consulares (1963, sobre controversias relativas a la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención), invocado contra Estados Unidos por Paraguay (*Breard*, 1998), Alemania (*LaGrand*, 2001) y México (*Avena y otros súbditos mexicanos*, 2004), así como por Guinea contra la RD del Congo (*Ahmadou Sadio Diallo*, 2007); 3) la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948, en relación con la responsabilidad de un Estado por este delito), invocada por la RD del Congo contra Ruanda en el asunto ya citado, por la RF de Yugoslavia contra varios países miembros de la OTAN (*Licitud del empleo de la fuerza*, 2004), por Bosnia-Herzegovina (*Genocidio en Bosnia*, 1996 y 2007) y por Croacia (*Genocidio en Croacia*, 2008) contra la RF de Yugoslavia; 4) la Convención de Montreal sobre actos ilícitos dirigidos c. la seguridad de la aviación civil (1971, en relación con controversias relativas a su interpretación y aplicación), invocada por Libia contra Estados Unidos y Gran Bretaña (*Lockerbie*, 1998); 5) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965, en relación con controversias relativas a su interpretación y aplicación) invocada por Georgia contra Rusia (*Aplicación de la Convención sobre Discriminación Racial*, 2008); 6) la Convención contra la Tortura (1984, también en relación con controversias sobre su interpretación y aplicación), invocada por Bélgica contra Senegal (*Perseguir o extraditar*, 2009).

De acuerdo con el artículo 37 del Estatuto la competencia de la Corte se extiende *por lo que respecta a las partes en el Estatuto* a los viejos tratados y convenciones vigentes en los que se previó la sumisión de controversias a la Corte Permanente de Justicia Internacional. *Tratados de conciliación, arreglo judicial y arbitraje* bilaterales, aún vigentes, se concertaron a cientos en el período entre guerras. En el asunto *Barcelona Traction* (1964) la competencia de la Corte se sustentó en uno de estos tratados, el hispano belga de 1927. Más recientemente, en los asuntos sobre la *Licitud del empleo de la fuerza* (2004) la RF de Yugoslavia alegó como una de las bases de jurisdicción frente a Bélgica y los Países Bajos, sendos tratados de esta especie suscritos en los años treinta. La Corte consideró, sin embargo, que lo dispuesto en el artículo 37 se aplicaba solamente entre las partes en el Estatuto y puesto que ya se había establecido que el demandante no lo era al interponer la demanda (1999) concluyó que los tratados invocados no podían ofrecer un fundamento de jurisdicción admisible.

472. *La cláusula opcional: declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte*

Los Estados partes en el Estatuto pueden “declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; y, d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional” (art. 36.2 del Estatuto). Se trata de la conocida declaración hecha de conformidad con la *cláusula opcional o facultativa*, cuyo funcionamiento está presidido por los principios de *mutualidad* y *reciprocidad*, siendo la confluencia de dos declaraciones en el común denominador de su contenido (actos unilaterales, pero dependientes) lo que determinará la competencia de la Corte (v. *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 1998). La *cláusula* fue concebida como un sucedáneo de la jurisdicción obligatoria al redactarse el Estatuto de la Corte Permanente. Las declaraciones hechas entonces mantuvieron su vigencia en los términos en que fueron redactadas (art. 36.5). Una de ellas, siete en total, la de Nicaragua sirvió de base, precisamente, de la jurisdicción de la Corte en el caso *Nicaragua* (1984, 1986).

Dado el ambicioso objetivo pretendido a través de estas declaraciones (alcanzar un consentimiento *general* y *anticipado* de sometimiento a la Corte) alentarlas es un gesto de *internacionalismo* que, además, no cuesta dinero, por lo que es frecuente descubrir bienintencionadas recomendaciones en toda clase de documentos y declaraciones *legeferendistas*, de la *Declaración de Manila* (1982) a, por ejemplo, la res. 57/26 de la AG sobre la *Prevención y solución pacífica de controversias*, de 2002.

Sin embargo, la respuesta dada por los Estados *uti singuli* a estas reiteradas llamadas de atención que ellos mismos se formulan *uti universi* ha sido hasta ahora bastante rácana. Actualmente sólo sesenta y seis Estados, apenas uno de cada tres miembros de Naciones Unidas ha formulado y mantiene vivas declaraciones conforme a la *cláusula opcional*, entre ellos sólo uno (Reino Unido) de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Francia y Estados Unidos denunciaron sus declaraciones en 1974 y 1985, respectivamente, después de tener que hacer frente a demandas que cuestionaban —según su interpretación— sus intereses estratégicos como grandes potencias (asuntos de los *Ensayos nucleares*, 1974, y *Nicaragua*, 1984 y 1986).

473. *Condiciones y reservas en las declaraciones*

El examen de las cifras se hace más desalentador si atendemos a la *calidad* de las declaraciones, en su inmensa mayoría cargadas de reservas, cada vez

más amplias y genéricas, cuyo impacto se ve multiplicado por el juego de la reciprocidad. Tan es así que casi pueden contarse con los dedos de una mano las declaraciones *limpias*, incondicionales, actualmente vigentes, entre ellas las formuladas en tiempos de la Corte Permanente y en los primeros años de vida de la Corte actual.

El Estatuto admite, sí (art. 36.3), que las declaraciones se hagan por tiempo determinado o bajo condición de que otros Estados también las formulen. Sin embargo, interpretada libérrimamente, mucho más allá de lo que el buen juicio y la intención de sus redactores pudieron suponer, esta disposición ha sido una espita abierta por la que en la práctica se han colado, junto a declaraciones por tiempo indefinido sujetas a denuncia de efecto inmediato, reservas de toda suerte y condición (*ratione temporis, materiae, personae, litis pendenciae...*), como si el objeto perseguido por los declarantes fuese aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte de cara a la galería, para a continuación vaciarla de contenido.

Fijémonos en las cláusulas temporales relativas a la *vigencia, modificación y denuncia* de la declaración, que pueden hacerse: 1) por tiempo limitado (cinco años es el más habitual), renovable o no automáticamente, o pendiente de la notificación de su terminación o modificación; y, 2) por tiempo indeterminado, sujeto o no a la posibilidad de modificación, retiro o denuncia con preaviso (de seis a doce meses es lo más usual) o sin él (denuncia o modificación de efecto inmediato).

Con objeto de paliar la inseguridad jurídica que generan las declaraciones por tiempo indefinido sujetas a denuncia o modificación de efecto inmediato —mayoritarias entre las vigentes y normalmente desde su recepción o notificación al Secretario General de Naciones Unidas—, o sin plazo de preaviso, la Corte ha sentado en su jurisprudencia (*Nottebohm*, 1953, *Derecho de paso por el territorio indio*, 1957; *Interhandel*, 1959, *Nicaragua*, 1984...) tres directivas que conviene valorar: a) la pérdida de vigencia, modificación o denuncia de la declaración tras la incoación del procedimiento no es obstáculo para que prosiga; b) la reciprocidad no opera respecto de las condiciones formales de creación, modificación o denuncia de una declaración; y, c) los efectos de la denuncia o modificación de una declaración que prevea su efecto diferido se pospondrá durante un *plazo razonable* en atención al principio de buena fe. Este argumento sirvió para frenar los efectos inmediatos pretendidos por la llamada *reserva Shultz*, 1984, excluyendo de la competencia de la Corte controversias en la región centroamericana, depositada sólo tres días antes de que Nicaragua demandara a los Estados Unidos. La declaración de Estados Unidos (1946) preveía un preaviso de seis meses.

España ha dispuesto que su declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte (1990) permanecerá en vigor por tiempo indefinido, en tanto no sea retirada o reemplazada por otra, fijando para ello un preaviso de seis meses a contar desde la recepción de tal notificación al Secretario General de Naciones Unidas; ahora bien, respecto de aquellos Estados que hubieran es-

tablecido un plazo inferior en sus declaraciones, la retirada española surtirá efectos en dicho plazo más breve. Para la modificación o retirada de las reservas anejas a su declaración España, astutamente, propone un régimen diferente, estableciendo que sus efectos se determinan en la fecha de la recepción de su notificación al Secretario General, lo que supone arrogarse un derecho de *denuncia parcial de efectos inmediatos*.

Distintas a las cláusulas temporales son las reservas *ratione temporis*, sin las cuales la jurisdicción de la Corte podría ejercerse con efectos retroactivos una vez depositada la declaración en la Secretaría de Naciones Unidas (art. 36.4 del Estatuto). De ahí que más de un tercio de las declaraciones actualmente vigentes incorporen reservas de exclusión de la jurisdicción de la Corte sobre las controversias anteriores a una determinada fecha, coincidente o no con la de la declaración, o nacidas de hechos o situaciones anteriores a la misma.

En este sentido, España excluye de su aceptación de la jurisdicción de la Corte las controversias surgidas antes del depósito de su declaración, o relativas a hechos o situaciones acaecidas con anterioridad a dicha fecha, aunque dichos hechos o situaciones puedan seguir manifestándose o surtiendo efectos con posterioridad, con lo que se dijo querer evitar la sumisión a la Corte del contencioso de Gibraltar (v. par. 64). Asimismo, España ha limitado la operatividad de su declaración respecto de las demandas planteadas por otros declarantes en los doce meses siguientes al depósito de su declaración, lo que le permite sortear las demandas *por sorpresa* y/o modificar o denunciar (total o parcialmente) a tiempo la declaración española. Esta cautela valió a España para hurtarse a la demanda de la RF de Yugoslavia en el asunto de la *Licitud del empleo de la fuerza*, 1999, interpuesta a los cuatro días del depósito de la declaración yugoslava. Cuando Camerún demandó a Nigeria a los quince días de haber depositado su declaración (*Frontera terrestre y marítima*, 1998 y 2002), Nigeria trató de zafarse arguyendo que no se le había notificado previamente. En su opinión, las demandas por sorpresa suponían un abuso del sistema y rayaban en la mala fe. La Corte sostuvo, sin embargo, el precedente establecido ya en 1957 (*Derecho de paso por territorio indio*). Las declaraciones son efectivas desde la fecha misma de su depósito y los Estados que quieran evitarlo cuentan con medios para precaverse por anticipado.

Mediante las reservas *ratione personae* se pretende excluir las controversias que surjan con determinados Estados, especificados *eo nomine* o deducidos de determinadas circunstancias.

Dentro de este grupo se encuentra, por ejemplo, la sistemática reserva de algunos miembros de la *Commonwealth* británica descartando las controversias que se originen entre ellos; así como las que en otro tiempo formularon simultáneamente Israel y algunos países árabes, excluyendo las controversias con Estados o Gobiernos no reconocidos o con los que no se mantuvieran relaciones diplomáticas.

En relación con este tipo de reservas España (en el mismo sentido que otros declarantes, Reino Unido entre ellos) ha optado por excluir, con carácter general, las controversias con Estados que sólo hubiesen aceptado la jurisdicción de la Corte respecto de una controversia concreta o para los fines exclusivos de la misma.

Las reservas *ratione materiae* son numerosas y varían considerablemente en cuanto a su objeto en función de las categorías de controversias que los declarantes, en atención a sus peculiares circunstancias (geográficas, políticas, económicas, históricas...), pretendan excluir de la jurisdicción de la Corte.

Es así característico que los Estados con problemas fronterizos, terrestres o marítimos, eviten las controversias que les conciernen prefiriendo, en su caso, someterlas a la Corte por vía de compromiso; o que previendo litigios derivados de la aplicación de su legislación interna sobre el medio marino, por ejemplo, cuando pretenden ejercer jurisdicción más allá de la Zona Económica Exclusiva, sustraigan a la competencia de la Corte los contenciosos que puedan originar sus actos como hizo Canadá al modificar por enésima vez, en 1994, su declaración con una reserva que valió para que la Corte se abstuviera de conocer la demanda interpuesta por España cuando Canadá apresó un pesquero español en alta mar recurriendo a la fuerza (*Pesquerías transzonales*, 1998).

Dentro de las reservas *ratione materiae* cabe también mencionar las que prevén la exclusión de las controversias derivadas de conflictos o actividades armadas (incluida en una media docena de declaraciones vigentes); así como las derivadas de la interpretación o aplicación de un tratado multilateral, salvo que todas las partes (interesadas) en él lo sean ante la Corte o el declarante acepte expresamente para el caso su jurisdicción; prevista en la declaración de Estados Unidos, fue tenido en cuenta por la Corte en el caso *Nicaragua* (1984, 1986) (v. par. 143).

Párrafo aparte merece la denominada *reserva automática* (incorporada por primera vez en la declaración de 1946 de los Estados Unidos —*reserva Connally*— y pronto copiada por otros Estados), por la que el declarante exceptúa de la competencia de la Corte los asuntos pertenecientes esencialmente a su jurisdicción interna, según su propia apreciación. Sin embargo, su efecto *boomerang* debido al juego de la reciprocidad (Noruega la alegó en detrimento de Francia en el asunto de los *Empréstitos noruegos*, 1957), unido al sentimiento generalizado de invalidez de la reserva —susceptible incluso de arrastrar la de la misma declaración que la sustenta— por burlar la competencia de la Corte para decidir sobre su propia competencia (art. 36.3 del Estatuto), según sostuvo el Juez Lauterpacht (en el mencionado asunto y en *Interhandel*, 1959) ha empujado a algunos Estados a desecharla y disuadido a los que la mantenían a invocarla en su beneficio (así, no la mencionó Estados Unidos en *Nicaragua*, 1984); de manera que hoy no son ni media docena los Estados que suscriben esta reserva.

Muy frecuente es, en cambio, la reserva *ratione litis pendentiae* (incluida en cerca de dos terceras partes de declaraciones vigentes, la de España entre

ellas), en virtud de la cual el declarante excluye de la jurisdicción de la Corte las controversias para las que las partes hubiesen convenido o convengan otro medio de arreglo.

Ante la menguada y estrecha disposición de los Estados por hacer de las declaraciones conforme a la *cláusula opcional* una vía efectiva de aceptación de la jurisdicción de la Corte, cabe maravillarse del elevado número de contenciosos (más de la mitad hasta la fecha) en los que tales declaraciones han servido como uno, o el único, de los fundamentos de su competencia. Esa sensación se deshincha, sin embargo, sobre el mural del número total de casos planteados y el considerable nivel de denuncia y/o de impugnación de la jurisdicción de la Corte por los demandados sobre esta base.

Pueden así recordarse las denuncias de sus declaraciones por parte de Francia, Estados Unidos o Israel; la no renovación de algunas cuando llegaron a su término (caso de Irán a resultas del asunto *Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952, o de Turquía tras el asunto de la *Delimitación de la plataforma continental del Mar Egeo*, 1978), o las modificaciones para restringir su alcance (como hizo la India tras ser demandada por Portugal en el asunto del *Derecho de paso por territorio indio*, 1957; Australia, tras ser demandada por Nauru (*Ciertas tierras fosfáticas en Nauru*, 1992) o Nigeria, tras la demanda de Camerún en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima* (1994-2002), modificando (en 1998) su declaración incondicional (que databa de 1965).

474. El Pacto de Bogotá y la cláusula opcional

Teniendo en cuenta que el artículo XXXI del *Pacto de Bogotá* (1948) es un calco del artículo 36.2 del Estatuto de la Corte, sus relaciones con las declaraciones conforme a la *cláusula opcional* han sido debatidas en el pasado en términos de *sustitución*, *subordinación* e *independencia*, hasta que finalmente la Corte (*Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, Nicaragua c. Honduras, 1988) declaró que las obligaciones asumidas por los Estados partes en el Pacto eran independientes de las deducidas de las declaraciones de esos mismos Estados conforme al artículo 36.2 del Estatuto. La Corte ha confirmado su criterio en el contencioso entre Nicaragua y Colombia (*Controversia territorial y marítima*, 2007).

Ambas pueden ser invocadas y el hecho de que, constatada por la Corte la pertinencia del Pacto como fundamento de su competencia, no se pronuncie sobre la declaración (o viceversa) responde a un principio de economía procesal, no a clase alguna de subordinación. Por lo mismo uno y otro fundamento operan dentro de los límites que marca su fuente, sin que los de uno puedan acumularse a los del otro para restringir la competencia de la Corte.

De esta manera, un Estado que se ha obligado por el Pacto no puede formular reservas después ni puede pretender condicionar o limitar este fundamento de jurisdicción con las reservas (estas sí modificables) que acompañen a su eventual declaración conforme al artículo 36.2 del Estatuto. Para ello la única vía

posible sería la de formular una reserva al Pacto (como hizo Estados Unidos al firmarlo, si bien no lo ha ratificado) estableciendo dicha vinculación.

En la práctica existe una significativa coincidencia entre los Estados partes en el Pacto y los que han formulado declaraciones conforme a la *cláusula opcional* del Estatuto. Sólo una de las partes en el Pacto (Chile) ha estado siempre al margen del mecanismo de la *cláusula opcional*. Por lo demás, no hay en la actualidad ningún Estado latinoamericano que mantenga viva una declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte conforme al artículo 36.2 del Estatuto sin ser parte en el Pacto de Bogotá.

Así, para desembarazarse de las obligaciones dimanantes del Pacto será preciso denunciarlo. Para hacer lo mismo con las obligaciones deducidas de una declaración será preciso retirarla. Para escapar al alcance de la competencia de la Corte habrá que hacer ambas cosas. Eso es lo que hizo precisamente El Salvador, de manera que la *Controversia fronteriza* con Honduras se sometió a la Corte mediante *compromiso* (1986) que concretaba las previsiones del Tratado General de Paz (1980), lo que no impidió que las partes discreparan luego sobre su objeto.

475. Competencia y fondo

La Corte ha afirmado en términos muy estrictos la separación entre la cuestión de la competencia, que exige el consentimiento de los Estados, y las cuestiones de fondo (la compatibilidad o no de los actos estatales con el Derecho Internacional), que sólo pueden ser apreciadas una vez que la competencia ha sido establecida, sin que la oponibilidad *erga omnes* de una obligación o la naturaleza imperativa (*ius cogens*) de las norma de cuya violación se trata deban alterar un ápice esta conclusión (*Timor oriental*, 1995; *Actividades armadas en el Congo* (RD del Congo c. Ruanda, 2006).

Establecida la jurisdicción de la Corte, ésta se extiende en la medida —y sólo en la medida— en que la base o fundamento de jurisdicción lo permite. La Corte ha de ajustar siempre su sentencia sobre el fondo a las cuestiones respecto de las cuales afirma su competencia. Así, por ejemplo, en el asunto relativo al *Genocidio en Bosnia*, 2007), la Corte explicita que, fundándose su competencia en el art. IX de esta Convención, sólo puede pronunciarse sobre violaciones que tengan que ver con ella, y no con otras relativas a la protección de derechos humanos en conflictos armados (aunque se trate de normas imperativas).

CXIII. EL PROCEDIMIENTO Y SUS INCIDENTES

476. Consideraciones generales

La incoación de un litigio ante la Corte tiene lugar, bien mediante la notificación del compromiso por las partes —o por una de ellas—, bien mediante soli-

itud escrita dirigida al Secretario en el caso de que la competencia de la Corte se sustente en cualquier otro fundamento, indicándose en todo caso la parte que presenta la solicitud (demandante) y contra quién se propone (demandado), el objeto de la controversia, así como las bases legales y una exposición sucinta de los hechos (arts. 40 del Estatuto y 38 y 39 del Reglamento).

La Corte está facultada (art. 31.5 del Estatuto) para ordenar la acumulación de autos si comprueba que las partes (demandantes y/o demandados) tienen un mismo interés (como Etiopía y Liberia en el asunto del *Sudoeste africano*, 1962, o Dinamarca y los Países Bajos en los asuntos de la *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969). No suele hacerlo. Es revelador que no lo hiciera en las demandas planteadas por Libia contra Estados Unidos y Reino Unido (*Lockerbie*, 1992), ni en las interpuestas por la RF de Yugoslavia contra diez países miembros de la OTAN bombardeando juntos (*Licitud del empleo de la fuerza*, 1999).

La Corte ha admitido que, en principio, la demora en el ejercicio de la acción judicial una vez que se dan las condiciones para ello podría hacer inadmisibile una demanda, pero advierte que no existiendo plazo alguno de prescripción, ni general ni estatutario, sólo cabe decidir la cuestión teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto (*Nauru*, 1992; *Avena*, 2004).

La demanda, una vez presentada, es susceptible de ampliación, siempre que no cambie la naturaleza de la controversia. De no ser así podría ser considerada una demanda nueva, vulnerable a la objeción preliminar del demandado (v. *Nauru*, 1992). Cabe, no obstante, cuestionarse una determinación así, en la medida en que la demanda *nueva* se formule antes de —o con— el depósito de la *memoria* y su objeto satisfaga los fundamentos de jurisdicción con que se cuenta; ello por un principio de economía procesal, pues nada impide al demandante transformar la demanda *nueva* en una *nueva* demanda (*Genocidio en Croacia*, 2008).

La necesidad de acomodar el objeto de la demanda al fundamento de competencia que se invoca ante la Corte sugiere la distinción entre la *causa* de la demanda y su *objeto*. En *Plataformas petrolíferas* (2003) la *causa* de la demanda de Irán era el uso de la fuerza por Estados Unidos, pero su *objeto* sólo podía ser una declaración de la Corte afirmando que las acciones del demandado infringían la libertad de comercio entre las partes porque era la cláusula compromisoria del tratado bilateral de amistad, comercio y derechos consulares de 1955 la que ofrecía la pertinente base de jurisdicción (v. op. ind. Ranjeva).

Obviamente es el demandante quien fija el objeto de la demanda. No es sólo un derecho. Es una obligación. La Corte puede *interpretarlo* para la adecuada evacuación de la función judicial; pero, obviamente, sería improcedente que la Corte, so capa de interpretación, modificara el objeto hasta, incluso, hacerlo irreconocible. De ahí las críticas dirigidas a la Corte en el asunto de las *Pesquerías transzonales* (1998) donde —se dice— la Corte manejó con desenvoltura el objeto de la demanda de España contra Canadá a fin de que sus motivos calzaran como un guante en el fallo de falta de jurisdicción.

Las fases escrita y oral por las que discurre el procedimiento ante la Corte son reguladas con minuciosidad por su Estatuto y Reglamento, según el principio de igualdad entre las partes que subyace en todo procedimiento contradictorio ante un órgano judicial.

El Estatuto y el Reglamento de la Corte (Título III, sección D) prevén los incidentes de procedimiento —hoy en alza— que pueden suscitarse en relación con un asunto sometido a su jurisdicción: medidas cautelares, excepciones preliminares, reconvencción, intervención de terceros, incomparecencia y desistimiento. Considerémoslos.

477. Las medidas cautelares

La Corte puede ordenar *medidas cautelares*, de oficio o a instancia de parte, si considera que las circunstancias lo exigen a fin de proteger los derechos de las partes y/o evitar la agravación de la controversia. Esta finalidad confiere al examen de las medidas cautelares prioridad respecto de los demás asuntos y carácter urgente. Para ordenarlas la Corte ha de apreciar dos extremos: su jurisdicción *prima facie*, esto es, basada en un fundamento aparente que sólo más adelante la Corte examinará en profundidad (*Interhandel*, 1957; *Competencia en materia de pesquerías*, 1972; *Ensayos nucleares*, 1973...) y el perjuicio irreparable que puede derivarse para el solicitante caso de que las medidas no se adopten. Son numerosos los casos en que una solicitud de medidas cautelares acompaña a la interposición de la demanda, pero nada impide solicitarlas más adelante a cualquiera de las partes si las circunstancias lo requieren, o adoptarlas de oficio por la Corte. Por lo demás, participar en este incidente no supone una *manifestación inequívoca* de la voluntad del demandado de aceptar la competencia de la Corte (*Genocidio en Bosnia*, 1993).

Las medidas adoptadas son inmediatamente notificadas a las partes y al Consejo de Seguridad (arts. 41 del Estatuto y 73 y ss. del Reglamento). A partir de *LaGrand* (2001) se han disipado las dudas acerca de su carácter obligatorio. Siendo así, tal vez la Corte deba considerar, al apreciar su competencia, si ha de elevar el listón de la competencia *prima facie* a una competencia *razonablemente probable* (op. ind. Kooijmans, *Licitud del empleo de la fuerza*, 1999).

Solicitar medidas cautelares puede ser una medida de presión sobre el demandado, pero el tiro podría salirle al demandante por la culata si la Corte rechaza su competencia *in limine* o las medidas que decide se separan de sus planes; así sucedería, por ejemplo, cuando la petición de que se ordene a las unidades navales de un país que se abstengan de hostigar fuera de su Zona Económica Exclusiva a los barcos pesqueros de otra, encuentra como respuesta una ordenanza de la Corte decidiendo la retirada de todos los barcos del área polémica.

La Corte ordenó medidas cautelares, entre otros, en los casos del *Personal diplomático de los Estados Unidos* (1979); *Nicaragua* (1984); *Genocidio en Bosnia*

(1993); *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (1996); *Breard* (1998); *LaGrand* (1999); *Actividades armadas en el Congo* (RD del Congo c. Uganda) (2000); *Avena* (2003); *Interpretación de la sentencia Avena* (2008); *Aplicación de la Convención sobre discriminación racial* (2008)...Pero la Corte parece extremar sus cautelas al examinar la oportunidad de las medidas que se le piden, y las ha negado, entre los asuntos más recientes, en los relativos a la *Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989* (1990); *Paso por el Grand-Belt* (1991); *Lockerbie* (1992); *Examen de la situación con base en el parágrafo 63 de la sentencia Ensayos nucleares* (1995); *Licitud del empleo de la fuerza* (1999); *Orden de arresto* (2000); *Ciertos procedimientos penales* (2003); *Pasteras en el río Uruguay* (2006 y 2007); *Perseguir o extraditar* (2009)...

Dada la obligatoriedad de las medidas cautelares algunos Estados se han animado a exigir responsabilidad por su incumplimiento (así, por ej., Bosnia y Herzegovina en *Genocidio en Bosnia*, contra Yugoslavia; Camerún en *Frontera terrestre y marítima*, alegando la inobservancia de Nigeria), pero hasta ahora no se ha profundizado en este punto.

478. Las excepciones preliminares

La alegación de excepciones preliminares objetando la *competencia* de la Corte o la *admisibilidad* de la demanda, así como el momento de formularlas, depende de factores muy diversos. Puede ocurrir que el demandado advierta ya su voluntad de oponerse a la jurisdicción y/o admisibilidad en la primera reunión que los agentes de las partes tienen con el Presidente para ordenar el curso del procedimiento escrito; de ser así, lo normal será que se decida la apertura de una fase sobre competencia y admisibilidad, según una doble variable: o bien se requiere del demandante una memoria justificando la jurisdicción y la admisibilidad y una posterior contra-memoria del demandado para impugnarlas (así se hizo en *Pesquerías transzonales*, España c. Canadá), o bien —como parece más razonable— el demandado presenta un documento contestando la jurisdicción y admisibilidad de la demanda y sólo a continuación el demandante realiza sus comentarios (v. art. 79.2 del Reglamento). Otra posibilidad es que las partes convengan tratar conjuntamente las cuestiones de jurisdicción, admisibilidad y fondo, a fin de agilizar el procedimiento (*Electronica Sicula*, 1989; *Timor oriental*, 1995). Puede ocurrir, sin embargo, que el demandado no se pronuncie formalmente sobre posibles excepciones preliminares sino después de que el demandante haya depositado su memoria sobre el fondo. Eso le permite contar con un tiempo estimable para su propia preparación y conocer ampliamente la posición del demandante antes de desvelar la suya. En otro tiempo el demandado podía reservar hasta el mismo día del depósito de la *contra-memoria* la decisión de plantear excepciones preliminares. La dilación que el ejercicio de esta facultad podía suponer en la adecuada evacuación del procedimiento condujo a una modificación reglamentaria que lo limita a los tres meses siguientes al

depósito de la memoria del demandante (art. 79 del Reglamento). Debe decirse que la práctica ofrece casos en que los demandados agotan este plazo antes de actuar (v., por ej., Rusia en *Aplicación de la Convención sobre discriminación racial*). Planteadas las excepciones, se suspende el procedimiento sobre el fondo. Caso de ser estimadas el procedimiento termina o se reconduce en los términos obligados por la decisión de la Corte (v., por ej., *Controversia territorial y marítima*, Nicaragua c. Colombia, 2007). No hacer uso de esta facultad trae como consecuencia que no se abrirá una fase separada de jurisdicción y admisibilidad; en absoluto impide presentar excepciones preliminares o cuestiones de previo pronunciamiento junto con la contra-memoria que serán objeto de contradicción entre las partes, junto con el fondo, y decididos por la Corte (v., por ej., *Avena*, 2004; *Genocidio en Bosnia*, 2007). Nada impide, pues, que la Corte acabe admitiendo una excepción preliminar que le evite entrar en el fondo del asunto, debatido exhaustivamente por las partes. Hay que tener en cuenta que una decisión de este tenor también podría ser consecuencia de la decisión de la Corte de unir al fondo, por considerarla íntimamente relacionada con él, una excepción preliminar discutida en una previa fase separada (así, *Sudoeste Africano*, 1962 y 1966; *Barcelona Traction*, 1964 y 1970; *Nicaragua*, 1984 y 1986; *Lockerbie*, 1998; *Genocidio en Croacia*, pendiente).

La práctica, confirmando la lógica, revela que son los demandados los que plantean excepciones preliminares. Lo hacen a menudo. En los últimos veinte años (1990-2010) en quince de los veinticinco casos planteados unilateralmente (aunque sólo en seis les acompañó el éxito: *Timor oriental*, 1995; *Pesquerías transzonales*, 1998; *Incidente aéreo de 19 de agosto de 1999*, 2000; *Licitud del empleo de la fuerza*, 2004; *Ciertos bienes*, 2005; *Acciones armadas en el Congo* (RD del Congo c. Ruanda, 2006); parcialmente en *Controversia territorial y marítima* (Nicaragua c. Colombia, 2007). Pero también puede plantear excepciones cualquiera de las partes en un asunto incoado mediante compromiso (por desacuerdo en el alcance de la competencia consentida, el objeto de la demanda o las condiciones de admisibilidad: v., por ej., *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, 1992) o incluso, excepcionalmente, el mismo demandante (así, por ej., hizo Italia en el asunto del *Oro monetario*, 1954).

Alimentados por los mismos o muy parecidos propósitos, los alegatos de falta de jurisdicción e inadmisibilidad de la demanda se mueven de manera contingente y son tratados por la Corte de forma empírica, sin el menor empeño por fijar límites o distinciones conceptuales. Si se entiende, no obstante, que afectan esencialmente a la competencia las excepciones que se refieren a la aplicación e interpretación de las cláusulas jurisdiccionales en que trata de fundarse aquélla, y a la admisibilidad las que descansan en otras consideraciones, cabe explicarse una doble fuente de confusiones: 1) la provocada por la incorporación en las cláusulas jurisdiccionales de exigencias propias de la función judicial que están presentes también sin ellas; y, 2) la provocada por el contenido heteróclito de una admisibilidad *lato sensu*, que incluye junto a la consideración de oficio

de la capacidad de las partes para obrar ante la Corte, la existencia y objeto de la controversia, dentro de los límites naturales de la función judicial, y los requisitos formales de presentación de una demanda, que preceden lógicamente al examen de la competencia de la Corte, excepciones puramente dilatorias (como el no agotamiento previo de los recursos internos) que, dado su carácter, es prudente tratar una vez que la Corte ha establecido su competencia (admisibilidad *stricto sensu*).

En los últimos tiempos se ha advertido como algunos demandados proponían de manera más o menos abierta las *manos sucias* del demandante para cohibir el ejercicio de jurisdicción por la Corte. Estados Unidos lo hizo frente a la República islámica de Irán (*Plataformas petrolíferas*) y frente a México (*Avena*); la sugestión flotó sobre La Haya cuando los miembros de la OTAN respondían a la RF de Yugoslavia (*Licitud del empleo de la fuerza*); incluso en un asunto de competencia consultiva (*Muro*) Israel manejó este argumento, aplicado a la Autoridad Nacional Palestina, para respaldar la inconveniencia de que la Corte emitiera la opinión solicitada por la Asamblea General. Sin perjuicio de sugerir que las manos de algunos que argumentan en esta dirección no parecen más limpias que las de sus adversarios, su punto de vista no ha sido hasta ahora endosado por la Corte. No obstante, si consideramos el tratamiento dado a la RF de Yugoslavia en el conjunto de procedimientos en que se ha visto inmersa (v. par. 467), es difícil evitar la sensación de que una doctrina oculta de *manos sucias* ha influido en decisiones que la han hecho idónea como demandada e inidónea como demandante.

479. Las demandas reconventionales

Las *demandas reconventionales*, que puede presentar en su *contramemoria* una de las partes —el demandado— (art. 80 del Reglamento), están en alza. Los requisitos son dos: contar con un fundamento de competencia y guardar la reconvencción una conexión directa con el objeto de la demanda.

A fin de asegurar una estricta igualdad entre las partes la Corte reserva para la parte que ha de responder a la demanda reconvenccional el derecho de presentar un segundo escrito sobre ella. Para la práctica reciente, v. las planteadas en los asuntos sobre la *Genocidio en Bosnia* (1997); *Plataformas petrolíferas* (1998); *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (1999); *Actividades armadas en el Congo* (2001); *Inmunidades de jurisdicción del Estado* (2010).

480. La intervención

El Estatuto de la Corte establece dos cauces para la *intervención* de un tercero en un procedimiento: a) si considera que tiene un interés jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio (art. 62); y, b) si está en juego la interpretación de un tratado en el que también es parte (art. 63).

El primer tipo de intervención trata de dar al tercero la posibilidad de poner en conocimiento de la Corte la concreta afectación de sus intereses jurídicos a fin de que ésta pueda, en consecuencia, limitar el ejercicio de su competencia para evitar que tales intereses se vean afectados por la sentencia.

La probable afectación de intereses jurídicos de terceros en la delimitación de espacios marinos, particularmente en mares cerrados y semicerrados, ha traído consigo que la mayoría de solicitudes de intervención con base en el artículo 62 del Estatuto se haya producido al hilo de controversias de esta clase. Fue el caso de Malta e Italia, respectivamente, en los asuntos de la *Plataforma continental* (Tunez/Libia, y Libia/Malta), Nicaragua en el asunto de la *Controversia fronteriza* (Honduras/El Salvador), Filipinas en el caso de la *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan* (Indonesia/Malasia) y Guinea Ecuatorial en el caso relativo a la *Frontera terrestre y marítima* (Camerún c. Nigeria). Hasta la fecha, las únicas intervenciones solicitadas con base en el artículo 62 del Estatuto que han sido admitidas por la Corte han sido las de Nicaragua, parcialmente, y Guinea Ecuatorial, ambos como intervinientes *no partes*. Tampoco prosperaron las solicitudes de intervención de Fiji en el asunto de los *Ensayos nucleares* (1974) ni de otros Estados (Australia, Samoa, Islas Salomon, Islas Marshall, Federación de Micronesia), arrastrados por el fracaso de Nueva Zelanda cuando solicitó de la Corte el examen de la situación con base en el parágrafo 63 de esta sentencia (1995) (v. par. 485). Nunca hasta ahora ha admitido la Corte una intervención en la medida en que las partes en el litigio se han opuesto a ella. Las audiencias que se celebran en este caso para debatir sobre la admisibilidad ofrecen al solicitante una oportunidad de informar sobre sus intereses que, de hecho, hace redundante la intervención propiamente dicha. Están pendientes actualmente de la decisión de la Corte las solicitudes de intervención de Costa Rica y de Honduras (2010) en la *Controversia territorial y marítima* entre Nicaragua y Colombia.

La autorización de intervención de Nicaragua en la *controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, limitada a la cuestión del estatuto del Golfo de Fonseca, excluyendo pues los puntos relativos a la delimitación de espacios dentro y fuera del Golfo, permitió a la Corte determinar que la ausencia de un *vínculo de jurisdicción* entre las partes y el tercero (vínculo que parecía exigir el art. 81 del Reglamento) no es obstáculo para la intervención si con ella el tercero sólo pretende la *protección* —y no el reconocimiento— de sus derechos, lo que limita su *status* a mero *interviniente no parte* en el proceso y, con él, los derechos y obligaciones que el Estatuto —y el Reglamento— le atribuyen, especialmente en lo tocante a la facultad de designar jueces *ad hoc* —vetada al tercero— y los efectos de la sentencia, que en términos estrictamente jurídicos no le será oponible, ni siquiera en el concreto ámbito de su intervención. Pero quien aspira a intervenir ha de establecer en todo caso el objeto preciso de su intervención y probar un interés jurídico susceptible de ser realmente afectado, no siendo bastante un interés genérico como el que, por ejemplo, en un caso de

delimitación marítima pueda derivarse de la mera proximidad al territorio de las partes (*Controversia fronteriza*, El Salvador/Honduras, Nicaragua interviniente, 1990).

Este tipo de intervención ha de distinguirse del caso que puede plantearse cuando la disposición de intereses ajenos constituye el *objeto de la disputa* que las partes sometieron a la Corte, supuesto este —el del *tercero indispensable*— en el que la Corte ha venido rechazando su jurisdicción, que no puede extenderse al Estado que no la ha consentido (*Oro monetario*, 1954; *Timor Oriental*, 1995). En el caso de *Timor oriental* Portugal había demandado a Australia por los acuerdos concertados con Indonesia, ocupante del territorio, que afectaban a recursos de la plataforma continental de Timor. La Corte ha sido criticada por cuanto el título en que se basarían los intereses del tercero, Indonesia, es aparentemente incompatible con normas imperativas. La línea que separa una eventual afectación de intereses de terceros, que no impide a la Corte conocer de un caso, y la sustanciación del objeto de una demanda en tales intereses, puede ser casi indetectable. En *Nauru* (1992) la Corte rechazó, contra lo que sostenía Australia, que Reino Unido y Nueva Zelanda, los otros dos miembros de la Comisión que había explotado los fosfatos, origen de la demanda de Nauru, fueran *indispensables* como partes en el litigio. Según la Corte, los intereses de ambos podían ser afectados por el fallo, pero no constituían su objeto. En la *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras pudo sorprender que la Sala *ad hoc* de la Corte se pronunciara sobre la delimitación de espacios en el Golfo de Fonseca entre Honduras y El Salvador sin que fuera parte el tercer ribereño, Nicaragua. ¿Una cuestión de perspectiva?

La finalidad de la intervención prevista en el artículo 63 del Estatuto consiste en conferir la mayor generalidad posible a la interpretación judicial del tratado multilateral; de ahí que se disponga que la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para el tercero interviniente.

Dos han sido las ocasiones en que Estados partes en un tratado multilateral han solicitado intervenir con base en el artículo 63 del Estatuto: Cuba en el asunto *Haya de la Torre* (1951), lo que fue admitido, y El Salvador en el caso *Nicaragua* (1984), lo que se rechazó en la fase del proceso en que se planteó —jurisdicción y admisibilidad— sin que luego se renovara la petición cuando pudo ser pertinente, en la fase del fondo.

481. La incomparecencia

El artículo 53 del Estatuto contempla el supuesto de *incomparecencia* de una de las partes —ha de suponerse que el demandado— en el proceso, en cuyo caso la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor. Ahora bien, la Corte no puede adoptar tal decisión sin antes cerciorarse de: 1) que tiene competencia conforme a las disposiciones del Estatuto (arts. 36 y 37); y 2) que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al Derecho (art. 53.2). Tales averi-

guaciones han traído como consecuencia que sólo en la mitad de los procesos seguidos en rebeldía del demandado la Corte se ha declarado competente para conocer del fondo del litigio.

Así ocurrió en los asuntos relativos al *Estrecho de Corfú* (1949), *Pesquerías* (1974), *Personal diplomático de los Estados Unidos* (1980) y *Nicaragua* (1986), aunque en este caso la rebeldía se produjo sólo después de que la Corte se declarara competente. Por el contrario, en otros dos casos la Corte reconoció su incompetencia (*Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952, y *Plataforma continental del mar Egeo*, 1978), en otro declaró la demanda sin objeto (*Ensayos nucleares*, 1974) y en un cuarto desistió el demandante de la acción (*Prisioneros de guerra pakistaníes*, 1973).

482. El desistimiento

El *desistimiento* es un derecho que el demandante puede ejercer unilateralmente haciéndolo saber por escrito a la Corte; pero si en la fecha de recepción del escrito en la Secretaría el demandado ha realizado ya algún acto procesal, podrá oponerse en el plazo que fije la Corte, entendiéndose que transcurrido éste sin que se formule objeción el desistimiento es efectivo, formalizándolo la Corte (o su Presidente) en una Orden. Si hay objeción, el procedimiento sigue adelante (art. 89). El desistimiento puede ser también el fruto de un acuerdo de las partes, que pueden notificarlo a la Corte por escrito, conjunta o separadamente. La Orden de la Corte formalizándolo puede incluir, de ser el caso y desearlo las partes, una mención del arreglo amigable al que han llegado e, incluso, de sus términos.

Desde 1990 hasta 2010 alrededor de una cuarta parte de los casos planteados a la Corte se cerraron por desistimiento, antes de que se hubiera pronunciado una sentencia afirmando la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda o después (como ocurrió en *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, *Nicaragua c. Honduras*, *Nauru* y *Lockerbie*). Incluso en un caso (*Nicaragua*) el desistimiento se produjo (1991) cuando ya existía una sentencia sobre el fondo que el demandante quería traducir en términos de la debida reparación (v. par. 486). Esto debe ser valorado, en términos generales, como expresión de la utilidad del procedimiento judicial para estimular la negociación en paralelo de las partes.

CXIV. DERECHO APLICABLE

483. Una decisión conforme a Derecho Internacional

En el ejercicio de su función judicial la Corte decidirá conforme a Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, debiendo aplicar, dice el

artículo 38 del Estatuto: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por las partes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica internacionalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y, d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

Ello no impide que las partes (como normalmente hacen en su compromiso y/o alegaciones) orienten a la Corte sobre las fuentes del Derecho Internacional en que debe fundar su decisión; como también pueden las partes convenir que la Corte decida un litigio *ex aequo et bono* (art. 38.2), lo que todavía no ha ocurrido.

Hay que ser cuidadoso cuando se accede a la Corte mediante *compromiso*. En *Isla de Kasikili/Sedudu* el *compromiso* de las partes (Botswana y Namibia) solicitaba de la Corte “determinar sobre la base del tratado anglo-alemán de 1 de julio de 1890 y las reglas y principios de Derecho Internacional la frontera entre Namibia y Botswana alrededor de la isla de Kasikili/Sedudu así como el estatuto jurídico de esta isla”. De no haber incluido el *compromiso* la referencia a las *reglas y principios de Derecho Internacional*, la Corte se habría visto obligada a decidir sobre la base exclusiva de la interpretación del tratado.

CXV. LA SENTENCIA

484. *Sus efectos*

Las decisiones de la Corte se toman por mayoría de votos de los jueces, teniendo su Presidente, o quien cumpla sus funciones, voto de calidad en los empates (art. 55 del Estatuto). Esto ha ocurrido tan sólo en una ocasión en el ámbito de la competencia contenciosa (*Sudoeste Africano*, 1966) y otra en el ámbito de la competencia consultiva (*Armas nucleares*, 1996).

Las deliberaciones de la Corte son secretas (art. 54 del Estatuto), pero no así el resultado de las mismas, debiendo figurar en el texto de la sentencia el número y el nombre de los jueces que han votado a favor y en contra (no cabe la abstención), pudiendo éstos añadir su opinión disidente (arts. 31.6 y 57 del Estatuto) o individual (art. 95 del Reglamento) o suscribir *declaraciones*, más sucintas y genéricas, facultad de la que hacen un ejercicio prolijo.

Las sentencias de la Corte son obligatorias (art. 94 de la Carta de las Naciones Unidas), si bien sólo para las partes y para el caso que ha sido decidido (art. 59 del Estatuto). Es por eso que la Corte no puede disponer de los derechos de terceros no partes en el proceso. No cabe ignorar, sin embargo, lo *relativo* de los *efectos relativos* de las sentencias, no sólo porque por razones de coherencia y de autoridad moral cabe esperar que la interpretación de las reglas de Derecho

contenidas en el fallo de una determinada controversia sirvan de fundamento en la solución de otras (*precedente*), sino porque, aun sin querer, la sentencia puede crear objetivamente para el tercero interesado una situación difícilmente reversible. Esto es particularmente visible en las delimitaciones territoriales. Así, por ejemplo, cabe preguntarse de qué manera han podido afectar intereses jurídicos de Nicaragua los pronunciamientos, que no la obligan, de la Corte sobre el estatuto del Golfo de Fonseca, del que es corribereño con El Salvador y Honduras, o sobre los derechos de este país en la fachada oceánica de la boca del Golfo (*Controversia fronteriza territorial, insular y marítima*, 1992).

485. Recursos de interpretación y revisión

Las sentencias de la Corte son definitivas e inapelables (art. 60 del Estatuto). Son *cosa juzgada*, una autoridad que protege no sólo a las sentencias sobre el fondo, sino también a las que deciden sobre excepciones preliminares (*Genocidio en Bosnia*, 2007). Eso no obsta para que, como en el caso de la decisión arbitral, puedan interponerse demandas de *interpretación* y de *revisión*.

La solicitud de *interpretación* tiene por objeto aclarar el sentido o el alcance del fallo (CPJI, *Interpretación de...Chorzow*, 1927; CIJ, *Interpretación de la sentencia en el asunto del derecho de asilo*, 1950) y debe versar, por eso, sobre el dispositivo de la sentencia y sobre los motivos (su *ratio decidendi*) en la medida en que sean inseparables del dispositivo. La solicitud puede ser interpuesta por cualquiera de las partes en la controversia (art. 60 del Estatuto), sin que sea preciso para ello invocar un nuevo título de jurisdicción, ni siquiera cuando el título primigenio previera el acuerdo de las partes a tales efectos (según consideró la Corte al desestimar la excepción de Libia a la solicitud de interpretación de Túnez de la s. de 24 de febrero de 1982 en el asunto de la *plataforma continental*, 1985). Siempre han de quedar a salvo el carácter definitivo de la sentencia y la *autoridad de la cosa juzgada*, no debiendo retrasarse la ejecución del fallo.

La de Túnez ha sido, por lo demás, la única de las solicitudes de interpretación planteadas a la Corte que ha sido estimada. Las otras —de Colombia, en relación con la s. sobre el *derecho de asilo*; de Nigeria, en relación con la sentencia en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima* con Camerún (1999); de México, en relación con la sentencia en el asunto *Avena* (2009)— fueron desestimadas. Según la Corte la demanda no tenía por objeto una interpretación de la sentencia, sino que buscaba un pronunciamiento sobre cuestiones que no habían sido decididas o sobre el incumplimiento de las decididas, lo que escapaba al ámbito de este recurso.

Un caso singular fue el de la demanda interpuesta por Nueva Zelanda contra Francia (1995) requiriendo de la Corte el examen de la situación originada por los ensayos nucleares subterráneos franceses en sus posesiones del Océano Pacífico, a la luz del parágrafo 63 de la sentencia de 20 de diciembre de 1974 (*Ensayos Nucleares*). La Corte no la admitió, considerando que su objeto no en-

traba en las previsiones del mencionado párrafo (que tenía que ver sólo con los ensayos atmosféricos).

La demanda de *revisión* de las sentencias de la Corte deberá fundarse en el descubrimiento de un *hecho nuevo decisivo*, desconocido al pronunciarse el fallo para la Corte y la parte que solicita la revisión, siempre que no se deba a su negligencia (art. 61.1 del Estatuto). La solicitud ha de formularse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo y nunca después del término de diez años desde la fecha del fallo (art. 61. 4 y 5). Tratándose de un derecho estatutario, la solicitud de revisión de las sentencias de la Corte —a diferencia del arbitraje (v. par. 461)— no requiere un nuevo título de jurisdicción

Hasta la fecha todas las demandas de revisión han fracasado en su fase de admisibilidad. Para la Corte los hechos alegados o no eran *nuevos* o no eran *decisivos* o había habido negligencia del demandante o de todo un poco. Así, la demanda de revisión (y de interpretación) de la sentencia de 24 de febrero de 1982 en el asunto de la *Plataforma continental* (Túnez/Libia), planteada por Túnez (1985); la demanda de revisión de la sentencia de 11 de julio de 1996 en el asunto relativo al *Genocidio en Bosnia*, planteada por Serbia y Montenegro (2003); y la demanda de revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 1992 en el asunto de la *Controversia fronteriza* entre El Salvador y Honduras, planteada por El Salvador (2003).

486. *El cumplimiento*

Los Estados se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en los litigios en que sean partes (art. 94.1 de la Carta de las Naciones Unidas). Con esto puede bastar cuando las sentencias de fondo tienen un alcance meramente declarativo o las partes se han limitado a solicitar de la Corte unas bases para la negociación (por ej. *Plataforma continental del mar del Norte*, 1969) o se le pide que imponga a las partes la obligación de (esforzarse por) negociar (por ej., *Competencia en materia de pesquerías*, 1972).

Dicho esto, el cumplimiento de las sentencias reposa sobre la iniciativa *bona fide* de las partes que, por regla general, no les reconocen un efecto directo en el orden interno, una situación que se complica cuando el cumplimiento ha de ser satisfecho por entidades territoriales de segundo grado (para Estados Unidos, v. Tribunal Supremo, *Medellín c. Texas*, 2008). Las sentencias de la Corte carecen —como los laudos arbitrales— de un procedimiento de ejecución forzosa. La Corte introduce ocasionalmente en el fallo llamamientos a la cooperación de las partes en la ejecución de la sentencia (así, por ej., en *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria*, 2002). En otras ocasiones, las partes en un *compromiso* incluyen una cláusula previendo la posibilidad de que una de ellas solicite una sentencia complementaria para que la Corte fije las modalidades de ejecución del fallo si no logran entenderse. Con base justamente en una de estas cláusulas Eslovaquia se dirigió a la Corte, alegando que Hungría no estaba

dispuesta a ejecutar la sentencia (*Gabcíkovo-Nagymaros*, 1997). Todo sigue en suspenso.

Ha de recordarse, por otro lado, la cobertura que proporciona el artículo 94.2 de la Carta de Naciones Unidas, en el sentido de que la parte lesionada por el incumplimiento de un fallo puede recurrir al Consejo de Seguridad, que podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a cabo su ejecución. Obvio es constatar, sin embargo, que dada la discrecionalidad con la que puede actuar el Consejo, hartamente difícil lo tendrá la parte lesionada en contenciosos con miembros permanentes reacios a cumplir las decisiones de la Corte. En 1986 varios miembros no permanentes del Consejo presentaron un proyecto de resolución solicitando de Estados Unidos el cumplimiento de la sentencia de la Corte en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (1986). El voto en contra del infractor (¡) impidió su aprobación. Más adelante la embarazosa situación se resolvió *formalmente*, gracias al acuerdo alcanzado por el Gobierno de Nicaragua —una vez que los *sandinistas* abandonaron el poder tras su derrota electoral (1989)— con el de Estados Unidos, que condujo al desistimiento de la República centroamericana de la demanda interpuesta para concretar la reparación debida (1991). Hay acuerdos —y amores— que matan.

No obstante, en ocasiones la paciencia recompensa. Así, el impago por Albania de la suma determinada por la Corte en reparación de los daños ocasionados a Reino Unido por los hechos considerados en el asunto del *Estrecho de Corfú* (1949), a menudo citado como muestra de incumplimiento de las sentencias de la Corte, fue finalmente solventado mediante acuerdo de 8 de mayo de 1992.

Son las partes que desean ejecutar una sentencia las que en ocasiones solicitan la asistencia de las Naciones Unidas (o de Organizaciones regionales, como la OEA) a tal efecto. Así, por ejemplo, una comisión de la OEA asistió a Nicaragua y Honduras en la ejecución (1962) de la sentencia de la Corte que consideró válida la *sentencia arbitral dictada por el Rey de España* el 23 de diciembre de 1906 (1960). El Consejo de Seguridad dispuso de un *grupo de observadores* (1994) para verificar a petición de Libia y Chad la ejecución de la sentencia que decidió su *Controversia territorial*. La ejecución de la sentencia de la Corte sobre la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002) se lleva a cabo con el apoyo de Naciones Unidas.

CXVI. LA CORTE ENTRE TRIBUNALES

487. *El papel eminente de la Corte en la interpretación de normas generales*

La multiplicación de tribunales internacionales (v. par. 462) contribuye a la progresiva institucionalización de la sociedad internacional y al respeto de las

normas jurídicas que de ella emanan, pero la independencia de cada uno de ellos, gobernado por su instrumento constitutivo y sus reglas de procedimiento puede acarrear problemas. Ya en 1982 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte*) advertía que “es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan conocer y, en consecuencia, interpretar el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho”.

Distintos elementos pueden dar en la colisión y eventual contradicción de jurisprudencia, desde la pluralidad de instancias dotadas del mismo ámbito material de competencias (caso, por ej., de los órganos creados para la supervisión de tratados de derechos humanos, regionales y universales), al planteamiento y decisión de cualquiera de ellas para decidir cuestiones colaterales al ámbito competencial propio, como puede ocurrir cuando principios y reglas medioambientales se cruzan con principios y reglas comerciales y viceversa (v. par. 286). En el ámbito de la protección de los derechos humanos se puede incluso jugar al cálculo de probabilidades acerca de la jurisdicción (regional/universal) que reportaría mayores ventajas (*forum shopping*).

En la medida en que una controversia o los diferentes aspectos de la misma pueden someterse a diferentes jurisdicciones (así, por ej., la diferencia entre Chile y la Unión Europea sobre el *pez espada*, en el año 2000, fue sometida al OSD de la OMC, en relación con la libertades de tránsito, y al TIDM, en relación con el régimen de pesquerías transzonales) la falta de una organización piramidal de la justicia internacional, una selección sesgada en la composición de los tribunales especializados, la eventual incompetencia profesional de los jueces y árbitros internacionales dentro y fuera de los regímenes internacionales o el afán de ofrecer un foro atractivo a determinados clientes, arriesgan siempre interpretaciones *heterodoxas* del sistema.

En ese contexto ha preocupado en especial el posible conflicto de interpretación de normas de Derecho Internacional general entre tribunales especializados y la Corte. Así, en 1999 el Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (TPIY, asunto *Tadic*) se separó deliberadamente de la Corte (*Nicaragua*, 1986) al adoptar el criterio del *control general* —y no del *control efectivo*— para determinar cuando podía considerarse que un grupo armado militar o paramilitar en un conflicto interno actuaba por cuenta de una potencia extranjera (v. par. 299). El TPIY ha insistido luego (*Celebici*, 2001) en su autonomía de juicio: aunque tomará en cuenta las decisiones de otros tribunales, es dueña de sus propias conclusiones. La Corte, por su parte, ha mantenido (*Genocidio en Bosnia*, 2007) el criterio del *control efectivo*, razonando en términos de los que cabe deducir: 1) que el criterio que sustenta el TPIY puede ser adecuado para establecer el carácter internacional de un conflicto a los efectos de la aplicación de las normas del Derecho Internacional humanitario en un supuesto de responsabilidad penal individual, pero no cuando se trata de la atribución de res-

ponsabilidad internacional de un Estado; y, 2) que los tribunales especializados no deberían hacer pronunciamientos sobre puntos del Derecho Internacional general que no son necesarios para sustentar sus decisiones (*ratio decidendi*).

No hay, pues, que exagerar estos riesgos. Interpretaciones aparentemente divergentes no hacen sino anticipar nuevas líneas exegéticas que pueden acabar generalizándose, un supuesto que no es ajeno, por otro lado, a la experiencia de un mismo tribunal cuando abandona sus *precedentes*. Además, determinadas interpretaciones *especiales* pueden tener sentido en instancias *especiales*.

Dado, por otro lado, que no hay jerarquía entre tribunales cabe recomendar a todos ellos continencia, prudencia y la debida toma en consideración de las decisiones de los demás que afectan al núcleo del Derecho Internacional general, concediendo particular atención a las de la Corte, por la *auctoritas* del órgano. No se trata de seguir sus decisiones ciegamente, sino de tomarlas en cuenta antes de, en su caso, separarse para adoptar otra línea de interpretación. Así, por ejemplo, cabe preguntarse si el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial de Comercio (OMC), que en 1998 (*Hormonas*) rechazaba que el *principio precautorio* fuera un principio general y en 2006 (*Productos biotecnológicos*) consideraba que el *status* jurídico del principio era todavía incierto, atenderá a la Corte cuando más recientemente ha afirmado (*Pasteras en el río Uruguay*, 2010) la existencia en Derecho Internacional general, no sólo de un deber de vigilancia y prevención deducido de la obligación de *diligencia debida*, sino más concretamente, de una obligación de evaluación del impacto ambiental previa a la autorización de una actividad industrial susceptible de causar perjuicios importantes en un marco transfronterizo y, en particular, sobre un recurso compartido.

En general los tribunales suelen mencionar las sentencias de la Corte para aumentar los créditos de sus decisiones. Se ha tachado de *narcisista* a la Corte porque, en cambio, no tiene por costumbre evocar las decisiones ajenas, a las que seguramente sí presta atención. En ocasiones estos tribunales anticipan las respuestas de la Corte y hasta podrían incentivar cambios de rumbo. Así, cabe recordar que antes de que la Corte se pronunciase (*LaGrand*, 2001; *Avena*, 2004) sobre la interpretación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ya lo había hecho, en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1999); también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Al-Adsani*, 2001) se inclinó por la inmunidad del Estado frente a la persecución de crímenes internacionales, pocos meses antes de que también lo hiciera la Corte (*Orden de arresto*, 2002), aunque ésta lo hiciera por una mayoría holgada con la que no contó la decisión del Tribunal Europeo. Desde esta perspectiva, como ha señalado Emmanuelle Jouannet, “algo hay de bueno y saludable en ciertos conflictos”.

Entre las medidas de política judicial internacional ha habido propuestas, inspiradas en los sistemas de Derecho interno, para hacer de la Corte Interna-

cional de Justicia una suerte de Corte suprema, de casación, guardiana de la unidad de doctrina, y para instaurar un procedimiento prejudicial que podrían experimentar otros tribunales que sustentaran dudas sobre la existencia, contenido u oponibilidad de una norma de Derecho Internacional general; propuestas sensatas pero difícilmente realizables por no advertirse signos de la necesaria voluntad política. Así que lo más que cabe, por ahora, es recomendar, en primer lugar, a los sujetos de Derecho Internacional, tal como hacía el antiguo Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Gillaume, que antes de crear un nuevo tribunal verifiquen si acaso las funciones que pretenden atribuirle no pueden ser desempeñadas adecuadamente por otro ya existente.

PARTE SÉPTIMA

**EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ
Y DE LA SEGURIDAD**

La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza

CXVII. CONSIDERACIONES GENERALES

488. Del 'ius ad bellum' a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales

Para el Derecho Internacional clásico el *derecho a la guerra* (el *ius ad bellum*), era un atributo de la soberanía del Estado, un medio de autotutela para imponer el respeto de derechos y obtener la satisfacción de intereses en el seno de una sociedad descentralizada. Ya en el siglo XVI se arbitró un debate teológico y jurídico sobre la *guerra justa* con la sana intención de reducir el recurso a la fuerza armada para solventar diferencias o realizar los designios del Estado, pero el discurso doctrinal acabó malbaratando sus frutos una vez que se reconoció como *justa* toda guerra *declarada* por el Príncipe...

Aceptada la guerra y las demás manifestaciones de la fuerza como medios a los que legítimamente podían recurrir los Estados para la actuación y modificación del Derecho, la admisión del *ius ad bellum* se compensó con dos limitaciones: una meramente formal, el anuncio al otro contendiente del inicio de las hostilidades mediante una declaración de guerra, requisito que ha resistido el paso del tiempo, emboscado en las Constituciones estatales (por ej., art. 63.2 de la Constitución Española de 1978), por respeto a la tradición y al control parlamentario de los usos extremos de la fuerza; otra, la sumisión de la guerra a un frondoso cuerpo normativo, el *ius in bello*, regulador de la conducción de las hostilidades y de los derechos y obligaciones de los neutrales (v. par. 556).

Los intentos para restringir la libertad de recurrir a la guerra debieron esperar a finales del siglo XIX (Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907); uno de sus frutos fue la *Convención Drago-Porter*, relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales. Pero el paso más significativo lo dio el Pacto de la Sociedad de Naciones al establecer una *moratoria* de guerra y un catálogo restringido de guerras *ilegales*. No obstante, la guerra era *legal* una vez transcurridos tres meses desde la sentencia judicial o arbitral, o el dictamen unánime del Consejo de la Sociedad, contra el Estado que rechazase su acatamiento (v. arts. 12, 13.4, 15.6-8 del Pacto). También eran *legales* otras manifestaciones de fuerza, como las *represalias armadas* (v. par. 333).

La primera de estas fallas fue tapada cuando en 1928 se suscribió en París el Pacto general de renuncia a la guerra (*Pacto Briand-Kellog*) en cuyo artículo 1 los Estados contratantes —casi todos los existentes, salvo algunos latinoameri-

canos— declaraban «condenar el recurso a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales y renunciar a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas».

A pesar de la brevedad y sencillez de su redacción el *Pacto Briand-Kellog* planteó espinosos problemas interpretativos. En un intento de circunvalar sus obligaciones varios Estados alegaron que sus acciones armadas no constituían una violación del Pacto al no haber declarado previamente la guerra (así ocurrió con ocasión de la llamada *guerra de Manchuria*, 1931-1937, entre China y Japón, que seguían manteniendo relaciones diplomáticas).

En todo caso, aunque no logró impedir éste y otros conflictos, como la invasión italiana de Etiopía (1935) y, mucho menos, la Segunda Guerra Mundial (1939), el Pacto constituyó un precedente significativo. Sirvió de causa próxima para la celebración de tratados similares, de ámbito regional (como, en América latina, el Tratado de no agresión y conciliación o *Pacto Saavedra Lamas*, 1933) y de causa remota para la consagración plena de la prohibición de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas.

489. La prohibición de la fuerza en la Carta de las Naciones Unidas

Según el artículo 2.4 de la Carta «los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas». La Carta cierra, aparentemente, las grietas de los Pactos anteriores. No se proscribe sólo la guerra, sino la *amenaza* y el *uso* de la fuerza.

Este precepto tiene hoy validez universal y, como ha reconocido la Corte Internacional de Justicia (*Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, 1986), también forma parte del Derecho Internacional consuetudinario. Es además, sin lugar a dudas, un principio fundamental cuyo carácter imperativo (*ius cogens*) parece asentado en la actualidad.

La prohibición del artículo 2.4 de la Carta no se concibió —ni cabe interpretar— de manera aislada. En primer lugar, forma *tandem* con el principio de arreglo pacífico de las controversias (art. 2.3) (v. par. 511). En segundo lugar, a diferencia de los Pactos anteriores, la Carta articula un sistema de *seguridad colectiva* frente a los transgresores (v. par. 512).

Advirtamos, no obstante, de inmediato, que si la prohibición del artículo 2.4 se expresa en términos jurídicos, la reacción institucional frente a la infracción (el sistema de seguridad colectiva) está sujeta a los imponderables políticos de la actuación de un órgano, el Consejo de Seguridad, que tiene la responsabilidad primordial en este campo (v. par. 510).

La aptitud del sistema de seguridad colectiva para mantener la paz internacional, ejerciendo efectos disuasorios sobre los Estados que pretenden desplegar

comportamientos violentos, o resolviendo los conflictos ya desencadenados, ha sido decisiva a la hora de apreciar el devenir de la prohibición de la fuerza. Supeditado al necesario acuerdo de los miembros permanentes del Consejo, el sistema ha visto limitada su incidencia sobre la disposición real de los Estados para excluir el recurso a la fuerza de la panoplia de instrumentos con que cuentan para defender sus intereses y encontrar satisfacción a sus reclamaciones (v. par. 513-519, 522-527).

Además, junto a los conflictos interestatales, una plétora de conflictos internos se revelaron desestabilizadores de la paz y la seguridad internacionales en la medida en que condujeron a actos de intervención cuya afectación por la prohibición de la fuerza quiso discutirse invocando su conformidad con los fines de la Organización (descolonización, humanitarismo, consentimiento del gobierno reconocido del Estado...) (v. par. 504-508). La terminación de la *guerra fría* ha exacerbado esta realidad conflictiva y la *vis atractiva* de la fuerza que se desprende de una práctica abundante, pero también ha permitido tomar conciencia de los problemas irresueltos de orden económico, social y ecológico que conducen a estos conflictos, arriesgan la desintegración o el colapso de los Estados y se traducen a menudo en graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario (v. par. 577-581).

CXVIII. LA FUERZA PROHIBIDA

490. Consideraciones generales

Pero, ¿cuál es el alcance normativo de la prohibición del artículo 2.4? Para contestar hay que desmenuzar sus componentes, situándolos en el contexto de la Carta y de las Declaraciones aprobadas por la Asamblea General para su interpretación y desarrollo. Los aspectos más relevantes son: 1) la fijación del significado de la *fuerza* cuyo empleo —o amenaza de empleo— está prohibido, 2) la determinación del ámbito —las relaciones internacionales— en que se produce, 3) las consecuencias de un recurso ilícito a la fuerza, 4) la identificación de las excepciones o límites a la prohibición, y 5) el carácter limitativo que quepa deducir de una formulación que literalmente prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza en «forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

Desde muy diversas posiciones se ha llegado: 1) a expedir un certificado de defunción del artículo 2.4 por *desuetudo*; 2) a interpretar generosamente los resquicios que propicia su redacción para justificar usos no prohibidos de la fuerza; 3) a extender temerariamente el campo de aplicación de la única excepción indiscutible, la *legítima defensa*; y 4) a diferenciar entre el contenido de la prohibición consagrado convencionalmente y el de la paralela norma consuetudinaria, menos restrictiva, más permisiva, dicen.

En 1986, en una sentencia de aliento histórico y relevancia jurídica cardinal (*Nicaragua*), la Corte Internacional de Justicia terció decisivamente en el debate asumiendo la consagración normativa de la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en los términos más amplios y observando que el discurso jurídico bajo el que se pretendían emboscar algunas violaciones no hacía sino reforzar la convicción última de sus autores en la irreductibilidad e irreversibilidad de un principio fundamental. La Corte ha confirmado sustancialmente su *jurisprudencia Nicaragua* en decisiones posteriores contenciosas (*Plataformas Petrolíferas*, 2003; *Actividades armadas en el Congo*, 2005) y consultivas (*Muro*, 2004).

491. La fuerza armada

El alcance de la fuerza prohibida por el artículo 2.4 ha sido muy discutido. Nadie pone en cuestión la prohibición de la fuerza *armada*, directa e indirecta, amagada o en acto. En ello concuerdan las posiciones doctrinales, los pronunciamientos jurisprudenciales, las resoluciones de la Asamblea General y la práctica y convicción jurídica de los Estados.

El recurso más descarnado, directo, a las armas se identifica en esencia con el *ataque armado*. La *definición de la agresión* (AGNU, res. 3314-XXIX, de 1974, anexo) menciona a título indicativo, en su artículo 3, una serie de actos que se consideran tales *siempre que revistan la suficiente gravedad*. Pero los supuestos prohibidos no se agotan en lo que la Corte Internacional de Justicia consideró los *usos más graves de la fuerza armada* (*Nicaragua*, 1986). El hecho de que un acto entre los mencionados por el artículo 3 no sea de la suficiente gravedad para su calificación como *agresión* no implica que esté permitido. También incurre en la prohibición del artículo 2.4 el Estado que lleve a cabo esos mismos actos por debajo del umbral de la agresión, lo que con la terminología de la Corte llamaríamos *usos menos graves de la fuerza armada*, entre los que cabe contar los supuestos en que se *amenaza* a otro Estado, es decir, los supuestos de fuerza conminada o apercibida: ultimátums, demostraciones navales o aéreas, inusitada concentración de tropas en la zona fronteriza...

En el asunto de las *Armas nucleares* (1996) la Corte Internacional de Justicia se planteó si determinadas advertencias de los Estados de usar estas armas, en orden a reducir o eliminar los riesgos de un ataque, constituyen una amenaza del uso de la fuerza y, por lo tanto, una violación del artículo 2.4 de la Carta. La Corte entendió que ello depende de diversos factores y que «las nociones de amenaza del uso y de uso de la fuerza bajo el artículo 2.4 se interpretan conjuntamente, en el sentido de que si el uso de la fuerza por sí mismo en un caso dado es ilegal por cualquier razón, igualmente será ilegal la amenaza del uso de la fuerza por las mismas razones».

492. *¿La coerción política, económica y diplomática?*

El término *fuerza*, en lo que hace a la prohibición del artículo 2.4, ¿se agota en la fuerza armada, militar, o abarca también otras formas de coerción, como la política, la diplomática o la económica? En la Conferencia de San Francisco (1945) y, luego, al negociarse en amplias Conferencias intergubernamentales algunos tratados multilaterales generales —como la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969)— y al discutirse resoluciones de la Asamblea General de gran relevancia —como la *Declaración sobre los Principios* (1970)— intentaron abrirse paso, sin éxito, interpretaciones extensivas del término *fuerza*, auspiciadas por países socialistas y no alineados, cuyo objeto era consagrar una prohibición total e incondicionada de la fuerza, armada o no.

A la postre estas propuestas prosperaron en el marco del principio de no intervención (v. par. 50, 51), pero por lo que hace a la interpretación del artículo 2.4 las posiciones están enquistadas. Baste considerar la *Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de no utilización de la fuerza o de la amenaza de su uso en las relaciones internacionales* (AGNU, res. 42/22), una apuesta por la ambigüedad. Si en el preámbulo se afirma «el deber de los Estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de cualquier Estado», en el párrafo 1 de su articulado se reproduce literalmente el artículo 2.4 de la Carta y, en el último, se canoniza el *statu quo* al advertirse que nada en la Declaración se entenderá de manera que «amplíe o disminuya en modo alguno el alcance de las disposiciones de la Carta relativas a casos en que el uso de la fuerza sea lícito».

493. *El ámbito de la prohibición de la fuerza*

La amenaza y el uso de la fuerza están prohibidos en las relaciones internacionales. Nada impide, en cambio, utilizarla en el interior del Estado, tratándose en ese caso de un asunto que pertenece esencialmente a la jurisdicción interna. Dicho lo cual, conviene tener presente que, como confirma la práctica: 1) los conflictos civiles tienden de hecho a internacionalizarse a causa de la intervención exterior y por la eclosión de factores de desagregación internos que conducen a la formación de nuevos Estados (v. par. 70-74); 2) la sociedad internacional, embarcada en la protección de los derechos humanos (cuyo respeto ya no es una competencia exclusiva de los Estados) y en la aplicación del Derecho Internacional humanitario en los conflictos internos, no puede permanecer insensible al empleo masivo e indiscriminado de la fuerza, sea o no institucional, en perjuicio de la población (v. par. 581); y 3) aunque ya son escasos los territorios no autónomos pendientes de descolonización, debe entenderse que el empleo de la fuerza armada por las autoridades metropolitanas para privar a los pueblos de su derecho a la libre determinación cae bajo la prohibición del artículo 2.4 de la Carta

(v. par. 58-66); lo mismo cabe decir de los territorios bajo ocupación extranjera, como los palestinos bajo Israel.

494. Efectos de la prohibición

La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales proyecta sus efectos en dos sectores muy característicos: 1) el Derecho de los Tratados, y 2) los títulos de adquisición de la soberanía territorial.

1) Por lo que respecta al Derecho de los Tratados, la amenaza y el uso de la fuerza se configura como una causa de nulidad cualificada, pues afecta al tratado en su integridad y la aquiescencia posterior del Estado coaccionado no implica la pérdida del derecho a invocarla (CVDT, arts. 44.5, 45 y 52) (v. par. 223, 225).

2) En cuanto a la adquisición de soberanía territorial, la prohibición de la fuerza supone la eliminación de la conquista como fundamento legítimo del título: *ex iniuria non oritur ius*. Esta consecuencia es recogida expresamente por la Carta de la OEA (art. 17) y por las importantes Declaraciones de la Asamblea General sobre los *Principios* (res. 2625-XXV) y la definición de la *Agresión* (3314-XXIX) y ha sido confirmada por la Corte Internacional de Justicia (*Muro*, 2004) (v. par. 369).

La negativa a reconocer las adquisiciones territoriales deducidas de la conquista implica el rechazo de la validez jurídica de los actos del ocupante sobre el territorio ocupado no vinculados al propio estatuto de ocupación. Así el Consejo de Seguridad (res. 478, de 1980) decidió no reconocer la “ley básica” sobre Jerusalén, que anexionaba a Israel la parte oriental de la ciudad, proclamada capital del Estado, declarándola “nula y sin valor” y exhortando a los países que habían establecido allí sus representaciones diplomáticas a retirarlas (Costa Rica y El Salvador, las únicas presentes, se trasladaron a Tel Aviv en agosto de 2006). Asimismo, el Consejo (res. 497, de 1981) declaró nula y sin valor la legislación israelí anexionando los Altos del Golán sirios, ocupados en 1967. También cuando Iraq ocupó y anexionó Kuwait en agosto de 1990, la res. 662 (1990) del Consejo declaró carente de validez jurídica la anexión. Ocioso es, sin embargo, señalar que cuando el ocupante prolonga en el tiempo su presencia (en el caso de Israel rebasa ya los cuarenta años) con políticas diseñadas para consolidarla, se hace inviable la recuperación de la *legalidad* mediante la negociación e inevitable la violencia para quebrantar una efectividad injusta (v. par. 67, 525).

495. Excepciones a la prohibición

Los comentaristas de la Carta de Naciones Unidas han registrado tradicionalmente cuatro excepciones a la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales: 1) la acción individual o colectiva emprendida por los miembros de la Organización sobre la base de una decisión o recomendación del Consejo de

Seguridad conforme al Capítulo VII de la Carta; 2) la acción de las organizaciones regionales, según lo dispuesto en el artículo 53 de la misma; 3) las medidas adoptadas contra un Estado que durante la Segunda Guerra Mundial fue enemigo de los signatarios de la Carta, de acuerdo con los artículos 53 y 107; y 4) la legítima defensa, individual o colectiva, prevista por el artículo 51.

Realmente ésta es la única excepción. El primer supuesto no es más que el complemento necesario, institucional, de la prohibición; el segundo carece de autonomía, pues se inserta en el mecanismo de seguridad colectiva previsto por la Carta; en cuanto al tercero, explicable en las fechas en que se redactó la Carta, ha de estimarse caducado tras el ingreso en la ONU de todos los Estados *enemigos* (en el documento final de la *Cumbre Mundial 2005* la AG, res. 60/1, afirma haber *decidido* eliminar la referencia).

CXIX. LA LEGÍTIMA DEFENSA

496. *Un derecho natural, individual y colectivo*

Según el artículo 51, con el que se cierra el Capítulo VII (relativo a la *acción en casos de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*), ninguna disposición de la Carta “menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán “comunicadas inmediatamente al Consejo”, y no afectarán en manera alguna su autoridad y responsabilidad conforme a la Carta para “ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

De esta manera, 1) se puso énfasis en el carácter de la legítima defensa como un *derecho natural* (así lo bautiza —*droit naturel*— el texto francés de la Carta); 2) se precisó su carácter individual y colectivo, al margen de la existencia de organismo, acuerdo regional o tratado previo entre las partes; y 3) se integró en el sistema de seguridad colectiva, regulando las condiciones de su ejercicio en relación con la acción primordial del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

El carácter *inmanente* o *natural* del derecho de legítima defensa, recogido literalmente en el artículo 51, sugiere que su fundamento trasciende a la misma Carta, que no es sólo convencional, sino que también lo es consuetudinario. La Corte Internacional de Justicia lo confirma (*Nicaragua*, 1986). Es abusivo sin embargo pretender, según el discurso de algunas cancillerías y autores interesados en expandir el ámbito de aplicación de este derecho, que la legítima defensa *consuetudinaria coexiste* con —y es más *amplia* que— la legítima defensa de la

Carta. Como subraya la Corte, la doble naturaleza, convencional y consuetudinaria, de la legítima defensa, es reflejo de una única regulación jurídica y no de dos regulaciones autónomas y diferenciadas, una más restrictiva, la establecida en la Carta, la otra de más amplios perfiles, la consagrada en el Derecho Internacional consuetudinario anterior a la Carta.

Realmente, antes de la Carta la legítima defensa se disolvía en el derecho genérico a la *autotutela* (v. par. 330), al uso de la fuerza, a hacer la guerra. Los gobiernos recurrían indistintamente a expresiones como el derecho de conservación, el estado de necesidad, la autotutela o la legítima defensa, para conferir una cierta respetabilidad al unilateral empleo de la fuerza, permitido en cualquier caso por el ordenamiento jurídico. En este contexto la legítima defensa no existía como institución independiente. La legítima defensa tiene una propia significación jurídica cuando la fuerza es proscrita por la ley internacional. Es inmanente, entonces, porque resulta inseparable de la prohibición. El artículo 51 de la Carta *crystaliza* la norma consuetudinaria (v. par. 142). Si, por hipótesis, la Carta, el Capítulo VII (o el art. 51) terminaran, no tendría por qué hacerlo fatalmente la costumbre, gemela, pero no siamesa. Desparecerían los elementos de la legítima defensa determinados por el sistema de seguridad colectiva de la Carta, pero no los deducidos de su naturaleza intrínseca, implícitos en la alusión al carácter inmanente o natural del derecho. Incluso con la Carta en vigor el derecho *consuetudinario* de legítima defensa opera directamente cuando los sujetos implicados no son miembros de las Naciones Unidas o, siéndolo, la Carta no es aplicable por el órgano que ha de dirimir una controversia, debido a las limitaciones del propio fundamento de su jurisdicción (v. CIJ, *Nicaragua*, 1986; *Plataformas Petrolíferas*, 2003) (v. par. 143).

La legítima defensa puede ser individual o colectiva. Esta última puede ser instada de manera espontánea por un Estado que, siendo víctima de un ataque armado, solicita de otro *uti singuli* su asistencia militar para repeler la agresión. No se necesita en ese caso que exista tratado entre las partes; sólo será necesaria la previa petición de ayuda del Estado atacado, tanto por respeto a su soberanía como para evitar que la legítima defensa colectiva sirva de tapadera a la intervención (v. CIJ, *Nicaragua*, 1986).

La legítima defensa colectiva suele articularse, no obstante, mediante tratados de defensa mutua, bilaterales o multilaterales, que regulan las condiciones en que los Estados partes se obligan a prestar su asistencia o ayuda cuando uno de ellos es objeto de un ataque armado. La celebración de un tratado de este tipo convierte el *derecho* de legítima defensa en una *obligación*. De esta manera, el artículo 51 ha servido de base para la celebración de tratados como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR o *Pacto de Río*, 1947) y el Tratado del Atlántico Norte (1949), fundacional de la OTAN.

La legítima defensa de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas es, recordémoslo, una circunstancia de exclusión de la ilicitud de un hecho, lo que implica que de ella no puede deducirse responsabilidad internacional del

Estado o Estados que la ejercen (CDI, proyecto de arts. sobre *responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, art. 21) (v. par. 308).

497. El ‘casus operandi’ de la legítima defensa: el ataque armado

El artículo 51 de la Carta establece claramente el *casus operandi* de la legítima defensa: el *ataque armado* (*l’agression armée* en el texto francés) y sólo el ataque armado. La amenaza o cualesquiera usos de la fuerza que no se concreten en un ataque armado podrán ser considerados como supuestos que, interesando a la paz y a la seguridad internacional, aconsejan la convocatoria del Consejo de Seguridad, pero no legitimarán el recurso individual y colectivo a la fuerza con base en el artículo 51.

El artículo 51 no aporta elementos para perfilar el concepto de *ataque armado*. Pero la *definición de la agresión* (AGNU, res. 3314-XXIX, de 1974), tras afirmar que “el primer uso de la fuerza armada en contravención de la Carta” constituye “prueba, *prima facie*, de un acto de agresión (art. 2), enumera una serie de supuestos clásicos *siempre que los hechos revistan la suficiente gravedad*: la invasión y ocupación del territorio de otro Estado (art. 3.a), su bombardeo (art. 3.b) el bloqueo de puertos y costas (art. 3.c), cuando supone cortar todas sus rutas de comunicación, produciendo un efecto similar al de la invasión. También, el ataque contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea (art. 3.d) siempre que en dicho ataque se haga un uso significativo de la fuerza, circunstancias todas ellas presentes, por ejemplo, en las acciones iniciadas en Iraq por Estados Unidos y una pequeña corte de “naciones dispuestas” el 20 de marzo de 2003, alegando una variedad de motivos desmentidos por los hechos (v. par. 526).

La violación de los acuerdos por los que un Estado permite la presencia de tropas extranjeras en su territorio (art. 3.e), constituirá ataque armado cuando cause efectos similares a los de una invasión u ocupación territorial. En el asunto de las *Actividades armadas en el Congo* (2005) la Corte Internacional de Justicia afirmó que el consentimiento de las autoridades de un Estado (en este caso la RD del Congo) a la presencia en su territorio de las fuerzas armadas de otro (en este caso Uganda) puede retirarse en cualquier momento, sin necesidad de una formalidad particular; a partir de ahí, estimando que el consentimiento congoleño había sido retirado, la Corte consideró que la intervención de Uganda en el Congo era una *violación grave* de la prohibición del uso de la fuerza (art. 2.4 de la Carta).

También podrá calificarse como ataque armado la llamada agresión *indirecta*, esto es la acción de un Estado que pone su territorio a la disposición de otro a fin de perpetrar un ataque armado (art. 3.f) o envía bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que ejecutan actos de fuerza contra otro Estado de

tal gravedad que son equiparables a los ya mencionados, o participa sustancialmente en ellos (art. 3, g).

En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte estimó que «existe un acuerdo general sobre la naturaleza de los actos que pueden ser constitutivos del ataque armado». La Corte sostuvo que no todos los usos de la fuerza, sino sólo los más graves pueden encarnarse en la categoría, recurriendo al criterio de la escala y los efectos de las hostilidades, descartando los *incidentes fronterizos* o el apoyo prestado a bandas armadas o grupos irregulares por debajo de un determinado umbral; de ahí que rechazase que la asistencia —por lo demás no probada en juicio— de Nicaragua a la guerrilla salvadoreña habilitase una respuesta en términos de legítima defensa (y menos aún a un tercer Estado, Estados Unidos).

La distinción entre usos *más graves* y *menos graves* de la fuerza, acuñada por la Corte, trataba de enfatizar las diferencias de régimen jurídico según los casos. De ahí que haya sido criticada por los sectores gubernamentales y doctrinales (especialmente anglosajones e israelíes) ávidos en expandir los supuestos en que puede recurrirse a la legítima defensa.

498. ¿Legítima defensa preventiva?

Ni la Carta (ni el Derecho Internacional consuetudinario) obligan a los Estados a diferir su acción defensiva hasta el momento en que el agresor consuma su ataque, pues ha de entenderse que el ataque armado existe a partir del momento en que se ponen en marcha los efectivos que han de desencadenarlo. Así, por ejemplo, la llamada *guerra de los seis días* (1967) que permitió a Israel derrotar a todos sus vecinos árabes, ocupando el Sinaí, Gaza, Cisjordania (incluido Jerusalén oriental) y los Altos del Golán, podría ser calificada como una guerra en legítima defensa, siendo evidentes los preparativos que Egipto, Siria y otros países árabes estaban llevando a cabo para un ataque inminente.

No debe confundirse, sin embargo, la respuesta frente a un ataque inminente (*preemptive attack*), cubierta por la legítima defensa, con la acción basada en la apreciación subjetiva de meras amenazas potenciales o latentes (*preventive war*). Por muy flexible que sea, no cabe arrastrar la noción de *legítima defensa* hasta transformar en concretos designios agresivos la mala intención que se presume en el *enemigo* ni es lícito jugar con las palabras para confundir la *anticipación en la acción* (propia) con la prevención del ataque (ajeno).

La *guerra preventiva* es una compulsión recurrente de quienes, especialmente grandes potencias, desean aprovechar lo que creen una ventaja relativa que, más adelante, podrían perder. En los comienzos de la *guerra fría*, cuando la Unión Soviética no contaba todavía con el arma atómica, no faltaron en Estados Unidos los patrocinadores del ataque preventivo *antes de que fuera demasiado tarde*. Años después, durante la llamada *crisis de los misiles* (1962), algunos juristas norteamericanos trataron de justificar así la *cuarentena* impuesta por Estados Unidos alrededor de Cuba, donde se habían instalado cohetes soviéti-

cos. En junio de 1981 Israel alegó legítima defensa para atacar y destruir *Osirak*, instalación nuclear iraquí, antes de que entrara en funcionamiento; pero su acción fue condenada por el Consejo de Seguridad (res. 487).

Ahora algunos gobiernos (Estados Unidos bajo la Administración de George W. Bush; Israel, bajo cualquiera de sus administraciones), argumentan —alegando la inoperancia del sistema de seguridad colectiva (debida, entre otras causas a su propia conducta)— un derecho de legítima defensa *preventiva* frente a un peligro inminente, que no ha llegado a concretarse todavía en ejercicio de fuerza. No se puede correr el riesgo, dicen, de esperar. Tomando como bandera la lucha contra el terrorismo (v. par. 523) y buscando su relación con la posesión de armas de destrucción masiva (v. par. 524), el ataque preventivo puede propagarse a otras situaciones que se consideren una amenaza, incluso potencial, a intereses propios, para acabar siendo el instrumento de una política de poder duro.

Si la legítima defensa abarca el ataque armado *manifestamente inminente*, el *ataque preventivo* carece de fundamento en el Derecho Internacional en vigor (IDI, Santiago de Chile, 2007); a lo más, es una *doctrina* con recorrido en un Derecho Internacional Hegemónico o en un Derecho Imperial (v. par. 4, 14). “Las amenazas inminentes”, ha advertido el Secretario General de las Naciones Unidas (*Un concepto más amplio de libertad*, 2005), “están plenamente previstas en el artículo 51. Cuando las amenazas no son inminentes sino latentes, la Carta concede autoridad plena al Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza militar, inclusive de manera preventiva, para preservar la paz y la seguridad internacionales”.

499. *¿Sólo los Estados pueden ser víctimas/autores de un ataque armado?*

El artículo 51 de la Carta se refiere al ataque armado *contra un Miembro de las Naciones Unidas*, pero en la medida en que la legítima defensa es, como ya hemos resaltado, un derecho inmanente, natural, de los sujetos primarios de la sociedad internacional, todo Estado soberano, miembro o no de Naciones Unidas, puede ejercerla si es atacado. El problema puede estribar, en este caso, en la calificación de la *víctima* como Estado soberano, especialmente cuando reclama esta condición en el marco de un proceso de separación de otro Estado que no lo reconoce como tal. Los terceros afines al Estado *nuevo* pueden servirse del reconocimiento (v. par. 23-31) para, a petición de éste, transformar su *intervención* (ilícita) en legítima defensa *colectiva* (lícita), etiquetando como *agresor* a quien, lejos de considerarse como tal, cree estar cumpliendo la misión constitucional, conforme en todo con las normas internacionales, de proteger su integridad territorial (v. par. 70-74).

El artículo 51 de la Carta no precisa, por otro lado, la condición del autor. Por supuesto pueden serlo —y lo serán habitualmente— los Estados, indivi-

dualmente o en cuadrilla, pero ¿sólo ellos? En su opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un *Muro* en el territorio palestino ocupado (2004) la Corte Internacional de Justicia objeta la invocación por Israel de legítima defensa observando, *inter alia*, que los hechos desencadenantes de la respuesta israelí no serían en Cisjordania imputables a un Estado extranjero sino que tendrían su origen en grupos armados de un territorio que Israel ocupa militarmente.

Tradicionalmente ha venido prosperando una concepción reduccionista, basada en la condición primaria y plenaria de la subjetividad internacional del Estado soberano y en el hecho de que sólo los Estados son sujetos territoriales. No hay Organizaciones Internacionales integradas al punto de contar con fuerzas propias que no se reconduzcan a sus Estados miembros. En cuanto a los *actores no sujetos* ¿cómo establecer una relación sometida al Derecho Internacional cuando el *agresor* carece de personalidad jurídica? Al margen de esta consideración *técnica*, tales *actores* han de contar con bases territoriales, que sólo pueden ofrecer los Estados, por lo que se tiende a imputar a los *huéspedes* las eventuales o supuestas agresiones de sus *invitados*. Pero eso no ha de darse por descontado.

Cuando en los primeros días de octubre de 1985 Israel bombardeó los cuarteles de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) en Túnez, el Consejo de Seguridad (res. 573-1985) no admitió el alegato israelí de legítima defensa frente a los ataques terroristas de la OLP, alojada en Túnez desde la fecha en que había sido expulsada del Líbano como consecuencia de la intervención israelí en 1982; el Consejo condenó el bombardeo y hasta afirmó que Túnez tenía “derecho a una reparación apropiada por la pérdida de vidas humanas y los daños materiales”. Estados Unidos no vetó el proyecto y la resolución se adoptó con catorce votos a favor y ninguno en contra.

Los individuos y grupos que ejecutan actos terroristas necesitan una sustentación espacial que, hoy, sólo puede dar un Estado. Directa o indirectamente dependen de él. Directamente, si son agentes del propio Estado; indirectamente si no siéndolo los patrocinan de una u otra forma, asistiéndolos financieramente, prestándoles apoyo logístico y *know-how*, facilitándoles bases y campos de entrenamiento..., conductas, todas, que prohíbe expresamente el Derecho Internacional (*Declaración sobre los Principios*, res. 2625-XXV, 1970; *Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional*, res. 2734 (XXV), de 1970; *Definición de la agresión*, res. 3314 (XXIX), 1974). El principio de que todos los Estados tienen el deber de abstenerse de organizar, instigar, y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, y de permitir actividades organizadas en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos, fue reiterado por el Consejo de Seguridad, invocando la res. 2625 (XXV), en sus res. 1189 (1998) y 1373 (2001), entre otras.

El Estado que presta asistencia a los individuos y grupos terroristas incurre en un grave ilícito, pero a menos que sean sus agentes no cabe imputarles me-

cánicamente sus actos (v. par. 298, 299). En el caso *Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia advirtió que si bien las diversas formas de asistencia prestada a la *Contra* nicaragüense por Estados Unidos fueron esenciales para que pudiera proseguir su actividad, no eran suficientes para demostrar su total dependencia de los Estados Unidos y, por consiguiente, para atribuirle la autoría de sus operaciones militares y paramilitares en Nicaragua. Para comprometer la responsabilidad de Estados Unidos debería haberse probado que tenían el control efectivo de las operaciones. Aplicando este criterio en Afganistán, la complicidad del régimen talibán con *Al Qaeda* no habría bastado, para sustentar en la legítima defensa la acción armada de Estados Unidos (y del Reino Unido) frente a Afganistán; a tal fin hubiera sido preciso probar el control efectivo de los talibanes sobre *Al Qaeda*, imputando a Afganistán directamente la autoría de los hechos del 11-S (v. par. 503). El hecho de que los *talibanes* no fueran reconocidos como su gobierno por Naciones Unidas y la gran mayoría de sus miembros añade *peros* al análisis.

Ello no impide, sin embargo, atribuir a los *talibanes* —a la *facción talibán*— responsabilidad por los hechos que les son imputables en el territorio bajo su control (v. CDI, Proyecto de arts. cit., art. 10), y en este sentido es absolutamente regular que, al igual que ocurrió antes con entidades cuya subjetividad estatal o representación del Estado no había sido reconocida, el Consejo de Seguridad les haya dirigido mandatos e impuesto sanciones (V. por ej. las res. del C. de S. cuyos destinatarios eran la facción serbia en Bosnia-Herzegovina (913-1994 y 1034-1995), la UNITA en Angola (resoluciones 811, 823, 834 y 851-1993, 1127-1997, 1173-1998, 1237-1999), o las facciones somalíes (res. 1071-1996).

Es obvio, sin embargo, que *algo se mueve*, sobre todo cuando los movimientos o grupos armados que utilizan la fuerza contra un Estado son más fuertes y escapan al control del que los alberga, como pudo ser el caso de *Al Qaeda* en Afganistán. Nuestra posición está abierta a aceptar que el derecho de legítima defensa puede cubrir la reacción frente al ataque armado de un sujeto no estatal o de un actor no sujeto de Derecho Internacional (IDI, Santiago de Chile, 2007). En este sentido no vemos obstáculo insalvable a la subsunción dentro de la legítima defensa de las operaciones militares de Estados Unidos y Reino Unido como consecuencia de atentados terroristas imputados a actores no estatales (*Al-Qaeda*) con la complicidad de gobiernos no reconocidos (*talibanes*) de Estados miembros de las Naciones Unidas (Afganistán).

Naturalmente, la premisa es el *ataque armado* en los términos antes descritos —esto es, ha de considerarse si las acciones *terroristas* son o equivalen a un *ataque armado*— siendo ambas *cursivas* susceptibles de disentimiento al apreciarse en cada caso concreto. La respuesta, por otro lado, habrá de concentrarse en el espacio bajo control del agresor y sobre sus recursos, sin extenderse (a menos que también se le impute la autoría) al territorio y recursos del Estado que lo engloba. En este sentido, las operaciones de Estados Unidos y sus socios en Afganistán debían haber distinguido entre la persecución de *Al Qaeda* y la

intervención en la guerra civil afgana en beneficio de los *señores de la guerra* que formaban la llamada *Alianza del Norte* que condujo al colapso, sólo a corto plazo, del régimen talibán.

En todo caso, la licitud del ejercicio de ese derecho está sujeta a condiciones, punto del que nos ocupamos a continuación.

500. Condiciones de ejercicio de la legítima defensa

El ejercicio de la legítima defensa queda supeditado a la satisfacción de determinadas condiciones. Unas se derivan de una práctica inveterada —*necesidad, proporcionalidad e inmediatez*—; otras corresponden a su articulación con el sistema de seguridad colectiva —*provisionalidad y subsidiariedad*—. De no cumplirse, el recurso a la fuerza será ilícito, incurriendo el Estado en responsabilidad internacional.

501. Condiciones de naturaleza consuetudinaria: necesidad, proporcionalidad, inmediatez

El carácter consuetudinario de los requisitos de *necesidad y proporcionalidad* en el ejercicio de la legítima defensa ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia (*Nicaragua*, 1986; *Plataformas petrolíferas*, 2003). En este caso, en que Estados Unidos había invocado la legítima defensa para bombardear (en 1987 y 1988) plataformas petrolíferas iraníes en respuesta a un presunto ataque armado de Irán, la Corte concluyó, a la vista de la prueba presentada, que la autoría iraní de los hechos denunciado no estaba probada y el bombardeo no satisfacía en ningún caso los estándares de necesidad y proporcionalidad.

Estados Unidos era consciente de esta exigencia. Cuando en 1998 quiso justificar como un ejercicio del “derecho de legítima defensa confirmado por el artículo 51 de la Carta” el bombardeo de media docena de campos de entrenamiento de *Al Qaeda* en Afganistán y una industria farmacéutica en las afueras de Jartum (Sudán), dos semanas después de los atentados con bombas realizados contra las embajadas de Estados Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar es Salaam (Tanzania), su embajador ante las Naciones Unidas precisaba en carta dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad que: “los objetivos, el momento y el método de ataque fueron cuidadosamente elegidos para minimizar los riesgos de daños colaterales a civiles y respetar el Derecho Internacional, incluidas las reglas de necesidad y proporcionalidad”.

La *necesidad* implica que el uso de la fuerza es el único medio al que puede recurrir el Estado, no teniendo otros a su alcance para detener la agresión. La legítima defensa sólo procede “cuando no existe alternativa lícita practicable para impedir, detener o rechazar el ataque armado” hasta la intervención efectiva del Consejo de Seguridad (IDI, Santiago de Chile, 2007)

La acción defensiva debe ser también *proporcionada* a la naturaleza e intensidad del ataque y *suficiente* para desactivarlo. La *proporcionalidad* se refiere al *quantum* de fuerza que el Estado atacado debe emplear para repeler el *quantum* de fuerza del agresor y está en función no sólo del tipo de fuerza comprometida sino también de la finalidad de la legítima defensa: desactivar el ataque armado.

Tratándose de armas nucleares, la Asamblea General declaró en 1961, en plena *guerra fría*, que su empleo constituía una violación directa de la Carta y un crimen contra la Humanidad (res. 1653-XVI, de 1961), lo que reiteró regularmente en años posteriores. Sin embargo, respondiendo a la cuestión planteada por la misma Asamblea en 1994, la Corte Internacional de Justicia (*Armas nucleares*, 1996) estimó que si bien estas resoluciones revelaban un deseo ampliamente compartido, su consideración como norma consuetudinaria chocaba con las tensiones que subsisten entre, de una parte, una *opinio iuris* naciente y, de otra, una adhesión aún fuerte a la práctica de la disuasión (en cuyo marco se reserva el derecho de utilizar estas armas en legítima defensa contra un ataque armado que ponga en peligro intereses vitales de un Estado en materia de seguridad).

Tomando como premisa que la prohibición de la amenaza y el empleo de la fuerza armada y la legítima defensa operan en Derecho Internacional general con independencia de la naturaleza de las armas, la Corte estima que no existe en el momento actual una norma que comporte una interdicción completa y universal de las armas nucleares *en cuanto tales*. No obstante, la Corte advierte la dificultad de satisfacer las condiciones de *necesidad* y de *proporcionalidad* que reclama la legítima defensa, especialmente a la luz del Derecho de los conflictos armados (v. par. 556) que ha de respetarse en todo caso (incluidas las consideraciones de orden ecológico) y del Derecho de la Neutralidad. La utilización de estas armas no parece conciliable en particular, dice la Corte, con los principios cardinales del Derecho Internacional Humanitario; de ahí que concluya que “la amenaza o el empleo de armas nucleares sería generalmente contrario a las reglas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados y, especialmente, a los principios y reglas del Derecho humanitario”. Sólo *generalmente* porque, volviendo sobre sus pasos, la Corte introduce en su discurso elementos que pueden suponer la prevalencia agónica del interés del Estado por su supervivencia sobre los principios humanitarios. En efecto, la Corte considera que no cuenta con los mimbres suficientes para afirmar con certeza que el empleo de armas nucleares sería necesariamente contrario a los principios y reglas del derecho aplicable a los conflictos armados *en toda circunstancia*, pues no puede ignorar el derecho fundamental del Estado a la supervivencia. En consecuencia la Corte declara que “a la vista del estado actual del Derecho Internacional” no puede concluir “de manera definitiva que la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícita o ilícita en una circunstancia extrema de legítima defensa en la que la supervivencia misma de un Estado estaría en entredicho”.

Cabe recordar que sólo el voto de calidad del Presidente Bedjaoui permitió sacar adelante este parágrafo del dispositivo de la opinión consultiva, empatados los jueces (siete a favor, siete en contra), siendo la mitad derrotada una mezcla heterogénea de jueces que hubieran querido una condena sin paliativos de las armas nucleares y otros partidarios de aceptarlas como último recurso. Añade la Corte, ya por unanimidad, que existe una obligación de perseguir de buena fe y llevar a término negociaciones que conduzcan al desarme nuclear. ¿Obligación de comportamiento? ¿Obligación de resultado?

Finalmente, la acción en legítima defensa debe guardar *inmediatez* con el desarrollo del ataque armado; de no ser así, la legítima defensa mutará en *reprisalias armadas*, prohibidas por el artículo 2.4 de la Carta. Así cabe considerar las acciones de bombardeo aéreo de los Estados Unidos contra las plataformas petroleras iraníes en el golfo Pérsico. Amén de incumplirse otras condiciones de la legítima defensa, no hubo *inmediatez*. El Secretario de Defensa se traicionó al advertir después de una de tales acciones que quizás serían necesarias nuevas *reprisalias* contra Irán. Sin embargo, el lapso temporal no debe enjuiciarse en términos absolutos. La *inmediatez* debe considerarse a la luz del tiempo necesario para preparar la respuesta armada, la subsistencia del ataque o la ocupación extranjera del territorio y el juego que pueda dar el sistema de seguridad colectiva.

502. Condiciones derivadas del sistema de seguridad colectiva: provisionalidad, subsidiariedad

Las condiciones derivadas de la articulación de la legítima defensa con el sistema de seguridad colectiva se concretan en el artículo 51 de la Carta. La legítima defensa debe ser *provisional* y *subsidiaria* de la acción del Consejo de Seguridad, lo que es congruente con la responsabilidad primordial que se le atribuye en el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional. Por ello, al Estado o Estados que ejercen la legítima defensa se les exige la inmediata comunicación al Consejo de las medidas adoptadas y, en su caso, en vías de ejecución. Porque, si bien no se requiere autorización alguna del Consejo al efecto, el Estado afectado debe detener su respuesta armada cuando el órgano de la ONU haya tomado las “medidas necesarias” para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El cumplimiento por un Estado de la obligación de información al Consejo de las medidas que se adoptan a título de legítima defensa puede ser interpretado incluso como un indicador de que dicho Estado está convencido de que su acción armada se encuentra justificada y amparada por dicha excepción. Aunque hay quienes se muestran contrarios a esta interpretación, la Corte Internacional de Justicia lo ha constatado así en el caso *Nicaragua* (1986).

No siempre es fácil, por otro lado, determinar cuándo ha de cesar la acción de legítima defensa por entenderse que el Consejo de Seguridad ha tomado ya

las medidas necesarias. ¿Cuáles son las medidas *necesarias*? ¿Quién ha de apreciarlo? Tomemos como ilustración el conflicto Iraq-Kuwait (1990-91), en el que el Consejo adopta desde la fecha de la invasión del Emirato un conjunto escalonado de medidas conformes con el Capítulo VII: solicitud de retirada iraquí del territorio kuwaití, encuadrable en las medidas provisionales de artículo 40 (res. 660 (1990), de 2 de agosto); un embargo comercial, es decir, una medida que no implica el uso de la fuerza del artículo 41 (res. 661 (1990), de 6 de agosto) y, finalmente, la autorización del uso de la fuerza con base en el artículo 42 (res. 678 (1990), de 29 de noviembre). Si Kuwait y otros Estados a solicitud del Emirato, hubiesen repelido la invasión y ocupación de su territorio, ¿deberían haber detenido su acción ese mismo día, 2 de agosto, al aprobarse la resolución 660? ¿Debieron hacerlo el 6, al aprobarse la resolución 661? ¿Acaso más tarde, el 29 de noviembre, la resolución 678 les hubiera permitido continuar o reanudar su acción, ahora con otro fundamento legal?

La escasa práctica internacional no coadyuva a despejar estos interrogantes, antes de 1990 por la parálisis del Consejo de Seguridad a causa de los reiterados vetos de sus miembros permanentes y, después, por el carácter fundamentalmente interno de la mayoría de los conflictos armados de la década de los noventa —Yugoslavia, Somalia, Liberia, Chechenia, Sudán, Albania...— en los que la invocación de la legítima defensa está de más. Sería deseable que el propio Consejo indicase, al tomar sus propias medidas, las condiciones en que el Estado concernido tiene derecho a seguir recurriendo a la fuerza armada (IDI, Santiago de Chile, 2007). En su defecto, la lógica postula que, una vez iniciada la legítima defensa, ésta sólo se paralizará si se logra el objetivo de repeler el ataque o en el momento en que las medidas militares del Consejo de Seguridad provean efectivamente a la defensa del Estado agredido. Sostener que éste debe cejar en la defensa de su territorio en el momento en que el Consejo de Seguridad adopta decisiones del Capítulo VII invalida claramente el sentido de la legítima defensa.

En cambio, si producida la agresión no se hubiera ejercitado la legítima defensa, no es razonable que el Estado agredido que ha urgido la intervención del Consejo de Seguridad en la resolución de la crisis, pretenda invocarla —desvanecida la inmediatez de la respuesta— a menos que sus efectos permanezcan (por ocupación del territorio, permanencia de unidades en posiciones ofensivas...) y la acción del Consejo sea inviable por la interposición del veto de uno de los miembros permanentes.

503. Los crímenes del 11-S, ¿legítima defensa?

Los crímenes del 11-S fueron objeto de una condena prácticamente universal, inmediata e inequívoca. En su res. 1368 (2001) el Consejo de Seguridad expresó su disposición a *tomar todas las medidas* necesarias para responder a los ataques terroristas perpetrados y para combatir el terrorismo en todas sus formas,

con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas (v. par. 523). Sin embargo, a pesar de la reiteración de estas afirmaciones (res. 1373), el Consejo fue convocado cuatro semanas después de los atentados, el 8 de octubre, a instancias de Estados Unidos (y Reino Unido) para ser informado de la acción militar que habían emprendido en Afganistán bajo la cobertura del derecho de *legítima defensa* (art. 51 de la Carta), derecho que se había recordado en uno de los párrafos del preámbulo de la res. 1368 (2001), reafirmado en la res. 1373 (2001), siempre a propuesta de Estados Unidos, y traído a colación por el mismo Secretario General de la ONU (Kofi Annan).

No era la primera vez, como ya hemos observado (v. par. 501), que el gobierno norteamericano invocaba la *legítima defensa* para justificar acciones armadas ejecutadas para replicar actos terroristas. En un plano regional, sus aliados en la OTAN y en el TIAR se dieron cita en la legítima defensa colectiva. Era perfectamente explicable en términos políticos y de opinión pública que la operación conducida por Estados Unidos se percibiese en términos de *legítima defensa*. Pero en el debate jurídico hay que hilar más fino. La *legítima defensa* es siempre una excepción dentro de un sistema en el que el poder coercitivo está depositado en instituciones comunes, en nuestro caso el Consejo de Seguridad.

Por añadidura, la *legítima defensa* se justifica, dentro de un sistema de seguridad colectiva, por el hecho de que el *ataque armado* está en curso o es manifiestamente inminente y ha de atajarse en tanto las instituciones comunes toman las medidas pertinentes. Esta circunstancia no se produce habitualmente en los actos terroristas. En época *non suspecta* (abril de 1999) el *Nuevo Concepto Estratégico* de la OTAN distinguía entre el *ataque armado* y otros riesgos de naturaleza más amplia, entre los que mencionaba el terrorismo. Reaccionar frente a ellos utilizando la fuerza en el país que los alberga, sin autorización del Consejo, puede ser —o no— lícito, pero no legítima defensa, a menos que se modifique su naturaleza y/o las condiciones de su ejercicio.

Lo que se propone como interpretación amplia o extensiva del concepto de *legítima defensa* acaba desnaturalizándolo, pues los objetivos que se fijan las acciones de Estados Unidos (y Reino Unido) no se limitan a atajar el ataque armado (la cadena de actos terroristas en curso) —que hasta ahí podría llegar la extensión de la noción— y dejar todo lo demás al sistema de seguridad colectiva, esto es, al Consejo de Seguridad. La *legítima defensa* no puede dilatarse indefinidamente y, desde luego, es un disparate pretender, como avisaba el Representante Permanente de Estados Unidos en su misiva del 7 de octubre al Presidente del Consejo, que una vez avance la investigación “caso lleguemos a la conclusión de que nuestra legítima defensa requiere más acciones contra otras organizaciones y otros Estados”.

El concepto que mejor define la operación militar de los Estados Unidos (y sus aliados) en Afganistán es la *autotutela* o autodefensa, la institución en cuya virtud cada Estado, por sí o mediante las oportunas alianzas, persigue la satisfacción de sus intereses, recurriendo eventualmente a la fuerza armada (v. par.

330, 496). Estados Unidos parece reservarse el derecho de seguir persiguiendo *terroristas en legítima defensa* allí donde los olfatee. Si el recurso unilateral a la fuerza armada se limita a la lucha contra el terrorismo podría sugerirse la aparición de un uso de la fuerza lícito al margen de la legítima defensa, en los términos que se expresan a continuación.

CXX. ¿OTROS USOS DE LA FUERZA LÍCITOS?

504. *Una cuestión divisiva*

La justificación de otros empleos de la fuerza armada se ha buscado, no por la vía del ensanchamiento de la noción de legítima defensa, sino a través de la explotación de la propia formulación del artículo 2.4 de la Carta que hace referencia al uso de la fuerza «contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas». Estos usos de la fuerza, de ser admisibles, se configurarían no como excepciones a la prohibición, sino como resquicios que la misma presenta, justificadores de acciones unilaterales de los Estados compatibles o, incluso, encaminadas a lograr alguno de los propósitos de las Naciones Unidas. Y aquí se encuentra, precisamente, la dificultad inicial: cómo eludir que el primer propósito que formula la Carta es *el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales*. A tal concepción se aferran quienes defienden una prohibición de la fuerza lo más comprensiva posible y entienden por tanto que, a salvo la legítima defensa, todo uso de la fuerza no autorizado por el Consejo de Seguridad es incompatible con los propósitos de la Carta. Pero otros no comulgan con esta jerarquización de los propósitos de la Organización. Hay Estados que deben su existencia al logro de otro de los propósitos de la Carta: la libre determinación de los pueblos (art. 1.2); es más, en una sociedad con escasos recursos institucionales el uso de la fuerza por los Estados no es incompatible en ciertos casos —se dice— con el propósito mismo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

No es posible cerrar, empero, los ojos a los riesgos de aceptar una prohibición de la fuerza armada *relativa*, comenzando por la dificultad de concretar cuáles son los usos de la fuerza admisibles y continuando con los peligros de su utilización abusiva y descontrolada, en tanto que unilateral y descentralizada. De ahí que son pocos los supuestos que se han abierto camino hacia la licitud y siempre en términos polémicos. La aceptación guarda conexión indudable con la progresión valorativa de determinados propósitos de las Naciones Unidas, con su creciente pujanza normativa y sociológica:

1) la licitud de los usos de la fuerza que se alinean con el ejercicio de la *libre determinación*, fundamentalmente la legitimidad de lucha armada de los movimientos de liberación colonial y contra la ocupación extranjera, ha tenido y

tiene numerosos partidarios en el mundo en desarrollo y en los sectores progresistas del mundo desarrollado; de ahí el interés de quienes les son políticamente adversos de confundirlos indiscriminadamente con los movimientos y acciones *terroristas*;

2) hay quienes opinan que son legales las medidas defensivas frente a acciones hostiles que no alcanzan el umbral del *ataque armado*, es decir, frente a usos *menos graves* de la fuerza, siempre que sean inmediatas y proporcionadas (v., por ej., *Plataformas petrolíferas*, op. Simma, 2003). El IDI (Santiago de Chile, 2007) ha sostenido que “las acciones que implican un recurso a la fuerza de menor intensidad pueden dar lugar a contramedidas conformes al Derecho Internacional”, añadiendo que “el Estado concernido puede adoptar igualmente las medidas de policía estrictamente necesarias para repeler el ataque”. Entre la variedad de supuestos que caben bajo esta cabecera puede citarse la toma de rehenes con riesgo de sus vidas, un auténtico *estado de necesidad*, se dice (v. par. 312). La lucha contra el *terrorismo* internacional encontraría también aquí una justificación alternativa a la *legítima defensa*, cuando sus acciones no se identifican con la premisa (el *ataque armado*) o fallan las condiciones que exige su ejercicio;

3) el consentimiento del gobierno local ha sido también invocado para justificar el uso de la fuerza por un Estado extranjero, al margen de la legítima defensa; y

4) no faltan quienes auspician el uso de la fuerza como último recurso para prevenir y atajar violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos fundamentales.

505. Reivindicaciones territoriales ‘descolonizadoras’

Interesa ahora considerar la influencia de la libre determinación sobre la prohibición del uso de la fuerza en relación con las reivindicaciones territoriales vinculadas al proceso de descolonización (v. par. 64). La historia revela que la satisfacción de estas reivindicaciones se ha consumado a menudo mediante actos de fuerza del Estado reclamante. En detrimento de Portugal, en 1961 Dahomey ocupó el fuerte de San Juan Bautista de Ajuda y la India consumó su control sobre Goa, Diu y Damao mediante una intervención militar. Pudo ser también el caso de las Malvinas en 1982, pero la operación de la República Argentina fracasó ante la resuelta y eficaz reacción del Reino Unido. Al hilo de este caso cabe hacer algunas consideraciones.

En 1982 Argentina ocupó las Malvinas, después de un largo proceso iniciado en 1964, cuando el *Comité de los Veinticuatro* incorporó las islas y sus dependencias a la lista de territorios no autónomos pendientes de descolonización. En 1965 la Asamblea General aprobó su primera resolución (res. 2065-XX), reconociendo la disputa con Reino Unido e invitando a las partes a negociar una solución pacífica en la que se tuvieran en cuenta los intereses de los habitantes.

En los años siguientes Argentina se esmeró en llegar a acuerdos funcionales, de cooperación con Reino Unido en beneficio de la población de las islas (construyó el aeródromo de la capital, estableció la primera y única línea aérea regular, aseguró el transporte de mercancías y el abastecimiento de combustible...). Pero en este largo tiempo nada se avanzó en relación con la devolución del territorio, que Naciones Unidas respaldaba. Reino Unido se negaba sistemáticamente a tratar de la transferencia de la soberanía, votaba en contra de las resoluciones de la Asamblea General, iniciaba por su cuenta la exploración de los fondos marinos de las islas. ¿Qué caminos quedaban abiertos ante la inacabable e irritante ignorancia de las resoluciones de la Asamblea?

El Consejo de Seguridad (res. 502, de 1982) calificó de *quebrantamiento de la paz* la acción argentina. Sin embargo, cabe sostener dialécticamente que el *empleo de la fuerza para satisfacer una reivindicación territorial de naturaleza colonial* aceptada como tal por las Naciones Unidas no es contrario a Derecho cuando existe una proporción entre los medios empleados y el objetivo perseguido, lo que solo caso por caso podrá ser apreciado.

Tratándose de las Malvinas, la ocupación argentina se verificó sin que se derramara una sola gota de sangre británica. El recurso a la fuerza no atentaba contra la integridad territorial ni la independencia política de Reino Unido porque en el Derecho de la Descolonización la condición jurídica del territorio colonial es distinta a la del territorio metropolitano (v. par. 61); tampoco podía afirmarse, sin más, que fuese contrario o incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas, cuando uno de sus objetivos históricamente más pujante ha sido, precisamente, la descolonización. Y si la lucha de los pueblos coloniales contra la potencia ocupante que se resiste a aplicar sus principios es legítima, ¿por qué negar que lo sea la del Estado usurpado, amputado de una porción de su territorio, cuando de descolonizar también se trata?

La violencia no es recomendable, pero tampoco el Derecho ha de servir como una de las armas dialécticas de quienes defienden de manera radical posiciones de privilegio cuyo mantenimiento es odioso. Así las cosas, será la ponderación de otros factores la que determinará en un momento dado el empleo de la fuerza: el tono general de relaciones entre los Estados involucrados y la red de intereses recíprocos que el tiempo haya ido tejiendo, la igualdad o desigualdad de su poder en términos relativos y la implicación de sus aliados, la dimensión y valor del territorio y la consideración o no de su recuperación o conservación como un interés vital, la traslación de dificultades políticas domésticas a un plano internacional... Cuando el cálculo es erróneo, como lo fue el del gobierno argentino, se abre paso una tragedia de amplias proporciones humanas, políticas y geoestratégicas, con el consuelo en este caso de la liquidación de la dictadura militar en la República.

Una vez que, de hecho, la situación colonial ha sido eliminada, el empleo de la fuerza por la potencia desalojada para reponer el *statu quo ante*, indeseable desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por el Derecho Internacional

de la descolonización, no encuentra amparo jurídico. No hay legítima defensa, pues no hay ataque armado en curso contra su integridad territorial o su independencia política; su fuerza busca un fin que las Naciones Unidas no pueden endosar, actúa contra el territorio de un Estado que ha hecho efectiva una reivindicación hasta entonces frustrada. Es contraria, pues, al artículo 2.4 de la Carta. Desde esta perspectiva, la reacción británica frente a la acción argentina en las Malvinas, armando la mayor flota conocida desde la Segunda Guerra Mundial, declarando un bloqueo primero naval y luego total de amplios espacios marinos bajo el eufemismo de *zonas de exclusión marítima*, haciendo una guerra sin declaración y vetando en el Consejo de Seguridad cualquier proyecto de resolución en el que la solicitud de *alto el fuego* no aparejase la retirada incondicional de las tropas argentinas, fue un comportamiento de tufo imperialista y colonialista.

506. *Protección de nacionales*

En principio, el recurso a la fuerza para replicar a los usos de la fuerza armada que no alcanzan la consideración de *ataque armado* y que la sociedad internacional organizada es incapaz de detener y reprimir no puede ser prohibido por el Derecho. En 1976 un comando israelí ocupó temporalmente el aeropuerto de Entebbe (Uganda) con el fin de rescatar a los pasajeros de un avión secuestrado por un comando palestino que contaba con la complicidad de las autoridades ugandesas. En 1980 una fuerza norteamericana penetró en territorio iraní con la misión de liberar a las personas adscritas a su misión diplomática, mantenidas como rehenes por el gobierno revolucionario, cuya liberación había sido ordenada, sin éxito, tanto por la Corte Internacional de Justicia (O. de 15 de diciembre de 1979) como por el Consejo de Seguridad (res. 457 y 461 de 1979). En 1993 Bélgica procedió a la evacuación de nacionales y de otros extranjeros de Zaire (hoy RD del Congo)... ¿Cabe considerar ilícitos estos actos? Las exigencias de respuesta que se plantean a un gobierno inmerso en este tipo de situaciones no se disuelven con la invocación de reglas categóricas, sobre todo teniendo en cuenta las limitaciones de las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas, incluido el Consejo de Seguridad, cuyas órdenes no fueron acatadas. Cuando el objetivo que se persigue al recurrir a la fuerza se considera legítimo por la sociedad internacional tal como se refleja en los órganos de las Naciones Unidas, las expresiones de condena son retóricas o se evaporan al tiempo que se aceptan discretamente sus consecuencias.

La comprensión con que deben contemplarse estos usos de la fuerza —y su licitud— está condicionada a que las acciones estatales sean: 1) puntuales en razón de espacio y tiempo, 2) limitadas y proporcionadas en los medios, 3) supeditadas a la ineficiencia del sistema de seguridad colectiva, 4) huérfanas de la colaboración, en su caso, del Estado territorial a los efectos de resolver la situación conflictiva, y 5) encaminadas estrictamente a la protección de las vidas de

las personas. En determinadas ocasiones, logrado el consentimiento del Estado territorial, las dudas sobre la licitud del uso de la fuerza se desvanecen con mayor facilidad, como ocurrió con la intervención alemana en el aeropuerto somalí de Mogadiscio (1977) o la de Egipto en La Valetta (1985).

El planteamiento es el mismo cuando la fuerza que se pretende ejercer en territorio de otro Estado trae por causa la reacción frente a grupos terroristas. De hecho, parte de los supuestos que han dado lugar a la práctica estatal que examinamos son consecuencia de las acciones de estos grupos y, en este contexto, el Estado que las padece puede sentirse tentado a traspasar los límites, dirigiendo su reacción contra países a los que imputa colaboración con el terrorismo. ¿Quedó legitimado el bombardeo de Trípoli y Bengasi (1986) por fuerzas de los Estados Unidos, motivado (entre otros argumentos) por la oleada de atentados terroristas habida el año anterior en suelo europeo tras la que se quiso ver la *longa manu* del régimen libio? La inmoderada reacción de los Estados Unidos, desproporcionada en los medios (por el uso indiscriminado de la fuerza), ilícita en la finalidad (en tanto que punitiva), incurrió en el ámbito más grave de la prohibición del artículo 2.4 de la Carta, pues consistió en un auténtico ataque armado, sin que pueda servir excusa alguna, incluida la protección de nacionales o la legítima defensa, para sanar la ilicitud de las represalias armadas.

En el Derecho español la posibilidad del recurso a la fuerza armada en situaciones que no son abarcadas por la legítima defensa es admitido oblicuamente por la Ley Orgánica de la Defensa Nacional (LO 5/2005) cuando se refiere, junto a las misiones relacionadas con la defensa de España, a las misiones relacionadas con el “interés nacional”. Tratando de ofrecer ejemplos que encarnaran tan gaseoso concepto representantes del Gobierno mencionaron en el debate parlamentario del proyecto de ley el apoyo a la flota pesquera de altura (la “guerra del fletán”) y el rescate de nacionales refugiados en una misión diplomática (“territorio nacional”, según el ministro de defensa, ¡torero!). En estas situaciones, según la Ley, el Gobierno puede decidir la acción sin autorización del Congreso de los Diputados, invocando la dirección de la política exterior que le compete (art. 97 de la Constitución). La participación del Congreso se limita a los medios de control político que genéricamente le corresponden (art. 66).

507. Consentimiento (o petición) del gobierno local

La consideración de esta circunstancia para excluir la ilicitud de una intervención armada es un clásico de la teoría de la responsabilidad (v. CDI, Proyecto de arts. sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, arts. 20 y 26) y la práctica ofrece una variada gama de intervenciones que han tratado de ser justificadas a su amparo (v. par. 307).

La licitud de una intervención armada depende en estos casos de que: 1) la solicitud sea expresa, libre y sin vicios, del órgano constitucionalmente competente para hacerla; 2) responda a una situación caótica que ha escapado al

control de las autoridades o ha sido inducida por terceros intervinientes en el conflicto doméstico; y 3) se acomode a las circunstancias y, en su caso, a la clase y volumen de la previa intervención extranjera.

Conviene ser circunspectos en la medida en que bajo capa de asistencia a un gobierno que afronta un conflicto doméstico puede esconderse una intervención pura y simple en asuntos internos (v. par. 52). Obviamente, no cabe homologar con la petición de la autoridad local competente la de quienes persiguen, justamente, derrocarla por cauces inconstitucionales o la de quienes se apalancan en el poder contra derecho, sea cual sea la opinión que merezca dicha autoridad.

Tratándose de conflictos inducidos o alimentados por una intervención armada extranjera lo que procede es invocar la legítima defensa colectiva si la intervención alcanza el umbral del ataque armado. La excepción quedaría, pues, reducida a operaciones de mercenarios, inteligencia o logística, decisivas sólo en Estados con instituciones débiles y muy personalizadas. Pero en ese caso, ¿por qué no acudir a Naciones Unidas? En la práctica, de lo que se ha tratado más frecuentemente, como revelan las numerosas intervenciones de las unidades francesas destacadas en los Estados africanos francófonos (Senegal, Costa de Marfil, Gabón, Chad, República Centroafricana, Djibouti), fue de arbitrar conflictos domésticos, en pro de la estabilidad en unos casos, de las apariencias democratizadoras en otros, de los intereses de la antigua potencia colonial que el gobierno que solicita la intervención no está en condiciones de garantizar. Ese papel de árbitro de las grandes potencias en sus tradicionales zonas de influencia ha hecho que la nómina de peticionarios de intervención haya sido rica y heterogénea, incluyendo naturalmente facciosos cuyo éxito era dudoso o al borde del fracaso (Hungría, 1956; República Dominicana, 1965; Afganistán, 1979).

508. Violaciones masivas de derechos humanos fundamentales

Cualquier suceso o proceso que conduzca al genocidio, crímenes de lesa humanidad, desplazamientos masivos de población, torturas sistemáticas o grave erosión del Estado como unidad básica del sistema internacional, puede considerarse como una *amenaza a la paz* que debe ser manejada por el Consejo de Seguridad o, con su autorización, por Organizaciones regionales interesadas.

Durante el largo período de la *guerra fría* el Consejo, aun bloqueado por el conflicto entre las grandes potencias, no hizo concesión alguna para legitimar intervenciones armadas unilaterales o grupales al margen de la Carta. Oportuno es recordar en este punto la observación que la Corte Internacional de Justicia dirigió a Estados Unidos cuando, desestimando su alegación de que los actos ilegales que se le imputaban en Nicaragua tenían como objeto la protección de los derechos humanos, declaró que “si los Estados Unidos pueden ciertamente tener su propia apreciación sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, el empleo de la fuerza no puede ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos” (*Nicaragua*, 1986).

¿Acaso este *dictum*, terminada la *guerra fría*, es anacrónico? En los últimos veinte años algunos Estados han recurrido a las armas para servir, han dicho, objetivos de las resoluciones del Consejo que el Consejo era incapaz de satisfacer. La manifestación más característica de este unilateralismo grupal al margen de la Carta se escenificó en Kosovo, a partir de marzo de 1999, cuando los miembros de la OTAN, sin la autorización del Consejo y asumiendo la representación, ni más ni menos, de la *comunidad internacional*, decidieron el bombardeo aéreo de Serbia para impedir, se dijo, una aplastante e inmediata catástrofe humanitaria. En realidad, las amenazas de intervención armada y, finalmente, los bombardeos de la OTAN no hicieron sino exacerbar el conflicto, al estimular el extremismo de quienes sólo buscaban radicalizar la respuesta del Estado para facilitar la intervención de la OTAN. Siendo así, la llamada injerencia armada humanitaria, lejos de apaciguar, puede acabar estimulando los conflictos civiles.

Después de Kosovo ha habido propuestas para, bajo determinadas condiciones, legalizar el recurso a la fuerza armada por *default* del Consejo en situaciones extremas de depuración étnica o grandes pérdidas de vidas humanas. Conviene, sin embargo, recordar que las *intervenciones de humanidad* forman un renglón bien conocido del *Derecho Internacional de los Países Civilizados* y no se trata de volver a él reciclando la semántica y explotando nuevas tecnologías. El derecho de acceder y socorrer a las víctimas, no ya de catástrofes naturales (aunque el gobierno bien puede ser una de ellas), sino de lo que la resolución 43-131 de la Asamblea General llamó con habilidosa perífrasis «otras situaciones de urgencia», ha de ser respaldado sin reservas. Pero deben considerarse con aprensión las propuestas que debilitan el alcance normativo de principios fundamentales, como la no intervención y la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, alegando ambiciosos y muy nobles objetivos, si no van acompañadas de una afirmación de multilateralismo representativo institucionalizado (v. par. 575-581).

CXXI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA GUERRA CIBERNÉTICA

509. *La respuesta a un ataque cibernético*

Las infraestructuras esenciales, civiles y militares, del Estado moderno, así como de los otros sujetos y actores de las relaciones internacionales, están informatizadas. Eso, que los hace fuertes, los hace también muy vulnerables a los ataques cibernéticos, de manera que en la actualidad es posible neutralizar las fuerzas armadas del adversario o trastornar la prestación de servicios esenciales sin disparar un tiro, desde la buhardilla de un *hacker* atrevido. De hecho son miles las intrusiones cibernéticas no autorizadas que se producen cada año

en los sistemas militares y de defensa estatales, con origen en particulares o en agentes de otros Estados y entidades no estatales. Desde este punto de vista un sujeto puede acumular poder sin grandes inversiones en armas ni despliegues territoriales. Un Estado mediano o una entidad no estatal, bien dotada cibernéticamente, podrían desafiar a una gran potencia amenazando sus infraestructuras vitales.

¿Bajo qué condiciones puede un Estado utilizar la fuerza cuando es objeto de un ataque cibernético? En nuestra opinión un desarrollo lógico de la consideración legal de los usos viciosos de la cibernética en las relaciones internacionales puede seguir los siguientes pasos:

1. Una tipificación precisa de las diferentes acciones, distinguiendo las que persiguen sólo la obtención de información de las que tienen un propósito destructivo en sentido amplio. Una cosa es usar la cibernética como una nueva forma de espionaje (que no puede ser tratada como un uso de la fuerza), otra utilizarla para neutralizar la línea de mando de una unidad militar o de una planta nuclear. Dentro del ataque armado la acción cibernética es un arma más (por ej., para impedir suministro de armamento, energía, alimentos, diseminar informaciones falsas, provocar el estallido de bombas o dirigir las operaciones armadas...). Se ha hablado así de la *computerización* de la guerra convencional (en Afganistán, 2001, en Iraq, 2003), de un campo de batalla *virtual*.

2. Una distinción del uso de la cibernética con fines criminales por individuos o grupos organizados (cuya prevención y represión ha de hacerse mediante leyes y tratados de cooperación policial, asistencia judicial y penal, facilitando en su caso la extradición) y el uso de la cibernética por Estados y otros sujetos y actores internacionales.

3. Establecer la relación, si existe, entre Estados y Organizaciones Internacionales y otros sujetos y actores no estatales en una doble dirección: la atribución al Estado de las acciones de los *hackers* cuando se sirve de ellos para emboscar su autoría y, viceversa, el control por actores no estatales poderosos (por ej. movimientos u organizaciones terroristas) de la voluntad de Estados fallidos. El responsable inmediato puede ser un *insider*, o el producto de elementos introducidos en el *hardware* al fabricarse los equipos...Al efecto es decisiva la capacidad de desandar el camino (*backtrack*) de la intrusión.

4. Las acciones destructivas deben considerarse prohibidas por el artículo 2.4 de la Carta. Si por su gravedad equivalen a un ataque armado, permitirían al atacado el ejercicio de la legítima defensa utilizando medios cibernéticos o convencionales. Las exigencias de necesidad, proporcionalidad e inmediatez han de aplicarse en todo caso y ha de respetarse el *ius in bello*. No cabe duda que una acción coercitiva por medios electrónicos satisfará mejor la exigencia de proporcionalidad que las armas convencionales si el objeto de la acción es neutralizar el equipo desde el que se produjo el ataque cibernético.

5. La intervención y la agresión cibernética en grados menores al ataque armado podrían dar lugar a una respuesta cibernética similar y, posiblemente,

a una respuesta armada convencional para destruir capacidades cibernéticas agresivas. Todo depende de cómo entendamos la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales según la Carta y el Derecho Internacional consuetudinario.

6. Los rasgos diferenciales de las acciones cibernéticas como arma aconseja el establecimiento de una normativa *ad hoc*, a través preferiblemente de una Convención multilateral bajo los auspicios de Naciones Unidas (D. Delibasis). Piénsese, así, en la inmediatez del efecto dañoso, la dificultad de identificar la fuente original del ataque y sus autores, la posibilidad de que éste se desencadene a partir de elementos introducidos en el *hardware*, llamados a activarse en una fecha o al producirse un hecho determinado.

El sistema de seguridad colectiva

CXXII. CONSIDERACIONES GENERALES

510. La responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad

“Mantener la paz y la seguridad internacionales” es el primer propósito de las Naciones Unidas y para conseguirlo se proponen «tomar medidas colectivas eficaces» bajo la responsabilidad *primordial* del Consejo de Seguridad (arts. 1.1, 2.5 y 24.1 de la Carta).

El protagonismo del Consejo se proyecta, en primer lugar, en la *diplomacia preventiva*, que incluye el encauzamiento y solución por medios pacíficos de *controversias y situaciones* (concepto más flexible) cuya persistencia sea susceptible de poner en *peligro la paz y la seguridad internacionales* (arts. 1.1, 11.3, 12.1, 33-35). Los poderes que se otorgan al Consejo a tal efecto se encuentran en el Capítulo VI de la Carta (arts. 33-38).

Cuando el Consejo determina la existencia de una *amenaza a la paz*, un *quebrantamiento de la paz* o un *acto de agresión*, sus poderes, regulados ahora en el Capítulo VII (arts. 39-51), se hacen más vigorosos. Los miembros de la Organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo, que se adoptan por una mayoría cualificada de nueve sobre quince, en el entendido de que todas las que no sean de procedimiento requieren el voto afirmativo (o la abstención) de los miembros permanentes (China, Estados Unidos, Federación de Rusia, Francia y Reino Unido (arts. 25, 27.3). Es la manifestación más llamativa del llamado *derecho o privilegio del veto*.

Responsabilidad o competencia *primordial* no es *exclusiva*, pero los límites impuestos a la intervención de la Asamblea General en el arreglo pacífico son concluyentes de su subordinación. Así, la Asamblea no hará recomendación alguna mientras el Consejo esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta, a no ser que lo solicite el propio Consejo (art. 12.1) A esta limitación ha de añadirse la generalidad con la que son descritas las competencias de la Asamblea (arts. 10, 11 y 14), frente a la especificidad de las asignadas en el Capítulo VI al Consejo, cuya primacía ha acentuado la práctica.

Se ha debatido ampliamente, por otro lado, sobre las competencias de la Asamblea General en los casos que conducen a la aplicación del Capítulo VII de la Carta. Según la resolución 377 A-V (*Unidos para la Paz*) de la Asamblea General, si el Consejo no puede cumplir con su responsabilidad por el desacuerdo de sus miembros permanentes, la Asamblea examinará inmediatamente el asunto con el fin de dirigir a los miembros *recomendaciones* apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive el uso de la fuerza armada; de no estar

en ese momento reunida, la Asamblea sería convocada en sesión extraordinaria de urgencia a solicitud, bien del Consejo (mediante resolución no sujeta a veto), bien de la mayoría de los miembros de la Organización. La resolución 377 A-V fue inspirada por Estados Unidos (que en aquel entonces contaba con una influencia decisiva sobre la Asamblea) para, en la ocasión de la *guerra de Corea* (1950), trascender a un Consejo sofocado por el veto soviético.

Hay quienes consideran que la resolución *Unidos para la Paz* no se conforma con la Carta. Dentro del Capítulo VII era obvia la falta de competencia de la Asamblea. Fuera de él, las funciones y poderes que en su favor establecen los artículos 10 y 11 topaban con el límite expreso del numeral 2 de esta última disposición: toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y seguridad internacional que requiera acción será referida al Consejo por la Asamblea, antes o después de debatirla. Sin embargo, para los partidarios de la resolución, si el Consejo no respondía adecuada y oportunamente al primer y fundamental propósito de la Carta, la Asamblea estaba facultada para intervenir subsidiariamente en virtud de su amplia competencia general y composición plenaria. El límite del artículo 11.2 se circunscribía a las acciones coercitivas que sólo podía, en efecto, decidir con carácter vinculante el Consejo, pero no impedía a la Asamblea aprobar recomendaciones, no obligatorias para sus destinatarios (CIJ, *Ciertos gastos las NU*, 1962, *Muro*, 2004; *Kosovo*, 2010).

Tampoco cabe desconocer el desarrollo de las funciones político-diplomáticas atribuidas y/o ejercidas por el Secretario General que, de mero *instigador* del sistema de arreglo (art. 99) y *factor* del Consejo y de la Asamblea (art. 98), ha pasado a ser, frecuentemente, una primera instancia en la solución de situaciones conflictivas y controversias internacionales. Como ha constatado la *Cumbre Mundial 2005*, Naciones Unidas ha evitado muchos conflictos gracias a los buenos oficios del Secretario General (AGNU, res. 60/1), gestor por otra parte de las medidas decididas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta.

CXXIII. LA SEGURIDAD COLECTIVA SEGÚN LA CARTA

511. Controversias y situaciones susceptibles de amenazar la paz

El Capítulo VI de la Carta *obliga a cualquiera de las partes en una controversia cuya continuación puede amenazar la paz y seguridad internacional a someterla al Consejo si han fracasado otros medios de arreglo* (art. 37.1). La *Declaración de Manila* (1982) recuerda la trascendencia del cumplimiento de esta *obligación*.

No obstante, la actuación del Consejo puede excitarse por otras vías: 1) *por propia iniciativa* del Consejo (art. 33.2, 34 y 36); 2) *en virtud de un llamamiento de la Asamblea General* (art. 11.3); 3) *por iniciativa del Secretario General* (art.

99); 4) *a solicitud de un Estado miembro* (art. 35.1); y 5) *a instancia de un Estado no Miembro parte en una controversia*, siempre que acepte de antemano las obligaciones de arreglo pacífico impuestas por la Carta (art. 35.2).

Todas las partes en una controversia pueden, asimismo, solicitar la intervención del Consejo a los efectos de llegar a un arreglo pacífico (art. 38). En este caso, al mediar el consentimiento de todos los interesados, las facultades del Consejo se extienden a controversias en las que no ha de estar necesariamente en juego la paz y seguridad internacionales.

Las funciones del Consejo de Seguridad en la solución pacífica de la controversia o situación sometida a su consideración pueden ser las de agente *indirecto* o *directo*:

1) Como *agente indirecto* el Consejo puede instar a los interesados a una solución pacífica de la controversia mediante la experimentación de los medios de arreglo tradicionales, sean políticos o jurisdiccionales (arts. 33.2 y 36.1). A este respecto la Carta propone dos directrices: *a*) tomar en consideración los procedimientos que las partes hubieren ya adoptado (art. 36.2); y *b*) tener en cuenta que, como regla general, las controversias de orden jurídico deben someterse a la Corte Internacional de Justicia de conformidad con su Estatuto (art. 36.3).

2) Como *agente directo* el Consejo puede ejercer, por sí o por personas u órganos designados al efecto, una labor de buenos oficios, mediación, investigación o conciliación (art. 36.1). El Consejo está expresamente facultado por la Carta para iniciar en todo momento una *investigación* acerca de si la prolongación de una controversia o situación es susceptible de poner en peligro la paz y seguridad internacionales (art. 34). La *Declaración sobre la determinación de los hechos* (1991) enfatiza la importante función preventiva que los órganos políticos de Naciones Unidas, en general, y el Consejo, en particular, pueden llevar a cabo mediante el recurso temprano a este procedimiento.

Cuando las actuaciones del Consejo —como agente directo o indirecto— son infructuosas y la controversia o situación es *realmente* susceptible de poner en peligro la paz y seguridad internacionales, habrá llegado el momento de que el Consejo recomiende los *términos de arreglo que considere apropiados* (art. 37.2). Tratándose de un órgano quintaesencialmente político, no es ocioso recordar que en el desempeño de sus funciones ha de proceder de acuerdo con los propósitos de la Carta (art. 24.2) y que ésta, al enunciarlos, dispone el arreglo pacífico de las controversias «de conformidad con los principios de la justicia y el Derecho Internacional» (art. 1.1).

La intervención del Consejo en el marco del Capítulo VI de la Carta no supone la puesta en marcha de un mecanismo que permita, mediante una decisión vinculante, poner fin a la controversia (o superar la situación) susceptible de amenazar la paz y seguridad internacionales. El instrumento puesto en manos del Consejo es la *recomendación*, sus facultades *decisorias* se activarán sólo cuando el deterioro de la controversia o situación hayan conducido a una *amenaza real* para la paz, rasgando así el velo entre los Capítulos VI y VII de la Carta.

Ciertamente, las recomendaciones que el Consejo haga conforme al Capítulo VI pueden ser políticamente muy persuasivas, pero en términos jurídicos la única obligación de las partes se reduce a examinarlas de buena fe.

En el marco del Capítulo VI los miembros, permanentes o no, del Consejo *partes en una controversia se abstendrán de votar* (art. 27.3). La excepción, justificada por el nobilísimo *nemo iudex in causa sua*, limitaba además el riesgo de que el veto de un miembro permanente paralizara el sistema de arreglo. Lamentablemente, según la interesada interpretación que prosperó, la excepción no alcanza a las *situaciones*, y la calificación de un caso como *situación o controversia* se ha considerado una cuestión *no procesal* sujeta, pues, a la regla de mayoría inclusiva de todos los miembros permanentes. Del *nemo iudex in causa sua* puede pasarse —y se ha pasado (por ej. caso *Lockerbie*)— al *semper iudex pro domo sua*.

Los Estados especialmente interesados en una *situación* (art. 31) o partes en una *controversia* (art. 32) que no tengan asiento en el Consejo —o incluso que no sean miembros de Naciones Unidas pero sean partes en la controversia— podrán ser invitados a participar en la discusión relativa a dicha situación o controversia pero sin derecho de voto, siendo además el Consejo el que decidirá la oportunidad y condiciones de su intervención.

Si, por otro lado, trasvasamos del Capítulo VI al Capítulo VII (arts. 39-51) la base jurídica de las resoluciones del Consejo, atinentes ahora a la *acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión*, los miembros permanentes podrán olvidarse de las molestias del artículo 27.3 y, simultáneamente, pasar de las *recomendaciones* a las *decisiones* vinculantes

512. Amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz y actos de agresión

Ha de apreciarse la existencia de una *amenaza a la paz*, un *quebrantamiento de la paz* o un *acto de agresión* (art. 39) para que se ponga en marcha la acción prevista en el Capítulo VII. El objetivo primario ahora es mantener o restablecer la paz, no hacer justicia, solucionar definitivamente una controversia o adoptar *sanciones* contra los infractores (v. par. 334).

A tal efecto el Consejo actúa de manera eminentemente *política*, siendo imprescindible el acuerdo de los miembros permanentes. Si nos atuviéramos al tenor literal del artículo 27.3 de la Carta bastaría la abstención o la ausencia de uno de ellos para imposibilitar la adopción de resoluciones que no fueran estrictamente procesales. Pero la práctica modificó pronto esta interpretación, entendiéndose ya desde 1947 que la *abstención* de un miembro permanente no impedía la formación de la voluntad orgánica, costumbre modificativa de una regla convencional que encontró el refrendo de la Corte Internacional de Justicia (*Namibia*, 1971). No puede decirse lo mismo de la *ausencia*. Durante la *guerra de Corea* (1950) el Consejo pretendió adoptar resoluciones mientras la Unión Soviética estaba ausente como protesta por la aceptación de las autorida-

des de Taiwan como representantes de China en el Consejo. La Unión Soviética volvió de inmediato a la silla que había dejado vacía para paralizar con su veto la acción del órgano y hoy está bien establecida la doctrina de que la *ausencia* de un miembro permanente, si bien no impide al órgano deliberar, bloquea la toma de decisiones.

La generalidad de los *tipos* del artículo 39 de la Carta facilita toda suerte de iniciativas y maniobras. Sólo la *agresión* ha sido objeto de una definición abierta y meramente indicativa, que no limita la discrecionalidad del Consejo (res. 3314-XXIX, anexo, de 1974) (v. par. 491).

Subsumida una situación en uno de los tipos del artículo 39 el Consejo podrá: 1) instar a las partes a la observancia de las medidas provisionales (alto el fuego, retirada de tropas, tregua, armisticio...) que juzgue necesarias o aconsejables (art. 40); 2) recomendar o decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, tales como la interrupción total o parcial de las relaciones diplomáticas, económicas y de toda clase de comunicaciones (arts. 39 y 41); y 3) ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción necesaria (demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por las fuerzas de miembros de las Naciones Unidas) para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales (arts. 39 y 42).

La mera formulación de las medidas de que dispone el Consejo sugiere un *crescendo* lógico (una *progresión dramática*, en palabras de P. M. Dupuy). Pero su escalonamiento no es preceptivo. Nada impide que, ante situaciones de singular gravedad, el Consejo recurra directamente a las medidas militares.

Hay, por otro lado, una diferencia esencial entre ambos tipos de medidas. Mientras que las decididas por el Consejo conforme al artículo 41 son obligatorias para los miembros desde su entrada en vigor, las que implican el recurso a la fuerza armada conforme al artículo 42 ven condicionada su aplicación a la firma de convenios especiales (art. 43), convenios que no han llegado a celebrarse. El sistema de seguridad colectiva exige, además, que el uso de la fuerza armada responda a planes hechos por el Consejo con la ayuda del Comité de Estado Mayor (art. 46) o, dicho de otro modo, que el Consejo conserve en todo momento el control sobre la aplicación de las medidas militares.

Los Estados miembros “convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”, siempre que se tomen “de acuerdo con esta Carta” (art. 25). Esta puntualización, unida a la previsión de que en el desempeño de sus funciones el Consejo “procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas” (art. 24.2), limita la amplia discrecionalidad del Consejo en el ejercicio de su responsabilidad, dentro y fuera del Capítulo VII (CIJ, *Namibia*, 1971), y ofrece, eventualmente, un asidero, por genérico que sea, a quienes lo discuten (sean Estados miembros, *obligados* a cumplir las resoluciones *vinculantes* del Consejo, o bien órganos internacionales judiciales o arbitrales llamados a pronunciarse sobre su aplicación en el marco de un asunto que les ha sido sometido) (v. par. 288, 295, 529).

CXXIV. LA SEGURIDAD COLECTIVA SEGÚN LA PRÁCTICA

513. *La práctica del Consejo durante la 'guerra fría' (1945-1989)*

Durante los años de la *guerra fría* el sistema de seguridad colectiva evitó una conflagración mundial a costa de *ignorar* numerosos conflictos localizados. En esos años se sentenció que un mundo bipolar escindido en irreconciliables bloques ideológicos que respondían a los intereses de poderes hegemónicos en competencia había paralizado el Consejo, quebrando de paso los buenos augurios en favor del cumplimiento de la prohibición del uso de la fuerza.

Siendo la unanimidad de los *Grandes* el basamento del mecanismo de la seguridad colectiva, quedaban sustraídos al juego del Capítulo VII los conflictos en que directa o indirectamente estuviesen implicados los miembros permanentes del Consejo o sus clientes y protegidos. Para *imponer* su política un miembro permanente necesita a los demás; para *impedir* la de los demás se basta a sí mismo. En los quince primeros años de la Organización (1945-60) una Unión Soviética en minoría recurrió al veto más de cien veces, con gran escándalo propagandístico occidental. Luego declinó su aprovechamiento hasta pasar a una estricta abstinencia a partir de 1986. La línea estadística de los Estados Unidos fue, justamente, la inversa. Absolutamente morigerado en los primeros veinte años de la Organización, recurrió al veto cuarenta y nueve veces entre 1966 y 1985 y veintitrés más entre 1986 y 1990. Paralizado por el juego de intereses de sus miembros permanentes, el Consejo se vio incapaz de responder a la fuerza ejecutada por ellos. Así, proyectos de resolución para condenar la intervención militar soviética en *Afganistán*, en 1979, el bombardeo aéreo de las ciudades abiertas de Trípoli y Bengasi (Libia), en 1986, o la invasión de Panamá, en 1989, por Estados Unidos, fueron bloqueados por el veto de la Unión Soviética en el primer caso y por el veto norteamericano (acompañado por Reino Unido y Francia) en los otros dos.

Sin embargo, la consideración de la práctica obliga a conclusiones más matizadas:

1) En relación con los *tipos* del artículo 39 el Consejo de Seguridad hizo referencia numerosas veces a la *amenaza a la paz* que implicaban situaciones originadas por relaciones interestatales y otras que traían su origen de conflictos internos con posibles ramificaciones en el exterior (así, la segregación racial en Rodesia del Sur y Sudáfrica, conjugada con las políticas de sus gobiernos frente a los Estados de su entorno). Sólo excepcionalmente se calificó una situación como *quebrantamiento de la paz* (la intervención militar de Corea del Norte en territorio de Corea del Sur, res. 82, de 1950; la de Argentina en las Malvinas, res. 502, de 1982; la de Iraq en Irán, sólo en 1987, res. 598, siete años después de iniciado el conflicto). Nunca se recurrió a la *agresión* para calificar situaciones que aparentaban serlo, sin que la definición trabajosamente elaborada por la Asamblea para *iluminar* al Consejo (res. 3314-XXIX, anexo, de 1974) fuese aprovechada.

2) En relación con las medidas decididas en el marco del Capítulo VII cabe llamar la atención sobre el hecho de que en dos de los casos calificados como un *quebrantamiento de la paz* el Consejo no pasó de las medidas provisionales *ex art. 40* (v. res. 502, de 1982, sobre *Malvinas*; res. 598, de 1987, sobre *Iraq-Irán*). Rodesia del Sur (que entonces no era miembro de NU), por la *debellatio* de la minoría blanca e instauración de una República segregacionista, y África del Sur, por su política de *apartheid*, fueron los dos únicos casos (en cuarenta y cinco años) en que el Consejo decidió medidas *ex art. 41*. La autorización y recomendación de una medida que implicaba el uso de la fuerza —un bloqueo naval— se formuló también a Reino Unido (res. 221, de 1966), a fin de que como potencia administradora hiciese efectivo el embargo comercial de Rodesia del Sur. El único antecedente dudosamente conforme con la Carta, ya mencionado, lo había ofrecido la *guerra de Corea* (res. 84, de 1950).

3) En cuanto a las iniciativas para oxigenar el sistema la más interesante, aparte los intentos para conceder un mayor protagonismo a la Asamblea General, que se tradujo en la res. 377 A-V (*Unidos para la Paz*), fue la obtención de las llamadas *operaciones de mantenimiento de la paz*, no previstas por la Carta.

Sobre la resolución *Unidos para la Paz*, a la que ya nos hemos referido (v. par. 510), baste ahora añadir que la experiencia coreana aconsejó que la Asamblea se abstuviese en adelante de recomendar medidas militares. Estados Unidos perdió la fe en el plenario a medida que perdió el control sobre la mayoría de sus miembros y las sesiones de la Asamblea con base en la res. 377 A-V se han acabado convirtiendo para él en un manantial de mortificación, sobre todo en la medida en que es utilizada por los países árabes y musulmanes para condenar a Israel cada vez que Estados Unidos lo protege con el veto de eventuales resoluciones condenatorias del Consejo (v. par. 525). Detengámonos, pues, en las *operaciones de mantenimiento de la paz*.

514. El Capítulo VI 'y medio': las operaciones de mantenimiento de la paz

Las operaciones de mantenimiento de la paz se han caracterizado tradicionalmente como medidas de índole militar o paramilitar desarrolladas en el territorio y con el consentimiento de uno o más Estados miembros cuyo propósito esencial es, en una circunstancia de tensión internacional altamente peligrosa para la paz y seguridad internacional, contener y controlar un conflicto o una situación crítica, preservando o restableciendo la paz física y facilitando la atmósfera para que, a través de la negociación o cualesquiera otros medios de arreglo pacífico, los interesados traten de salvar con las palabras, no con las armas, sus diferencias.

Las operaciones de mantenimiento de la paz responden a dos categorías: 1) grupos de observadores militares no armados y 2) fuerzas armadas integradas bajo un mando militar.

Los primeros desempeñan un papel de supervisión, facilitando al Consejo a través de la Secretaría General información imparcial en relación con el *mandato* recibido: seguir el cumplimiento de un alto el fuego, determinar la infiltración de hombres o material hostil a través de las fronteras de un Estado... Su sola presencia permite, por otra parte, mantener abierto un canal de comunicación entre los sujetos enfrentados, desplegando una dimensión humanitaria encaminada a solventar problemas cotidianos en la zona de conflicto. Su aparición fue temprana. Así, ya en 1948 se constituyó el Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua Palestina (UNTSO), cuya misión consistía en vigilar el cumplimiento del alto el fuego tras la primera guerra entre Israel y los países árabes (1948) y que revistió la forma jurídica de un organismo subsidiario del Consejo, con fundamento en el artículo 40 de la Carta. Al año siguiente se creó un segundo grupo de observadores para verificar el alto el fuego entre India y Paquistán en Cachemira (UNMOGIP).

Los contingentes armados (Fuerzas de mantenimiento de la paz de las NU), popularmente conocidos como *cascos azules*, desempeñan, junto a las misiones de observación, otras misiones que, en cada caso, son precisadas en el mandato que reciben: impedir, en la medida de sus posibilidades, la reanudación de hostilidades entre comunidades o fuerzas enfrentadas; neutralizar la zona en la que se despliegan los efectivos; controlar la limitación de armamentos; evitar la intervención extranjera; asegurar la restauración de la autoridad efectiva de un gobierno sobre su territorio; ayudar al mantenimiento del orden público... Fue el conflicto del Canal de Suez (1956), provocado por la intervención militar franco-británica contra Egipto (que había *nacionalizado* el Canal) y la simultánea invasión del Sinaí por Israel, el que brindó la oportunidad para la primera de estas operaciones (UNEF I), bajo la cobertura de la Asamblea General convocada en sesión de urgencia (en aplicación de la res. *Unidos para la Paz*). A esta operación siguieron la ONUC (1960), desplegada en el antiguo Congo Belga, la UNTEA (1962), en Irián occidental, con un componente civil y la asunción de la administración temporal del territorio por Naciones Unidas, la UNFICYP (1964), en Chipre...

Las fuerzas de mantenimiento de la paz no son fuerzas de combate, sino de policía. Sólo pueden emplear las armas en legítima defensa, respondiendo a ataques armados, incluido el intento por desalojarlas de las posiciones ocupadas e impedirles el desempeño de sus funciones. En ocasiones, no obstante, el mandato recibido ha sido más *musculoso*, como sucedió, en 1961, en el Congo con la ONUC (C. de S., res. 169), cuya acción fue decisiva para preservar la integridad territorial del nuevo Estado, sofocándose los intentos secesionistas de Katanga.

Las operaciones de mantenimiento de la paz han venido planteando problemas de competencia en relación con: 1) su autorización, 2) su ejecución y 3) su financiación:

1) En cuanto a su *autorización*, se ha discutido si la competencia del Consejo de Seguridad es exclusiva o, alternativa/subsidiariamente, compartida por la Asamblea General. Ello depende de que la operación se considere una acción *coercitiva* en el sentido del Capítulo VII de la Carta, en cuyo caso la competencia correspondería sólo al Consejo, o no. Según la opinión más extendida (endosada por la CIJ, *Ciertos gastos de las NU*, 1962) la constitución de una Fuerza (y con mayor motivo un grupo de observación) no merece la calificación de acción coercitiva, tanto por la naturaleza de su misión como por su carácter voluntario, pues se establece con el consentimiento del o de los Estados donde ha de asentarse y con contingentes y apoyo logístico libremente aportados. El hecho confirmado por la práctica de que una operación de mantenimiento de la paz puede ser encomendada a un organismo regional o a un (grupo de) Estado(s) sin necesidad de una autorización de Naciones Unidas confirma su carácter no coercitivo.

Ahora bien, es prácticamente unánime el criterio de que en el caso de que la Asamblea General examine una cuestión que puede entrañar una operación de mantenimiento de la paz, lo procedente es que formule recomendaciones al Consejo para que sea éste el que la autorice y controle en atención a su responsabilidad primordial en la materia. El problema, naturalmente, surge cuando el veto de un miembro permanente paraliza al Consejo.

2) La *ejecución* de una operación de mantenimiento de la paz se lleva a cabo por un órgano integrado, esto es, compuesto por individuos que deben ser leales a las Naciones Unidas, imparciales y neutrales en el ejercicio de sus funciones. Jurídicamente tal órgano es, en principio, subsidiario del órgano que lo autoriza, al que corresponde la dirección general. Pero la escasa adecuación del Consejo y de la Asamblea (órganos colegiados, numerosos, distantes, deliberantes y sujetos a un procedimiento rígido) para un control operativo ha reforzado el papel del Secretario General, que ha asumido esta responsabilidad, a través, en su caso, de su Representante Especial o del Comandante de la Fuerza o grupo de observación por él designado con el consentimiento del órgano que autoriza la operación.

Si bien es cierto que la intervención ejecutiva del Secretario General se ha consolidado, no lo fue sin encontrar seria resistencia en los miembros permanentes del Consejo, deseosos de conservar el control sobre todas las fases de la operación. En la práctica las reticencias se han superado gracias a una comunicación fluida entre ambos órganos y los informes regulares del Secretario General al Consejo. Además, las operaciones son autorizadas por un plazo preestablecido, generalmente semestral, lo que permite a los miembros permanentes detenerlas vetando la renovación del mandato.

3) En cuanto a la *financiación*, las operaciones son un *gasto de la Organización*, al ser autorizadas por resoluciones de sus órganos y encaminarse al cumplimiento de uno de los propósitos de las Naciones Unidas, el mantenimiento de la paz. Por ello, debe inscribirse en su presupuesto, correspondiendo a la

Asamblea General su aprobación y el reparto entre los Estados miembros según el baremo normal de cuotas. Esta posición, avalada por la Corte Internacional de Justicia (*Ciertos gastos de las NU*, 1962), no redujo la enconada oposición de algunos miembros permanentes del Consejo (Francia, Unión Soviética) que, partiendo de la competencia exclusiva del mismo en la autorización de las operaciones, concluían que competía al Consejo determinar su financiación. Su negativa a abonar las cuotas aprobadas por la Asamblea originó una doble crisis, política y financiera. La primera condujo a la continencia de la Asamblea; la segunda al endeudamiento de la Organización. Así que hubo de todo: operaciones financiadas por las partes directamente interesadas (así, por ej., UNTEA, en Irián occidental, 1962; UNYOM, en Yemen, 1963), operaciones financiadas gracias a contribuciones voluntarias (UNFICYP, en Chipre, 1964); operaciones con cargo al presupuesto de la Organización (las relativas al Oriente Próximo, v. AGNU, res. res. 3101-XXVIII, referida a la financiación de UNEF II). No faltaban quienes sostenían, muy razonablemente, que debía aplicarse el principio de que *al agresor incumbe el pago* (pero encontrarlo podía ser tan difícil como localizar a *Willy*).

515. La práctica del Consejo desde la terminación de la ‘guerra fría’: la ocasión de la ‘Guerra del Golfo’ (1990/1991)

El desmoronamiento del *bloque socialista* propició un giro pronunciado en la actitud del Consejo de Seguridad. Disipados los enfrentamientos que antaño culminaban con la interposición del veto por uno de los miembros permanentes, Estados Unidos se encontró además con un conflicto —la llamada *guerra del Golfo*— que era una perita en dulce para la conformación de una amplia coalición de Estados conformes en que la fagocitación de un Estado (petrolero) —Kuwait— por otro —Iraq— no debía tolerarse. Ello facilitó la retórica de un *Nuevo Orden* que veía a la *comunidad* de Estados capaz de imponer los dictados del Derecho Internacional a través de los mecanismos coactivos de un sistema de seguridad que, por fin, iba a ser auténticamente colectivo.

La rapidez de la reacción de la ONU frente a la invasión iraquí del Emirato fue inusitada. El 2 de agosto de 1990 el Consejo de Seguridad (res. 660) condenó la “invasión” de Kuwait, ocurrida ese mismo día, considerándola un *quebrantamiento de la paz* (art. 39), y decretó medidas provisionales (art. 40) exigiendo la retirada iraquí del territorio ocupado; como tal llamamiento fue desoído, en sólo cuatro días el Consejo adoptó un embargo comercial contra Iraq por la “invasión y ocupación” del Emirato (res. 661), a la semana declaró nula y sin efecto su “anexión” (res. 662) y poco después decidió autorizar un bloqueo naval para hacer efectivo el embargo comercial (res. 665). Estas resoluciones supusieron una impecable *resurrección* del sistema de seguridad colectiva.

Las dudas vinieron a continuación, cuando el Consejo (res. 678) autorizó a los Estados miembros a recurrir a todos los medios, incluyendo el uso de la fuerza,

para restablecer la soberanía kuwaití y la paz en la región, pues la autorización implicaba un cierto abandono en manos de los Estados miembros del control sobre la ejecución de las medidas autorizadas. De ahí que el Secretario General observase que la del Golfo fue una guerra *legal*, pero no una *guerra de las Naciones Unidas*.

Finalmente la *guerra* se cerró con la resolución 687 (1991), cuyo prolijo contenido supuso, por el contrario, un desbordamiento de las funciones tradicionales asignadas al Consejo en el marco del sistema de seguridad colectiva. En ella: 1) se aborda la demarcación de la frontera (v. par. 375) entre Iraq y Kuwait; 2) se establece una zona desmilitarizada a ambos lados de la frontera y una misión de observación de Naciones Unidas (UNIKOM) encargada de vigilarla, realizar operaciones de limpieza de minas y retirada de armas e, incluso, asistir a la Comisión de demarcación de la frontera; 3) se concretan múltiples y complejas obligaciones relativas al desarme de Iraq; 4) se mantienen las medidas coercitivas adoptadas con anterioridad, con la finalidad ahora de garantizar la observancia de la resolución 687; y, en fin, 5) se disponen mecanismos institucionales para fijar la reparación (v. par. 315-316) debida por Iraq, vinculando su pago al establecimiento de un Fondo de Indemnización que se nutre, entre otras fuentes, de la venta de petróleo autorizada por el Consejo. Adoptada en virtud del Capítulo VII, la resolución 687 (1991) encuentra dudoso fundamento en sus disposiciones y se asemeja más a un *diktat* de paz; en ello abunda que se requiriese el consentimiento iraquí para que surtiese efecto el alto el fuego y se comenzaran a aplicar el resto de sus previsiones.

516. El 'nuevo espíritu' del Consejo

Una de las claves de la nueva actitud del Consejo de Seguridad fue que el clima de concertación entre los miembros permanentes no se agotó *el día después* de la *guerra del Golfo* y condujo a un remedo de *Directorio* articulado sobre: 1) la fortaleza de los Estados Unidos, 2) el apoyo solidario de sus aliados occidentales, 3) la debilidad política y económica de Rusia y 4) la prioridad dada por China a su propio desarrollo en un marco de *ensimismamiento* político. El propio Consejo dio un espaldarazo simbólico a su renovada responsabilidad cuando el 31 de enero de 1992 se reunió por vez primera a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno y afirmó mediante una Declaración del Presidente la voluntad de reforzar la eficacia de las Naciones Unidas. Cumpliendo un mandato del Consejo, el Secretario General (B. Boutros-Ghali) propuso una estrategia de acción que añadía a los ámbitos tradicionales de la *diplomacia preventiva* y el *establecimiento y mantenimiento* de la paz, el de su *consolidación*, con medidas destinadas a evitar la reanudación de los conflictos (*Un Programa de Paz*, 1992; *Suplemento*, 1995).

Si desde su constitución, en el otoño de 1945, hasta el 2 de agosto de 1990 en que Irak invadió Kuwait, el Consejo de Seguridad había adoptado seiscien-

tas cincuenta y nueve resoluciones, en los veinte años siguientes, hasta el 2 de agosto de 2010, su número ha sido de mil doscientas setenta y seis, y eso sin contar las también cada vez más numerosas declaraciones de su Presidente. El Consejo, pues, ha sido muy laborioso, ocupándose de asuntos muy variados: las amenazas a la paz y seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo o por la proliferación de armas de destrucción en masa, aspectos transversales de los conflictos armados como los que plantean la aplicación de las *sanciones*, la conscripción de los niños, las armas pequeñas, la protección de los civiles y la cooperación con las Organizaciones Regionales o con los Estados que aportan contingentes para el mantenimiento de la paz, problemas de descolonización, un buen número de conflictos internacionales y de conflictos civiles internacionalmente relevantes en todos los continentes, amén de cumplir con obligaciones orgánicas (como la admisión de nuevos miembros, las elecciones del Secretario General o de los jueces de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales).

517. Las 'sanciones'

El nuevo espíritu de colaboración de los miembros permanentes permitió no sólo debatir sobre un amplio abanico de cuestiones, sino también tomar medidas para hacerles frente. Lejos del tratamiento de *choque* de que fue objeto Iraq cuando invadió Kuwait, el Consejo se ha inclinado habitualmente por un tratamiento gradual, optando en primer lugar por los embargos de armas y equipamiento militar, eventualmente la interrupción de comunicaciones aéreas y las medidas de índole diplomática (reducción del nivel y dimensión de las misiones, restricción de la entrada y tránsito de las autoridades concernidas...), para luego seguir con medidas de naturaleza económica, cultural, científica o deportiva.

Tradicionalmente se ha venido denominando *sanciones* (v. par. 334) a estas medidas, aunque realmente no lo son, pues su objetivo no es castigar el ilícito, sino mantener o restablecer la paz. A salvo el escrúpulo terminológico, las sanciones son, como ha señalado el Secretario General (*Un nuevo concepto de libertad*, 2005), "un instrumento vital. Ocupan un espacio intermedio y necesario entre la guerra y las palabras. En algunos casos... pueden ayudar a lograr acuerdos. En otros, pueden combinarse con la presión militar para debilitar y aislar a grupos rebeldes o a Estados que violan de manera flagrante las resoluciones del Consejo".

Las sanciones, sin embargo, fracasaron y han sido criticadas cuando sus objetivos no se fijaron adecuadamente, cuando el Consejo no las hizo cumplir por afectar a intereses estratégicos de Estados poderosos (recuérdese, por ej., que Estados Unidos levantó el embargo de armas en Bosnia-Herzegovina con absoluto desprecio de la res. 713-1991 del Consejo) o por otros motivos, o cuando han repercutido fatalmente sobre la población civil, perversamente golpeada por sus

benefactores (v. Grupo de Alto Nivel, Informe sobre *las amenazas, los desafíos y el cambio*, 2004). Las cláusulas de *excepción humanitaria* (a cuya aplicación proveen los comités de seguimiento del Consejo cuando se han adoptado sanciones de *amplio espectro*) no han funcionado satisfactoriamente. Esto último fue elocuente en el caso de Iraq tras la *guerra del Golfo*, con Estados Unidos y el Reino Unido manipulando las sanciones para promover la caída de Sadam Hussein aun a costa de la miseria y la desesperación popular.

Esta experiencia, en absoluto singular, ha animado la búsqueda de sanciones selectivas, *inteligentes* las llaman, que por los ámbitos de su aplicación y sus destinatarios castiguen a los criminales (las partes beligerantes y sus dirigentes) y no a sus víctimas (la población civil). De ahí que se hayan aplicado más a finanzas, diplomacia, armas, aviación, viajes, comercio de diamantes y de recursos estratégicos...; incluso se han *personalizado* en algunos casos. Asimismo, se ha procedido a la *temporización* de su aplicación, de manera que un miembro permanente del Consejo no pueda, gracias al veto, forzar legalmente el mantenimiento de medidas que la mayoría desearía levantar.

La aplicación de las medidas económicas decididas por el Consejo planteó, además, problemas en relación con: 1) la vigilancia de su cumplimiento; y 2) los perjuicios causados a otros Estados vinculados económica o comercialmente con los *sancionados*. El Consejo ha encomendado las tareas de vigilancia a comités del propio Consejo, integrados por todos sus miembros, normalmente mediante el examen de informes requeridos de los Estados. No siempre han estado a la altura de las circunstancias. En cuanto a los problemas que las sanciones plantean a otros Estados, la Carta contempla (art. 50) un mecanismo de consultas evocado retóricamente en algunas ocasiones por el Consejo. Los resultados no han sido hasta ahora satisfactorios, lo que conduce al cabo de un tiempo al incumplimiento. Mirando al futuro la *Cumbre Mundial 2005* (AGNU, res. 60/1) ha recalcado que las sanciones deben aplicarse y supervisarse eficazmente con elementos de referencia y rendición de cuentas claros y revisarse periódicamente, de manera que estén en vigor sólo el tiempo necesario para lograr sus objetivos. Asimismo, habría que desarrollar un mecanismo para solventar los problemas económicos especiales provocados por su aplicación y procedimientos justos y transparentes para incluir y excluir a personas y entidades de las *listas negras*, así como para conceder exenciones por motivos humanitarios.

518. Las operaciones de (mantenimiento de la) paz (de segunda generación)

A partir de 1989 las operaciones de (mantenimiento de la) paz se multiplican. Si en el período 1948-1988 Naciones Unidas organizó dieciséis, entre 1989 y 2010 su número se ha doblado (cuadruplicándose sus costes). Este espectacular aumento ha sido acompañado de una notable diversificación y enriquecimiento de las funciones desempeñadas y de las finalidades perseguidas, al compás de la

evolución producida en la naturaleza de los conflictos que pretenden cauterizar y, por tanto, en el mismo concepto de paz y seguridad internacionales. De ahí que se haya hablado de operaciones de mantenimiento de paz de *segunda generación* o de *operaciones de paz* sin más, a fin de abarcar acciones que rebasan las tareas del *mantenimiento*. En 2000, el examen a fondo de las actividades de la Organización por un *grupo de alto nivel* dio pie a una serie de recomendaciones, concretas y prácticas (*Informe Brahimi*) que, en lo posible, se han venido aplicando.

Las operaciones de paz de *segunda generación* se caracterizan por:

1) Desplegarse en *conflictos domésticos* en los que los ejércitos regulares se confunden con milicias y bandas civiles con mal definidas jerarquías de mando; las instituciones estatales y el imperio de la ley brillan por su ausencia; los acuerdos de *alto el fuego* son, cuando se concretan, frágiles, y dan lugar a situaciones de emergencia humanitaria, agudizadas porque las partes en conflicto obstruyen con frecuencia de manera deliberada la asistencia que prestan organismos internacionales.

2) Dar cumplimiento a *mandatos integrales*, que se extienden a la *consolidación de la paz*, mediante la (re)construcción del Estado; abarcan una amplia gama de tareas, que se concretan en acuerdos de Naciones Unidas con las partes en conflicto, y reclaman un esfuerzo sostenido, con programas a largo plazo para erradicar sus causas y fomentar la reconciliación nacional. La importancia de esta dimensión de las operaciones se ha querido subrayar con la creación de una *Comisión de Consolidación de la Paz* como órgano intergubernamental consultivo para ayudar a los países que salen de la lucha armada.

3) Requerir una *estructura operacional compleja*, dada la diversidad de sus componentes (militares, policiales, civiles) y aportando la novedad de la figura del Representante Especial del Secretario General, garante de un mando integrado y único. En situaciones extremas Naciones Unidas ha llegado a asumir la administración temporal de un territorio (por ej. MINUK, C. de S., res. 1244, de 1999).

Estas operaciones de nueva planta no han modificado, sin embargo, algunos *requisitos comunes* a todas ellas: 1) el preceptivo consentimiento de las partes implicadas en el conflicto, 2) la neutralidad de Naciones Unidas en el desempeño de las funciones, y 3) la no utilización del uso de la fuerza, salvo en caso de legítima defensa. Desafortunadas experiencias han reforzado la conveniencia de que estos requisitos sean respetados.

Los *cascos azules* pueden utilizar la fuerza en defensa de la misión que les ha sido asignada, pero su presencia en un territorio se basa en el consentimiento de las partes, facciones o bandas en conflicto, de manera que si éste decae, una de dos, o bien se retiran, o bien se modifica su mandato y, para tener éxito, se adecuan sus recursos. Naciones Unidas no ha sido capaz, sin embargo, de manejar por sí misma las operaciones en que la paz ha de *imponerse* y, menos aún, de disponer de una fuerza de reacción rápida, como reserva estratégica del Consejo, que evitaría males mayores, pero nunca ha pasado del papel.

Son, por otro lado, demasiados los miembros que se ofrecen, individualmente o en grupo, sólo a condición de que el Consejo se limite a autorizar su acción, dejándoles luego las manos libres para moverse entre eslóganes publicitarios. Este es el caso, sobre todo, de Estados Unidos, cuya ley prohíbe aportar tropas a misiones dirigidas por jefes no norteamericanos (a menos que el Presidente apele ante el Congreso a intereses de seguridad nacional). Para Estados Unidos Naciones Unidas no son el cauce adecuado para llevar a cabo operaciones de paz cuando el riesgo de combate es alto y la cooperación local baja.

Según la doctrina que parece deducirse de esta posición, compartida por otros Estados, una vez *impuesta la paz* en operaciones *grupales* simplemente autorizadas por el Consejo, podría éste, pacificado el territorio, confiar su mantenimiento a una misión clásica de *cascos azules* y proceder, en su caso, a las tareas complejas y multidisciplinarias de *consolidación de la paz*, contando para ello —si procede— con la colaboración de organismos regionales.

La *financiación* de las operaciones sigue siendo muy problemática. Los costes se han disparado en relación directa con su número y con la índole variada y extensa de sus prestaciones. En 2000 la Asamblea General (res. 55/235) decidió una nueva escala de cuotas para el prorrateo de los gastos de las operaciones. Se parte de: 1) la responsabilidad colectiva de todos los miembros en la financiación; 2) la responsabilidad especial de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad; 3) la mayor capacidad de contribuir de los países desarrollados; 4) la toma en consideración, cuando las circunstancias lo justifiquen, de la situación de los Estados víctimas de acciones que den lugar a una operación, así como la de los involucrados en alguna forma en ellas; y 5) la posibilidad bienvenida de realizar contribuciones voluntarias. Sobre estas bases la Asamblea General fija a los miembros permanentes cuotas superiores a las que les corresponden en el presupuesto ordinario (nivel A), a los países desarrollados se les aplica la misma cuota que les corresponde en el presupuesto ordinario (nivel B), distribuyéndose los demás países miembros, según su PNB *per cápita*, en sucesivos niveles (del C al J) que se benefician de descuentos sobre dicha cuota que pueden llegar al 90% (de los países menos adelantados). Estos descuentos son sufragados a prorrata por los miembros permanentes del Consejo. Para responder a las necesidades de financiación a corto plazo se creó en 1992 (AGNU, res. 47/217) un Fondo de Reserva que se nutre de los saldos excedentarios de las operaciones concluidas. En 2010 Estados Unidos encabezaba el *top-10* de los contribuyentes (+27%), seguido por Japón (+12%), Reino Unido y Alemania (+8% cada uno). España era el noveno contribuyente (+3%).

519. La autorización del uso de la fuerza

La formulación eufemística adoptada en las resoluciones 665 y 678 (1990), relativas a la *guerra del Golfo*, que elude la mención del uso de la fuerza para poner el énfasis en la autorización a los Estados de “todos los medios que pue-

dan ser necesarios” para alcanzar un fin determinado ha hecho fortuna, siempre con referencia explícita al Capítulo VII y, eventualmente, al Capítulo VIII (*acuerdos regionales*) de la Carta. Esta formulación ha cubierto la formación de *fuerzas multinacionales* bajo el liderazgo de uno o dos países, alianzas u organizaciones internacionales, dispuestas a *imponer* la paz mediante las armas, reducido finalmente el control del Consejo a la recepción de informes periódicos del Secretario General y de los sujetos autorizados; todo lo cual compromete su legitimidad y evidencia los objetivos políticos estatales que subyacen a tales operaciones.

Se ha discutido si era o no conforme con la Carta que el Consejo delegue sus funciones relativas al uso de la fuerza armada en Estados miembros, individualmente o en grupo, mediante una autorización otorgada sin reserva de control sobre la ejecución de las medidas a todos los que deseen enrolarse en la operación. En todo caso, parece imprudente que el Consejo autorice medidas tan genéricas. Inspirándose en recomendaciones del *Grupo de Alto Nivel* que suscribió el Informe sobre *las amenazas, los desafíos y el cambio* (diciembre 2004) el Secretario General recomendó que el Consejo aprobase una resolución exponiendo las directrices de una autorización o un mandato para hacer uso de la fuerza, a saber, 1) la gravedad de la amenaza; 2) el propósito correcto; 3) el ser un último recurso; 4) la proporcionalidad (por escala, duración e intensidad) de los medios para hacer frente a la amenaza; y 5) la posibilidad razonable de éxito, sin que las consecuencias sean peores que la inacción. Intentando justificar de este modo sus decisiones el Consejo ganaría en transparencia, credibilidad y respeto (*Un concepto...*, 2005). Como puede barruntarse los divinos miembros permanentes del Consejo no tienen la mínima intención de colorear siquiera los caminos de su libérrima voluntad.

El recurso a una fuerza *desproporcionada* en relación con el objetivo declarado y la eventual comisión de crímenes de guerra y violaciones del Derecho Internacional humanitario por unidades actuando bajo la cobertura de resoluciones del Consejo ha planteado problemas de responsabilidad, internacional (v. par. 301, 319-322) e individual (v. par. 582), engorrosos, amén de dañar la imagen de la Organización. El Secretario General se ha visto obligado a recordar a los Estados miembros su obligación de enjuiciar a los efectivos de sus contingentes nacionales acusados de la comisión de delitos (*Un concepto...*, 2005). A instancias, sobre todo de Estados Unidos, las resoluciones del Consejo han llegado a proclamar la jurisdicción *exclusiva* del Estado que participa en la operación sobre sus nacionales, desdeñando arbitrariamente los fundamentos muy razonables de otras jurisdicciones posibles (v. par. 590).

CXXV. EL PAPEL DE LOS ACUERDOS REGIONALES

520. Según la Carta y la práctica durante la 'guerra fría'

El núcleo normativo de las relaciones entre la ONU y los acuerdos regionales se encuentra en el Capítulo VIII de la Carta (artículos 52-54). Sustancialmente sus disposiciones se debieron al interés de los países latinoamericanos y árabes en defensa de los instrumentos de regionalismo político con los que contaban. Su objeto fue reconocer y legitimar su acción en el arreglo pacífico de las controversias de carácter *local* y en el mantenimiento de la paz y la seguridad *regionales*.

El Capítulo VIII de la Carta no define qué deba entenderse por *acuerdo regional*, la expresión que da título al Capítulo. El articulado se refiere a continuación a los *acuerdos u organismos regionales*, lo que sugiere que los redactores de la Carta adoptaron un criterio laxo en relación con la mayor o menor institucionalización y eventual subjetividad internacional dimanante de los instrumentos convenidos. La Carta tampoco ofrece pista alguna sobre la significación de la *regionalidad* (v. par. 15), si bien, atendiendo al sentido natural y ordinario del término, a la condición de los patrocinadores del Capítulo VIII y a la práctica hasta 1990, cabe afirmar que durante un largo tiempo se presumió que las partes en un acuerdo u organismo regional se ubicaban en el *continuum* territorial concernido por dicho instrumento.

Sobre esta base tres son los elementos definatorios del *acuerdo u organismo regional*: 1) *competencial*: que sus reglas prevean una acción para resolver los asuntos que afectan al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales; 2) *geográfico*: que sean partes Estados ubicados territorialmente en una región geográficamente definida; y 3) *finalista*: que sea conforme con los fines y principios de la Carta.

Siendo estos elementos *conditio sine qua non* para la existencia de un acuerdo u organismo regional, no son sin embargo suficientes para alcanzar la capacidad de obrar conforme a los postulados del Capítulo VIII. Para ello es preciso el reconocimiento de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad. Durante decenios la práctica fue restrictiva. La Organización de Estados Americanos (OEA) fue la primera Organización en ser reconocida (AGNU, res. 253-III, de 1948); pronto la siguió la Liga de Estados Árabes (res. 477-V, de 1950) y más adelante la Organización de la Unidad Africana (OUA) (res. 2011-XX, de 1965), hoy Unión Africana (UA). Después fue el Consejo de Seguridad el que, caso por caso, en situaciones que suponían una amenaza o un quebrantamiento de la paz, ha dado el espaldarazo a acuerdos y organismos regionales, solicitando su ayuda o legitimando su intervención.

Un análisis del papel de los acuerdos y organismos regionales exige abordar, al menos, tres cuestiones: 1) si es prioritario recurrir a ellos en las situaciones que amenazan la paz y la seguridad *regional*; 2) cuál es el ámbito de actuación

que la Carta les reconoce y cómo se encuadra en el sistema de seguridad colectiva; y 3) si su contribución ha de circunscribirse a las situaciones que afectan sólo a sus Estados miembros. Veámoslo con más detenimiento:

1) Acuerdos y organismos regionales han podido sustentar la pretensión de aislar de la ONU todos los problemas políticos y de seguridad de la región, afirmando su prioridad y hasta, excepcionalmente, su monopolio, mediante una interpretación expansiva del artículo 52.2 y 3 de la Carta, según el cual las partes en dichos acuerdos y los miembros de tales organismos harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local en el ámbito regional antes de someterlas al Consejo de Seguridad.

Ante esta clase de iniciativas ha de recordarse que el propósito fundamental de las Naciones Unidas (mantener la paz y la seguridad internacionales) no conoce fronteras geográficas y que, conforme al artículo 24 de la Carta, se ha atribuido al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de lograrlo (v. par. 510). Los acuerdos y organismos regionales cuentan con una preferencia lógica y natural cuando así lo quieren las partes interesadas; son muy útiles en la alerta temprana y la diplomacia preventiva, pero atribuirles una competencia forzosa en primera instancia supondría limitar los derechos de los miembros de la ONU que lo son también de un acuerdo u organismo regional y, asimismo, convertiría una facultad del Consejo —la de remitir el asunto a dicho acuerdo u organismo— en una obligación que en parte alguna ha sido establecida y cuyo cumplimiento forzaría a una elección entre los distintos acuerdos y organismos *regionales* superpuestos e interesados en una misma área geográfica.

2) El artículo 53.1 de la Carta sitúa a los organismos regionales en una doble relación de subordinación respecto del Consejo de Seguridad. Por un lado, éste puede aprovecharlos (si se dejan) para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Por otro, los acuerdos y organismos regionales pueden decidir medidas *coercitivas*, pero no pueden aplicarlas sin contar con la autorización expresa del Consejo, cuyo control se extiende a la oportunidad misma de la acción. Cualesquiera otras actividades emprendidas o proyectadas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad regionales basta con que le sean comunicadas (art. 54 de la Carta).

Qué se entienda por *medida coercitiva* es, como puede suponerse, de la mayor trascendencia para trazar la divisoria a partir de la cual la autorización expresa del Consejo es preceptiva. Naturalmente, como la interpretación jurídica es un arte generalmente bien pagado, se han sugerido mil piruetas para llevar la divisoria a un punto en que se pierda de vista. Una de las más ingeniosas es la que estima *no coercitiva* la medida que, aunque comporte el empleo de fuerza armada, sólo se *recomienda*. Otra sugiere que no son coercitivas las medidas *preventivas*, aunque, nuevamente, sean armadas. Lo más juicioso es entender *coercitiva* toda medida que tenga que ver con el empleo o la amenaza de la *fuerza* prohibida por el Derecho Internacional general y, en particular, por el artículo 2.4 de la Carta (v. par. 490-492, 495).

Cabe concluir, pues, que un acuerdo u organismo regional puede adoptar y aplicar —poniéndolo en conocimiento simplemente del Consejo de Seguridad— las mismas medidas que un puñado de Estados, al margen de la Organización, podría adoptar y aplicar de forma paralela y simultánea o concertada. La concreción de esas medidas dependerá en último término del alcance que se dé a la prohibición de la amenaza y el empleo de la fuerza en las relaciones internacionales, pero incluyen, desde luego, el ejercicio colectivo del “derecho inmanente” de legítima defensa en los términos en que es reconocido por el artículo 51 de la Carta.

3) Un organismo regional puede adoptar medidas coercitivas contra un tercer Estado, solicitando autorización del Consejo para su aplicación, y puede adoptar y aplicar medidas no coercitivas, comunicándolo al Consejo. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la economía del Capítulo VIII de la Carta está asentada sobre la base de que la acción regional se produce dentro de los límites territoriales de los Estados partes en el acuerdo u organismo correspondiente, a menos que sea el Consejo el que solicite su asistencia para aplicar medidas coercitivas a un tercer Estado. Aparte este supuesto, la lógica de la contribución regional al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales opera excluyendo las acciones contra terceros, pues si éstos constituyen una amenaza o quebrantan la paz será el Consejo el que habrá de ejercer la responsabilidad que le asigna la Carta.

521. Según la práctica en la ‘posguerra fría’

La terminación de la *guerra fría* y el afloramiento de numerosos conflictos civiles y fronterizos en todas las latitudes del orbe dieron lugar a que se haya sacado partido de la laxitud conceptual de los *acuerdos y organismos regionales* a los que se refiere la Carta, contando con el respaldo del Secretario General (*Un Programa de Paz*, 1992), para quien, dada la variedad de regiones y situaciones, era recomendable abordar la cooperación y la división del trabajo caso por caso, con un espíritu de *creatividad* y siempre bajo el prisma de que la responsabilidad primordial reside en el Consejo de Seguridad

Así, en África occidental una organización de cooperación económica, la CE-DEAO, se lanzó en 1990, por invitación del gobierno liberiano en el marco de un conflicto civil, a una operación militar de pacificación (ECOMOG) bajo el liderazgo de Nigeria, siendo avalada *a posteriori* por el Consejo de Seguridad (declaración del Presidente de 22 de enero de 1991; res. 788, de 1992, y 813, de 1993). En Europa la CSCE (luego OSCE) fue reconocida por el Consejo, a los efectos del Capítulo VIII, en 1992 (res. 743); incluso antes fueron apreciados los esfuerzos de la Unión Europea en el conflicto yugoslavo (res. 713, 724, 727). La OTAN fue reconocida como organización apta para desempeñar responsabilidades en el mantenimiento de la paz poco después (res. 816, de 1993). Asimismo, en 1994 la misión de Naciones Unidas (UNOMIG) en Georgia comenzó a trabajar conjun-

tamente con la fuerza de mantenimiento de la paz de la *Comunidad de Estados Independientes* (CEI)... Una organización regional de Estados del Cuerno de África (el IGAD) ha representado su papel en Somalia y en Sudán (2004)...

De acuerdo con las directrices del Secretario General, respaldadas por la Asamblea General (res. 49/57, de 1994), la calificación de acuerdos y organismos regionales ha sido de un extraordinario pragmatismo, uncida sólo a la asunción efectiva de tareas en el campo del arreglo pacífico de diferencias y el mantenimiento de la paz. Ni la etiqueta genérica de un acuerdo u organismo, ni su composición, ni su condición jurídica formal, ni su ámbito material principal o territorial de actuación, ni su creación *ad hoc* para manejar un determinado conflicto ha sido óbice para enmarcar sus relaciones con las Naciones Unidas dentro del Capítulo VIII de la Carta y buscar los acuerdos de colaboración oportunos. Un planteamiento así ha permitido sinergias, no ya con los organismos regionales tradicionales, sino con muchos otros, de muy heterogénea naturaleza, vocación y dimensión. Los ejemplos son incontables.

La tendencia a *regionalizar* las operaciones es en sí misma positiva, atendiendo al principio de subsidiariedad, siempre que no esconda una evasión de responsabilidad colectiva ante una situación intolerable. Actualmente se sigue alentando esta política (v. Grupo de Alto Nivel, informe sobre *las amenazas*, 2004; Secretario General, *Un concepto...*, 2005; *Cumbre Mundial 2005*, AGNU res. 60/1). Se trataría de encomendar las misiones a las Organizaciones regionales representativas allí donde se produce el conflicto, mientras Naciones Unidas ofrece un soporte diplomático, político y de coordinación de la asistencia humanitaria y se pide a los países más desarrollados o a sus organizaciones (como la OTAN o la UE) apoyo logístico, transporte aéreo y comunicaciones, equipamiento sofisticado, entrenamiento, financiación.

En África, en particular, la UA ha elaborado un amplio plan estratégico e institucional para asumir sus responsabilidades en el mantenimiento de la paz y seguridad regional, pero también en este continente la situación en Darfour, en el oeste de Sudán, o en Somalia, ejemplifica los límites de esa *regionalización*. Limitémonos a Darfour. La misión de la UA (MUAS) entró en el territorio con manifiestos déficits humanos, materiales, logísticos y financieros, multiplicados por el sabotaje del gobierno sudanés, lo que la ha conducido al fracaso y a la necesidad de establecer una operación *híbrida* con Naciones Unidas cuando la situación es hoy peor que ayer y, al paso que se va, sólo mejor que mañana.

Cabe preguntarse, por otro lado, si acaso la responsabilidad *primordial* del Consejo se ha traducido de hecho en una entrega incluso temeraria en manos de acuerdos y organismos regionales *lato sensu*, dispuestos a coordinarse más que a subordinarse para, finalmente zafarse, de la ONU, con el riesgo de que ésta acabe entregada a sus *condottieros*. Así, el *Nuevo Concepto Estratégico* de la OTAN (1999) admite retóricamente el papel del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, pero reclama para sí la centralidad, excluyendo toda precisión sobre las relaciones (y mucho menos la

subordinación) de la Alianza en el manejo de las crisis que rebasan claramente el ámbito de la legítima defensa colectiva. Refiriéndose a las operaciones de la OTAN fuera de “las regiones de su competencia” el Informe del *Grupo de Alto Nivel* (2004) afirma que le parecen bien “mientras estén autorizadas y se rinda cuenta de ellas al Consejo”. Cuando no es así, parece que el propósito fuera servir de la ONU como herramienta de una política de Estado, eventualmente compartida por otros, o de hacer fracasar a la Organización para justificar la entrada, libres de trabas, de organismos regionales, alianzas militares y coaliciones de fortuna. De esta manera, la ONU puede acabar *ocupada* por un proyecto *particular(ista)* o acosada por falsos *regionalismos* fraccionalistas, de confrontación.

En términos prácticos ya sería satisfactorio con que las previsiones del Capítulo VIII de la Carta fueran, primero, respetadas y, luego, aplicadas cabalmente, aprovechando toda su potencialidad, con la adecuada inserción de las organizaciones regionales en las operaciones de paz de Naciones Unidas, bajo el debido control del Consejo de Seguridad y la capacitación humana y material de dichas organizaciones en el mundo en desarrollo, especialmente en África, donde a menudo han de desplegarse (v., en esta línea, C. de S., res. 1631, de 2005).

CXXVI. LA OCUPACIÓN HEGEMÓNICA DE LA SEGURIDAD COLECTIVA

522. *El Consejo y el castigo*

Como ya se ha apuntado (v. par. 334), el Consejo de Seguridad no es un órgano de aplicación del Derecho Internacional, que reacciona frente a los ilícitos con el automatismo propio de las instancias jurisdiccionales; es un órgano cuya función primordial y proceso de toma de decisiones podría explicar —y hasta justificar— que en ocasiones *cierre los ojos o mire a otro lado* una vez la amenaza se salva o la paz se restablece, evitando calificaciones o atribuyendo responsabilidades a los sujetos implicados. Las críticas al Consejo por su *doble rasero* o por el *agravio comparativo* nacen o, por lo menos, se agudizan cuando más allá del mantenimiento de la paz internacional se desliza al campo de la responsabilidad internacional, atribuyéndose competencias sancionadoras, punitivas. Veámoslo con mayor detenimiento.

Una calificación estricta de las situaciones presentadas ante el Consejo de Seguridad no es realmente necesaria para poner en marcha las medidas requeridas para el mantenimiento o el restablecimiento de la paz. La práctica revela que basta a tal efecto con situar la acción en el marco del Capítulo VII, sin mayores precisiones, y recurrir en su caso al tipo más genérico de las *amenazas a la paz* internacional como fundamento de la acción. Se trata de facilitar la

adopción de medidas evitando pronunciamientos políticamente problemáticos, que son innecesarios.

Si la acción para el restablecimiento de la paz es, desde luego, competencia del Consejo de Seguridad y, eventualmente, de la Asamblea General, la competencia del Consejo para fijar las consecuencias del ilícito, si lo hay, en el plano de la responsabilidad internacional es, por lo menos, dudosa y, en todo caso, concurrente con la de otros órganos, en particular los judiciales, ante los que un Estado pueda invocar un fundamento de jurisdicción válido (v. par. 528).

Hay medidas, como el requerimiento del cese y no reiteración del ilícito o, incluso, la *restitutio in integrum*, que forman parte, simultáneamente, del hemisferio de la paz y del hemisferio de la responsabilidad; pero hay otras, como las demás formas de la reparación (la indemnización, la satisfacción) o la nulidad y no reconocimiento de las ventajas logradas por el infractor como consecuencia del ilícito, que son características de la responsabilidad (v. par. 313-317) y en ellas no ha tenido empacho de entrar el Consejo de Seguridad cuando lo ha considerado oportuno. Más allá del mantenimiento o del restablecimiento de la paz, el Consejo atribuye la comisión de ilícitos, determina sus consecuencias jurídicas, establece mecanismos para hacerlas efectivas. El artículo 39 de la Carta se ha convertido, dice Mariano Aznar, “en el nuevo *ábrete Sésamo* que permite al Consejo de Seguridad adentrarse en la cueva que abriga nuevos poderes coercitivos no claramente recogidos en el capítulo VII de la Carta y que podrían incidir en el ámbito de la responsabilidad internacional del Estado”.

Obviamente, nada de esto funciona frente a un miembro permanente del Consejo o uno de sus protegidos. Compárese el trato recibido por el Iraq *agresor* de 1990 y por el Iraq *agredido* de 2003. Al primero se le impusieron por el Consejo fuertes reparaciones, duras sanciones, limitaciones de soberanía, inspecciones internacionales... (v. par. 515). Tratándose del Iraq agredido, no se habla de la responsabilidad en que han incurrido Estados Unidos y sus adláteres, ni se consideran sus consecuencias jurídicas; por el contrario, los agresores se transforman en mandatarios bajo las formas más etéreas de control que puedan imaginarse, entregándose vidas y haciendas a quienes afianzan su expolio como respetables patrocinadores de conferencias de *donantes* (Madrid, octubre de 2003; Qatar, mayo de 2004). Los derechos fundamentales de Iraq como parte en la Carta y miembro de la ONU son conculcados con la complicidad del Consejo (v. par. 526).

En el debate del proyecto de artículos sobre la *responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, el entonces (1996) relator Gaetano Arangio-Ruiz sostuvo que el Consejo de Seguridad no tiene “poderes ilimitados”; derechos y obligaciones de los Estados en el ámbito de la responsabilidad internacional no podían verse afectados por el juego del Capítulo VII de la Carta, todo lo más podían ser objeto de atención en el ámbito del arreglo pacífico de controversias (Capítulo VI) en el que las facultades del Consejo son sólo recomendatorias (v. par. 511). Pretender que un órgano político de compo-

sición limitada tenga poderes judiciales o normativos para tratar de los crímenes cometidos por los Estados era, llega a decir Arangio-Ruiz, “contrario a los principios más elementales de un ordenamiento jurídico civilizado”. Cinco años después (2001) el proyecto de artículos definitivo optó por la ambigüedad al disponer simplemente que: “Los presentes artículos se entenderán sin perjuicio de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 59). Así las cosas, sería imprudente sostener que las calificaciones del Consejo son preceptivas y vinculantes para otros órganos, especialmente los judiciales (v. par. 528, 588, 594).

523. *Las amenazas ‘prime time’: el terrorismo*

A pesar de los problemas definitorios, la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo ha sido objeto de numerosos convenios internacionales multilaterales —de vocación universal o regional— y bilaterales. Esta línea convencional sigue siendo maestra en las medidas para prevenir y eliminar el terrorismo, como se refleja en las resoluciones que la Asamblea General ha venido adoptando a partir de 1972, más recientemente en las del mismo Consejo de Seguridad y en las incitaciones del Secretario General de la Organización. Sin embargo, la vinculación, directa o indirecta, de un terrorista y/o un grupo terrorista a las autoridades, reconocidas o no, de un Estado alimenta el descreimiento en los mecanismos de cooperación dispuestos mediante tratados, que se basan en la igualdad, buena fe y confianza recíprocas, lo que, unido a la consideración de los actos terroristas —y del terrorismo— como una terrible amenaza a la paz y seguridad internacionales, ha conducido al Consejo de Seguridad a la adopción de decisiones discutibles desde el punto de su conformidad con la Carta y con las exigencias del estado de derecho en los países democráticos.

El caso *Lockerbie* fue el primero en que el Consejo invocó el capítulo VII de la Carta para decidir sanciones contra un Estado miembro (Libia) que se negaba a acatar la orden de entrega de los presuntos autores de una acción terrorista a los Estados perjudicados (Estados Unidos y Reino Unido), porque rechazaba la imputación y ofrecía acudir a la Corte Internacional de Justicia para dirimir la controversia. El discurso del Consejo sólo es inteligible si se ha decidido que Libia es un Estado *terrorista*, privado de sus derechos y garantías como Estado soberano y miembro de las Naciones Unidas. El Consejo asume tareas que deberían corresponder a la Corte y trata deliberadamente de neutralizar las iniciativas en esta sede del *sancionado*.

Tratándose de la lucha contra *Al Qaeda* y los talibanes en Afganistán, después del 11-S, el Consejo de Seguridad renunció al papel principal que le atribuía la Carta y aceptó un papel secundario dentro de los límites permitidos por la intervención armada y los objetivos de los Estados Unidos que, con la bula de la legítima defensa (v. par. 503) y la indulgencia plenaria del Consejo, bombardeaban a discreción y se movían libremente por territorio afgano a la caza y captura de terroristas en una operación brillantemente titulada Libertad dura-

dera. Naciones Unidas se embarcó, penelopina, en el penoso tejer de una salida política en Afganistán (sin talibanes), endosando el acuerdo de Bonn, inducido por Estados Unidos y sus aliados, con un plan de reconstrucción del Estado y el despliegue a tal fin de una “Fuerza internacional de asistencia para la seguridad” (ISAF) (res. 1378, 1383, 1386, de 2001...). Dada la “creciente amenaza” de los “ataques terroristas” (res. 1662, de 2006) la ISAF aumentó sus efectivos, amplió su despliegue, pasó a ser controlada por la OTAN y se deslizó, con el beneplácito del Consejo (v., por ej., res. 1707, de 2006), a operaciones de combate en “estrecha consulta... con la Coalición que lleva a cabo la operación Libertad Duradera” (res. 1510, de 2003...), lo que más adelante llamará el Consejo “sinergias operativas” (res. 1659, 1662, 1707, de 2006)... El Consejo convoca al pleno respeto de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario, pero no parece interesado en conocer las denuncias de su violación por las fuerzas de la comunidad internacional en la lucha antiterrorista.

Pero no se trata sólo de eso. Si el Consejo no ha ejercido *todas* las funciones que la Carta le atribuye, tampoco ha ejercido *sólo* las funciones que le atribuye la Carta y han sido los mismos Estados Unidos los que han urgido la asunción de nuevos cometidos, al servicio de su propia política antiterrorista. Dejando ahora a un lado las medidas coercitivas aplicadas a personas acusadas de colaboración terrorista, difícilmente compatibles con las garantías individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconocen a los ciudadanos en los estados de derecho democráticos, el Consejo asumió funciones de naturaleza legislativa. Considerando el terrorismo en sí mismo una amenaza a la paz y seguridad internacionales, ha decidido combatirlo, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, con medidas preventivas y represoras de la financiación de los actos de terrorismo, suministro de armas, circulación, reclutamiento, refugio o cualquier otra utilización del territorio estatal por terroristas, intercambio de información, auxilio policial y judicial, endurecimiento de las leyes penales y exclusión de la motivación política para denegar la extradición (res. 1373, de 2001).

Amén de por su contenido sustantivo, esta resolución. es significativa porque su patrocinador fue Estados Unidos, diez días antes de ejecutar su acción de *legítima defensa*, lo que evidencia su deliberado propósito de hurtar al Consejo las competencias sobre el uso de la fuerza que le corresponden según el Capítulo VII de la Carta, endosándole otras que es, cuando menos, dudoso que le correspondan.

La res. 1373 (2001) *impone* a los miembros de Naciones Unidas una parte de los contenidos del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999), sustituyendo su voluntad soberana. Las medidas decididas son, muchas de ellas, *obligaciones de comportamiento* que acaban cayendo en cascada sobre las Cámaras legislativas. Para evitar que sus *órdenes* queden en agua de borrajas, el Consejo no sólo expresa “su determinación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la aplicación plena de esta resolución.”, sino que establece un Comité integrado por todos sus miembros para

verificarla y exhorta a todos los Estados a la presentación de informes periódicos sobre las medidas adoptadas conforme a un calendario propuesto por el Comité. En 2004 el Consejo decidió consolidar la estructura del *Comité contra el Terrorismo* con la creación de una Dirección Ejecutiva, prevaleciendo la idea, patrocinada por Estados Unidos, de que fuera un órgano subsidiario del Consejo —y no una oficina bajo la dependencia directa del Secretario General— el que, en Naciones Unidas, centralizase la lucha contra el terrorismo. Esta estructura se ha ido consolidando y desarrollando en los años siguientes (v., res. 1904, de 2009).

524. *La proliferación de armas de destrucción masiva*

En la declaración del Presidente del Consejo de Seguridad de 31 de enero de 1992, con ocasión de su primera reunión a nivel de jefes de estado o de gobierno, se afirma de manera genérica que “la proliferación de armas de destrucción masiva constituye una amenaza contra la paz y seguridad internacionales”, comprometiéndose los miembros del Consejo a tomar las medidas apropiadas para prevenir la diseminación de tecnologías unidas a la investigación y producción de tales armas. Esta declaración tuvo su *sequitur* sólo doce años después (res. 1540, de 2004). En esta resolución se reafirma que la proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, así como sus sistemas vectores, constituye una *amenaza a la paz y la seguridad internacionales*, pero se subraya la importancia de la cooperación multilateral y de los medios pacíficos, de conformidad con la Carta, para solucionar los problemas. Realmente, la parte operativa de la resolución se centra en la articulación de mecanismos de control del tráfico ilícito de armas de destrucción masiva que implique a agentes no estatales, terroristas.

No hay normas generales de Derecho Internacional que impongan a los Estados prohibiciones o limitaciones en su política de armamento, debiendo estarse a las obligaciones consentidas por cada Estado, mediante tratados o de otra forma (CIJ, *Nicaragua*, 1986). Debe señalarse, a este respecto, que contamos ya con un racimo abundante de tratados de limitación de armamentos, incluso de destrucción de las armas existentes, caso de las Convenciones sobre armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas (1972) y sobre armas químicas (1993).

Por lo que se refiere a las armas nucleares, el objetivo fundamental de quienes las poseían a mediados de los sesenta del pasado siglo (justamente los miembros permanentes del Consejo) era evitar la proliferación horizontal, sellando las puertas del *Club Atómico*, más que renunciar a su propia condición o a limitar su producción y experimentación. Fruto de esa política fue la celebración del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP) en 1968. Estados no poseedores de armas nucleares partes en el TNP se obligan a no recibirlas, no fabricarlas y no recabar o recibir ayuda para su fabricación (art. 2), pero conservan el derecho *inalienable* a desarrollar la investigación y las aplicaciones pacíficas de la energía nuclear según sus necesidades, intereses y prioridades (art. 4). No obstante,

teniendo en cuenta: 1) que no es posible llevar a cabo un programa de explosiones nucleares con fines pacíficos sin lograr al mismo tiempo una capacidad de fabricación de armas, y 2) que el combustible utilizado por los reactores contiene plutonio que, aislado en plantas de reelaboración, puede servir para producir las, los Estados no poseedores renuncian a tales explosiones y ponen el montaje y explotación de sus instalaciones nucleares bajo la supervisión del Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA), organismo autónomo dentro del sistema de Naciones Unidas, “con miras a impedir que la energía nuclear se desvíe de usos pacíficos hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos» (art. 3). En 1997 se adoptó un Protocolo adicional que permite al OIEA inspecciones sin previo aviso de las instalaciones nucleares de los países que se obliguen por el Protocolo. Caso de incumplimiento del *acuerdo de salvaguardia* el Estatuto del OIEA prevé medidas sancionadoras, como la suspensión del Estado Parte en el ejercicio de sus derechos y privilegios y la reducción o la interrupción de la ayuda técnica, además de la comunicación al Consejo de Seguridad en el marco de su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

En los años que siguieron Israel, primero, y ya finalizando el siglo India y Paquistán, alcanzaron *de facto* la condición de potencias atómicas. No eran partes en el TNP y habían ejercido un derecho soberano. De Israel nunca se dijo una palabra, a la sombra de la política israelí de *no afirmar ni negar* la posesión de armas nucleares. En mayo de 1998 el Consejo condenó las pruebas atómicas de India y Paquistán (res. 1172), estableciendo el nexo entre la proliferación nuclear y las amenazas a la paz y seguridad internacionales, pero no extrajo de ello, en el caso concreto, ninguna consecuencia. En esas fechas ya había sido adoptado un tratado de prohibición completa de los ensayos (10 de diciembre de 1996), cuya entrada en vigor había quedado supeditada a la más que improbable ratificación por los cuarenta y cuatro países con instalaciones nucleares, militares o civiles. El destino fatal del tratado estuvo marcado, no ya por las pruebas indostánicas, sino por el hecho de que, finalmente, fue el propio Congreso norteamericano el que negó la autorización para la ratificación del tratado que la Administración Clinton había patrocinado. Asimismo, la sucesiva Administración Bush jr. abandonó la política de presión y retirada de ventajas comerciales aplicada por Estados Unidos (y la Unión Europea) a la India y Paquistán, estableciendo (2006) una relación de cooperación nuclear estratégica con India, sólo condicionada a que someta *algunas* de sus instalaciones nucleares civiles a las salvaguardias del OIEA. Estas y otras circunstancias permiten contextualizar las políticas nucleares de Corea del Norte y de Irán, objeto de la atención y de las *sanciones* del Consejo urgidas por Estados Unidos.

Durante años la *sospechas* sobre los planes de Corea del Norte para convertirse *de facto* en potencia atómica condujeron a una política de amago de sanciones y rondas de negociación y acuerdos que pareció romperse definitivamente cuando (mayo 2001) Corea del Norte entendió que Estados Unidos demoraba delibe-

radamente el cumplimiento de sus obligaciones, planteaba nuevas exigencias y la desconfianza y el mal entendimiento se acentuaban (con la Administración de G. W. Bush). En enero de 2003 Corea del Norte anunció la denuncia del TNP (que, según los indicios, antes había incumplido). En febrero de 2005 declaró oficialmente que poseía armas nucleares, invocando su derecho a fabricarlas.

Este derecho era en el caso de Corea del Norte discutible, por serlo la validez y efectos de su denuncia del Tratado, tratándose de una facultad sometida a la concurrencia de unas circunstancias que, según los depositarios del tratado, no se habían producido. En todo caso, la denuncia no salvaba la responsabilidad por los ilícitos cometidos mientras Corea del Norte había sido parte en el TNP. De hecho, las informaciones referidas al estado de ratificaciones y adhesiones al TNP siguen presentando a Corea del Norte como parte y el Consejo se ha expresado confusamente al respecto (res. 1695, de 2006). Con la res. 1718 (2006) el Consejo invocó por vez primera el Capítulo VII de la Carta para adoptar medidas con arreglo al artículo 41 consecuentes con la condena de un ensayo nuclear efectuado por Corea del Norte, desatendiendo “de forma flagrante”, las anteriores resoluciones del Consejo y generando “una clara amenaza a la paz y la seguridad internacionales”. Las medidas adoptadas pretenden interrumpir el comercio de armas y de artículos de lujo de Corea del Norte y los programas de capacitación y asistencia en materia armamentística, así como congelar los fondos y los desplazamientos de las personas implicadas en los programas de armas de destrucción masiva y de sus familiares, con algunas excepciones. Nuevas resoluciones se han aprobado en los años siguientes (res. 1874 y 1887, de 2009; 1928, de 2010). El objetivo es llevar a Corea del Norte incondicionalmente a una mesa de negociaciones con Estados Unidos, Japón, China, Rusia y Corea del Sur que conduzcan a la desnuclearización verificable de la península coreana.

Irán es parte en el TNP y cuenta con un acuerdo de salvaguardia suscrito con el OIEA. Irán reivindica su derecho a la experimentación nuclear con fines pacíficos que le reconoce el Tratado y advierte que está dispuesto a denunciarlo si ese derecho se le coarta. El problema es que en septiembre de 2002 se descubrió la existencia de un programa nuclear clandestino que, destinado al enriquecimiento del uranio, podría ser utilizado para producir armas nucleares, lo que, de confirmarse, sería una infracción grave del TNP y del acuerdo de salvaguardia con el OIEA. Como en el caso de Corea del Norte los amagos de sanciones se han entrelazado con las rondas negociadoras. Irán aceptó (noviembre de 2004) la suspensión de sus actividades relacionadas con el enriquecimiento y la conversión del uranio, incluidas las de investigación y desarrollo, y también la aplicación provisional del Protocolo adicional del OIEA, que permite inspecciones por sorpresa. Sin embargo, en enero de 2006 anunció la reanudación de sus investigaciones y desarrollo nuclear “con fines pacíficos” y la terminación de la aplicación provisional del Protocolo adicional. En un informe del Director General del OIEA se indicaba que Irán poseía documentación con diseños para fabricar armas nucleares, no habiendo evidencias de que hubiera instalaciones

para su producción, pero no pudiéndose tampoco concluir que no existen materiales y actividades nucleares no declaradas.

Dada la situación, la Junta de Gobernadores del OIEA acabó (marzo de 2006) elevando un informe formal al Consejo de Seguridad, que ha recorrido con Irán el camino que antes hizo con Corea del Norte. Tras el ultimátum lanzado en la resolución 1696 (julio de 2006), desatendido por Irán, adoptó medidas conforme al artículo 41 del Capítulo VII de la Carta ese mismo año (res. 1737), que se han ido endureciendo (res. 1747, de 2007; 1803 y 1835, de 2008; 1887, de 2009; 1929, de 2010).

No se discute el derecho *inalienable* de Irán a la investigación y desarrollo de actividades de enriquecimiento de uranio con fines pacíficos bajo el control del OIEA (no obstante la pretensión de Estados Unidos de suprimirlo en una eventual revisión del art. 4 del TNP); simplemente no se tiene confianza en que así sea, teniendo en cuenta la historia de ocultación iraní. De ahí que se busquen otras fórmulas y la ratificación por Irán del protocolo adicional del OIEA. Recuperada la confianza, se dice, Irán será tratado igual que cualquier otro Estado parte en el TNP no poseedor de armas nucleares. Frente a quienes insisten en buscar una solución negociada que tenga en cuenta los intereses estratégicos de Irán, un país incluido por la Administración de G. W. Bush en el *eje del mal* y en la vecindad de potencias nucleares *de facto* (Israel, Paquistán, India) y de países (Iraq, Afganistán) *intervenidos* por los Estados Unidos, otros (sobre todo en Israel) advierten que de no ejecutarse acciones militares contra las instalaciones iraníes, Irán se convertirá en pocos años en una nueva potencia nuclear. Hace treinta años Israel bombardeó una central de energía atómica en construcción en Iraq, *por si las moscas*, siendo entonces condenado por el Consejo de Seguridad (res. 487, de 1981).

525. Paradigma del 'doble rasero': los territorios palestinos ocupados

Una adecuada perspectiva para examinar la actuación del Consejo de Seguridad en relación con los territorios palestinos en los últimos años es compararla con la que siguió a la ocupación de Gaza y Cisjordania como consecuencia de la *guerra de los seis días* (1967).

Siete de las doce resoluciones adoptadas por el Consejo en 1967 tuvieron que ver con esta guerra. A su terminación, el Consejo (res. 237) instó a Israel a que garantizase la protección de los habitantes de los territorios ocupados, facilitase el regreso de los desplazados y respetase escrupulosamente los principios humanitarios en el trato de los prisioneros de guerra y de los civiles conforme a los Convenios de Ginebra (1949) (v. par. 558-562). Unos meses después el Consejo (res. 242) sentó los *principios* de una *paz justa y duradera*: 1) el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados; y 2) el respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras

y reconocidas. El Consejo afirmaba, además, la *necesidad* de garantizar este objetivo con medidas como la creación de *zonas desmilitarizadas*, la libertad de navegación por las vías internacionales y una *solución justa del problema de los refugiados*.

Como se volvió a la guerra en 1973 (*guerra del Yom Kippur*), el Consejo hubo de *instar* de nuevo a las partes (res. 338) a la aplicación íntegra de la res. 242 (1967). Desde antes el Consejo advirtió que las medidas legislativas y administrativas para modificar el estatuto de Jerusalén y de los territorios ocupados, incluidas las expropiaciones de tierras, eran nulas (res. 252, de 1968; 298, de 1971). Israel no sólo no hizo caso, sino que fue a más, hasta acabar anexionando formalmente la parte oriental de la Ciudad Santa, lo que fue rechazado enfáticamente por el Consejo (res. 476 y 478, de 1980).

Otro tanto ocurrió con los asentamientos de colonos judíos en los territorios ocupados. Obviamente no existían antes de 1967. Diez años después los colonos eran apenas cuatro millares. El Consejo advirtió tempranamente que la política de asentamientos no tenía validez legal, constituía una violación manifiesta del Cuarto Convenio de Ginebra (1949) y era un serio obstáculo para una paz completa, justa y duradera en Oriente Próximo; incluso estableció una comisión de tres miembros para examinar la situación (res. 446, de 1979). Israel no sólo se negó a cooperar, sino que rechazó oficialmente las resoluciones del Consejo (v. res. 452, de 1979, 465 de 1980).

Al disponer de armas, los colonos más extremistas provocaron algunos incidentes luctuosos de los que se hizo eco el Consejo (res. 471, de 1980). Ya en 1990 los civiles palestinos muertos y heridos en enfrentamiento con las fuerzas de seguridad de Israel dieron pie a nuevas resoluciones, incluso al ademán de enviar misiones de encuesta, rechazadas por Israel (v. res. 672 y 673). Asimismo, el Consejo hubo de señalar la violación de las obligaciones de Israel conforme al Cuarto Convenio de Ginebra al hilo de la práctica sistemática de la deportación de civiles palestinos (v., por ej., res. 607, de 1988, 694, de 1991, 799, de 1992). Al comenzar la última década del siglo XX los colonos judíos eran ya cien mil.

Evocar estas resoluciones no sólo explica la sensación del *déjà vu* que producen los acontecimientos de los últimos años, sino la regresión vivida en la búsqueda de esa paz, tanto por la violencia creciente como por la omisión de sus responsabilidades por el Consejo.

El *proceso de paz* desencadenado por la Conferencia de Madrid (1991) y los acuerdos de Oslo (1993) entre la Organización de Liberación de Palestina (OLP) e Israel entreabrieron la puerta a una solución. La OLP renunciaba a los métodos terroristas y reconocía a Israel que, a su vez, admitía la creación de un Estado palestino. La OLP, mutada en Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en Gaza y Cisjordania, era el interlocutor válido y aceptado en una negociación que debía buscar acuerdos para acabar con los asentamientos judíos en los territorios ocupados, decidir el estatuto de Jerusalén oriental, resolver el problema de los refugiados, ofrecer fronteras seguras a Is-

rael. Las partes se dieron cinco años para llegar a un arreglo global y duradero sobre la base de las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973).

Podría explicarse que en estos años el Consejo se mantuviera al margen mientras las negociaciones se desarrollaban con altibajos bajo la sesgada mediación (v. par. 456) de los Estados Unidos. De hecho entre 1993 y 2000 sólo se registran tres resoluciones del Consejo, motivadas por matanzas de civiles palestinos como consecuencia del recurso desproporcionado a la fuerza del ejército y la policía israelíes (res. 904, de 1994, 1073, de 1996, y 1322, de 2000). Lamentablemente, los acuerdos de paz están hoy más lejos que nunca. Israel, en lugar de frenar los asentamientos, como debía suponerse en un negociador de buena fe, ha multiplicado por cuatro el número de colonos, ha seguido extendiéndose por Jerusalén oriental y sus alrededores, alterándolo física y demográficamente, ha tratado de consolidar su ocupación con el levantamiento de un muro cuya ilegalidad ya ha sido declarada en términos contundentes por la Corte Internacional de Justicia (*Muro*, 2004), se ha empeinado en la violación sistemática como potencia ocupante de los Convenios de Ginebra invocando la lucha antiterrorista, ha infringido una y otra vez los acuerdos con la ANP, mantiene bloqueada la franja de Gaza e, incluso, asalta en alta mar naves de pabellón extranjero (v. par. 412) que a Gaza se dirigen con asistencia humanitaria (v. par. 576)...

En estos años las resoluciones del Consejo han apoyado el “concepto de una región en que dos Estados, Israel y Palestina, vivan uno junto al otro dentro de fronteras seguras y reconocidas” y han exhortado a las partes a negociar conforme a planes elaborados por sucesivos enviados especiales norteamericanos y, más adelante (res. 1515, de 2003), siguiendo la *hoja de ruta* elaborada por el *Cuarteto* (Estados Unidos, la UE, Rusia y NU (*sic*); pero ha pasado por alto que las hechuras del Estado llamado Palestina será, en el mejor de los casos, un *bantustán* de Israel. Las resoluciones del Consejo han sido falaces al predicar la simetría, la equidistancia, de las formas frente a la asimetría de los ilícitos y la manifiesta desigualdad de las partes. Puede buscarse una atenuante para el Consejo en el hecho de que Estados Unidos bajo la Administración de Georges W. Bush ha impuesto su veto siempre que se ha querido condenar la violencia israelí, su uso desproporcionado de la fuerza, sus represalias armadas, sacar consecuencias de su incumplimiento de la resolución 242 (1967), enviar observadores o misiones de investigación a los territorios ocupados. Lo ha hecho siempre que se ha querido adoptar una resolución con base en el Capítulo VII de la Carta, jamás mencionado, arguyendo que condenar sólo a Israel no propicia el apaciguamiento de la región y la aproximación de las partes. Pero Estados Unidos ha vetado también proyectos que condenaban todos los ataques terroristas contra civiles considerándolos *desequilibrados*. Para Estados Unidos el verdadero obstáculo para la realización de las aspiraciones del pueblo palestino no es la política de Israel, sino el terrorismo.

En todo caso, la actitud del Consejo en el conflicto de Oriente Próximo, sobre todo en los últimos años, ha sido el principal nutriente de la justificada acusa-

ción de su *doble rasero*. No hay, seguramente, en la historia de la Organización un infractor más persistente de sus resoluciones que Israel ¿Por qué, después de cuarenta años de recalcitrante desafío a la ley internacional como potencia ocupante de (Gaza y) Cisjordania no se le han impuesto sanciones, no se ha situado en los territorios ocupados una misión de mantenimiento de la paz, unos observadores siquiera? La pregunta es pertinente, sobre todo si se tiene en cuenta que ya, por lo menos, en 1980 el Consejo, tras constatar una vez más, “la persistente negativa de Israel” a dar cumplimiento a sus resoluciones, *reafirmaba* su *determinación* de “examinar medios prácticos” de conformidad con la Carta, para lograr su cabal aplicación (res. 476). Sólo estupefacción puede causar leer que el 30 de junio de 2010 el Consejo (res. 1934) solicita de las *partes interesadas* que apliquen *inmediatamente* la resolución 338 (1973), aprobada treinta y siete años antes... (v. par. 67).

526. Clímax del unilateralismo: La invasión y ocupación de Iraq (2003)

El 20 de marzo de 2003 Estados Unidos, con Gran Bretaña y una “coalición de naciones dispuestas”, desencadenó contra Iraq una guerra de agresión con una sarta de mentiras sobre las armas de *destrucción masiva* que escondía el régimen de Sadam Hussein con la que se acabó hilvanando un cuento de *distracción masiva*. Consumada la agresión, Iraq era un territorio sin gobierno propio y una población bajo una ocupación ilegal extranjera.

Más allá de la interpretación torticera de las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas con ocasión de la *guerra del Golfo* (v. par. 515) para tratar de justificar la legalidad de la acción armada, estaba claro que, en todo caso, el Consejo no había delegado en cada uno de sus miembros, por conspicuos que fuesen, la apreciación de: 1) la infracción —y gravedad— de las obligaciones impuestas a Iraq; y 2) las medidas a adoptar en ese caso, en especial el recurso a la fuerza armada. Es el Consejo el que ha de apreciar la amenaza, interpretar sus propias resoluciones, decidir las consecuencias de su incumplimiento.

Al mantenerse firme frente a los proyectos belicistas y defender testimonialmente los principios de la Carta el Consejo tuvo su día de gloria. De atenernos a las normas generales Estados Unidos y sus adláteres habían infringido de manera flagrante una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional y, sin perjuicio de otras consecuencias, no cabía reconocer como lícita la situación creada ni prestar ayuda o asistencia para mantenerla (CDI, proyecto de arts. sobre *la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001, arts 40 y 41) (v. par. 318).

Procesalmente, sin embargo, no existe una vía judicial para establecer el gravísimo ilícito y en el Consejo de Seguridad era impensable una condena, siquiera una lamentación, de los hechos. Todo lo contrario. Los planes de Estados Unidos eran que el Consejo reconociese la *Autoridad* establecida por las fuerzas ocupantes y avalase sus medidas, transfiriéndole el control de todos los recursos

iraquíes dentro y fuera del país, proponiendo para Naciones Unidas un papel de acompañamiento. Si en el pasado no había tenido empacho alguno para, consumada su acción armada, individual o grupal, acudir al Consejo a fin de obtener cobertura de sus políticas a partir de hechos consumados, de manera que terceros países se vean obligados a ejecutarlas, o endosar los acuerdos alcanzados *extra muros*, sea en Kumanovo (para Kosovo, res. 1244, de 1999) o en Bonn (para el Afganistán, res. 1383, de 2001), ahora en Iraq hizo lo mismo y puede decirse que se salió con la suya. Todas las resoluciones adoptadas en 2003 (res. 1483, 1500, 1511 y 1518) responden a proyectos presentados por Estados Unidos y Reino Unido. Ni una palabra, obviamente, sobre el derecho de resistencia frente al ocupante ni una referencia precisa a las obligaciones dimanantes de la ocupación. Nada sobre las denuncias de crímenes de guerra y violación de las Convenciones de Ginebra en relación con los prisioneros y la población civil.

Finalmente, la resolución 1546 (2004) dio término formalmente a la *ocupación* y a las competencias de la *Autoridad* (angloamericana), disponiendo para Naciones Unidas un papel acrecido en el proceso político de la transición iraquí. Pero cabe preguntarse si acaso esta resolución es la más perversa de todas. Los administradores de la ocupación se transformaron en embajadores de remotos países al frente de las más abigarradas misiones diplomáticas jamás conocidas. Naciones Unidas se puso al volante de un carro que no controlaba en un viaje tal vez a ninguna parte. La seguridad siguió en manos de Estados Unidos y de sus asociados, ahora a petición de un Gobierno Provisional urdido con miembros del Consejo de Gobierno designado en su día por la *Autoridad*, trasladándose así, en principio, a las propias autoridades iraquíes la responsabilidad por los eventuales ilícitos de la fuerza multinacional (v. par. 298, 301).

El Consejo de Seguridad y las Naciones Unidas en general parecen haber cedido al designio hegemónico de los Estados Unidos. En este sentido las gentes del *establecimiento* se refieren con satisfacción a la recuperación de “la unidad del Consejo”. El hecho de que estas resoluciones se hayan adoptado contemporáneamente al ejercicio del veto *americano* sobre proyectos condenatorios de los recurrentes ilícitos de Israel en Oriente Próximo subraya un derrotero que hacen particularmente dolorosos los límites de la Carta cuando se trata de imponer la ley a los miembros permanentes del Consejo y politizan al máximo, más allá del marco de la Carta, sus resoluciones, dejando inermes a los sujetos *malditos*.

527. Valoración crítica de la práctica del Consejo

La productividad de los últimos veinte años no impide apreciar críticamente la práctica del Consejo. El Consejo, en efecto, ha renunciado a la centralidad en el recurso institucional a la fuerza armada; ha dejado en manos de los Estados miembros las operaciones de *imposición* de la paz, ignorándolas o limitándose a su autorización más formal; ha buscado compensar su evasión de la tarea para

la que fue primordialmente concebido asumiendo otras (normativas, judiciales, financieras y presupuestarias) que la Carta mantiene en el ámbito de las relaciones entre los Estados concernidos u orienta a otros órganos (AG, CIJ); ha permitido a sus miembros permanentes toda clase de licencias, incluso ser juez y parte de sus diferencias con terceros, manipulando las calificaciones; ha alimentado la arbitrariedad aplicando distintas varas a situaciones materialmente similares haciendo en algunos casos, como el de Israel, del agravio comparativo regla; no ha tutelado los derechos de los Estados miembros enfrentados con los miembros permanentes del Consejo; y ha carecido de voluntad y energía para hacer cumplir sus propias resoluciones cuando una de las partes cuenta con las debidas *influencias* (Sáhara Occidental). Todo ello lo ha hecho el Consejo no sólo con el visto bueno de los Estados Unidos, sino a instancias suyas, estirando abusivamente sus competencias con interpretaciones desmedidas de uno de los tipos — la *amenaza a la paz*— que desencadenan los poderes formidables del Capítulo VII de la Carta —poderes que, por otra parte, no está en condiciones de controlar— o ejerciéndolas con cierta superficialidad, si nos atenemos a los resultados. El Consejo, pues, *no siempre actúa cuando y como debe* sino que, por el contrario, *a veces actúa cuando y como no debe*,

Lejos de representar a todos los miembros de la ONU, como exige la Carta, el Consejo se ha convertido en un instrumento de las grandes potencias y, en particular, de Estados Unidos cuando, siendo perseverante, ha moderado sus objetivos y rebajado el tono. De ahí la práctica de los miembros permanentes, consolidada sobre todo en los últimos años, de actuar en un primer nivel de consultas oficiosas cerradas a los demás, cociendo en *petit comité* proyectos que, luego, si maduran, se ofrecen al resto para su formalización. Esta forma de proceder no está taxativamente prohibida por el Reglamento del Consejo; pero vacía de contenido principios fundamentales de la Carta y es, por lo menos, dudoso que el alegato de eficacia subyacente al escamoteo compense los costes en transparencia y participación en la toma de decisiones y el perjuicio que supone para la autoridad moral de las decisiones mismas.

CXXVII. EL PAPEL DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

528. *Controversias sobre el uso de la fuerza*

La idoneidad de los órganos judiciales y arbitrales y, en particular, de la Corte Internacional de Justicia, para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional deducida del uso de la fuerza en las relaciones interestatales es indiscutible. De hecho este fue el objeto de la primera demanda planteada a la Corte (por Reino Unido contra Albania) a cargo de los incidentes del *Estrecho de Corfú*, en 1947. La Corte no ha aceptado un *domaine réservé* del Consejo en casos de esta naturaleza; por el contrario, ha considerado posible desarrollar su

función —decidir sobre una controversia jurídica— en paralelo a la función política del Consejo en el mantenimiento de la paz. Más aún, la Corte ha considerado que su intervención podía tener un añadido efecto benéfico para disolver las amenazas a la paz o superar las consecuencias dañinas de su quebrantamiento y, en este sentido, ha llegado a ordenar cautelarmente, a petición de parte, la suspensión de hostilidades y actos armados.

Hemos tenido ejemplos muy señeros de recurso a la Corte por Estados que se han considerado agredidos. La Corte ha analizado los fundamentos de su jurisdicción y la admisibilidad de la demanda sin que el conocimiento del caso por el Consejo en el ámbito de la seguridad colectiva haya influido para sacarlo de su lista. Hace veinticinco años la demanda de Nicaragua (9 de abril de 1984) contra Estados Unidos (CIJ, *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*) marcó un hito, especialmente por ser el demandado un miembro permanente del Consejo que clamaba por el respeto de las competencias de un órgano donde su derecho de veto acorazaba sus ilícitos. La Corte no entró en este juego. Para comenzar, el 10 de mayo de 1984 ordenó medidas cautelares indicando que Estados Unidos debía poner fin inmediatamente a toda acción cuyo objeto fuese limitar la entrada y salida de puertos nicaragüenses, en particular por la colocación de minas, e instándole a respetar el derecho a la soberanía e independencia de Nicaragua. Después, la Corte afirmó su competencia, consideró admisible la demanda e idóneo el ejercicio de su jurisdicción (s. de 26 de noviembre de 1984). Finalmente, la Corte declaró al demandado infractor de un puñado de principios fundamentales del Derecho Internacional (s. de 27 de junio de 1986). Sólo el desistimiento (v. par. 482) de Nicaragua de su demanda para fijar la reparación debida (el 12 de septiembre de 1991) impidió una sentencia que habría cerrado el círculo de la responsabilidad de Estados Unidos, por lo menos en un plano judicial declarativo.

Asimismo, en el tiempo presente comprobamos como el Consejo de Seguridad maneja desde hace años la miserable crisis de la RD del Congo —sus resoluciones se cuentan por decenas y hay una operación de mantenimiento de la paz (MONUC) en el territorio— mientras, simultáneamente, siguieron su curso ante la Corte las demandas de este país contra Uganda “en virtud de los actos de agresión armada perpetrados... en violación flagrante de la Carta de las Naciones Unidas” y contra Ruanda por “violaciones masivas graves y flagrantes de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario”.

Aún podríamos hacer la lista más extensa considerando el pronunciamiento de la Corte en el caso de las *Plataformas Petrolíferas* (Irán c. Estados Unidos, 2003), así como las demandas de Irán contra Estados Unidos por el *incidente aéreo de 3 de julio de 1988* y de Nicaragua contra Honduras y Costa Rica por *acciones armadas fronterizas y transfronterizas*, que no siguieron adelante por el desistimiento de los demandantes, o las de la RF de Yugoslavia contra los países de la OTAN que bombardearon su territorio en 1999, que naufragaron sólo por

el hecho de que la Corte no apreció la existencia de fundamentos de jurisdicción (1999, 2004).

Prácticamente el único límite que la Corte ha reconocido al ejercicio de su función se ha advertido en la adopción de medidas cautelares (v. par. 477) cuando ha estimado que las medidas solicitadas podían entrar en conflicto con órdenes ya tomadas por el Consejo. Cuando es así puede barruntarse que el Consejo, como se evidenció paladinamente en el caso *Lockerbie*, ha asumido funciones de naturaleza *judicial* incompatibles con su naturaleza de órgano político (v. par. 523). Sometida Libia a las *sanciones* impuestas por el Consejo (res. 748, de 1992, y 883, de 1993), Reino Unido y Estados Unidos invocaron estas resoluciones para sacar a la Corte del *caso* planteado en su contra por Libia con base en la *Convención de Montreal sobre la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil* (1971). Aunque la Convención de Montreal atribuyera a Libia los derechos que reivindica, éstos —decían británicos y norteamericanos— no podrían ser ejercidos por la prevalencia de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) en virtud de los artículos 25 y 103 de la Carta (v. par. 283). A partir de estas resoluciones, de haber una diferencia sería la de Libia con el propio Consejo de Seguridad, diferencia que, obviamente, no entraba en las previsiones de la Convención de Montreal.

Este discurso bastó para que la Corte se abstuviera de adoptar las medidas cautelares solicitadas por Libia (1992), pero es debatible su suficiencia para que renunciara a conocer del caso. Si bien la Corte (1998) aceptó en principio su competencia y la admisibilidad de las demandas libias, reservó para cuando procediese al examen de fondo la excepción sobre la pérdida de su objeto, por estimar que guardaba una “íntima conexión” con él. El desistimiento por acuerdo extrajudicial (2003) nos privó del pronunciamiento de la Corte que, eventualmente, podría haber reclamado el examen de la conformidad de las resoluciones del Consejo con los principios y propósitos de la Carta previo a la determinación de las consecuencias de su prevalencia sobre las obligaciones de la partes en la Convención de Montreal (arts. 24.2, 25 y 103) (v. par. 529). En todo caso, la Corte fue muy clara y directa en un punto: si era competente y la demanda admisible en la fecha de su depósito, los acontecimientos ulteriores, incluidas las resoluciones del Consejo, no podían ser tomados en consideración para alterar las conclusiones a las que se hubiera llegado. La fecha crítica, pertinente, decisiva, era siempre la del depósito de la demanda. La sentencia descarta, pues, cualquier efecto de las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993), adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta, sobre la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, por ser posteriores.

Naturalmente, está fuera del alcance de la Corte impedir que el Consejo siga interpretando libérrimamente sus competencias y hollando el territorio judicial, que no se conforma con su naturaleza.

529. *El control de la validez de las decisiones del Consejo de Seguridad*

Decisiones adoptadas en los últimos años por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII que suscitan, al menos, dudas acerca de su conformidad con la propia Carta, plantean la cuestión del control de su legalidad o *constitucionalidad*. Se tiene la impresión de que el Consejo, cuando los miembros permanentes están de acuerdo, opera como un poder absoluto, con una peligrosa tendencia a la arbitrariedad y al tratamiento desigual de situaciones idénticas o similares, y que, cuando no lo están, la que es absoluta es la impunidad del miembro permanente que ejerce el veto y de sus clientes.

Aunque el artículo 24 de la Carta se limita a disponer que en el desempeño de sus funciones el Consejo procederá de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, la acción del Consejo ha de sujetarse a sus reglas. El carácter político del órgano, ha precisado la Corte Internacional de Justicia, no lo sustrae de la observancia de las disposiciones que regulan su actuación, dado que constituyen los límites de su poder (*Condiciones de admisión de un Estado como miembro de NU*, 1948).

Sentada la premisa de la posibilidad de actuaciones *ultra vires* del Consejo, la Carta no contiene ninguna disposición que prevea un control de la conformidad de tales actuaciones con sus disposiciones (y con las normas imperativas del DI). De manera deliberada y por exigencia de los miembros permanentes no se quiso que el ejercicio de sus competencias fuera objeto de un control, político o judicial, externo al propio órgano (CIJ, *Namibia*, 1971).

No obstante, aunque no existe el recurso que permita a un Estado miembro actuar directamente sobre la *constitucionalidad* —la conformidad con la Carta— de las resoluciones del Consejo para provocar una declaración de nulidad, sí parece posible que un órgano judicial se pronuncie sobre su aplicabilidad en la medida en que sea relevante en su proceso decisorio. No en balde, según el artículo 25, “los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad *de acuerdo con esta Carta*” y no lo es la decisión que irrespeta los propósitos y principios de las Naciones Unidas (art. 24.1). La preferencia de las obligaciones impuestas por la Carta sobre cualesquiera otras obligaciones tienen en la Carta sus propios límites y un órgano judicial no debe endosar acríticamente esa preferencia cuando se discute en su sede. El desistimiento de las Partes en el caso *Lockerbie* (2003) impidió, como ya hemos indicado (v. par. 528), que la Corte examinara la conformidad con la Carta de determinadas resoluciones del Consejo y la misma Corte se zafó de la cuestión cuando fue planteada en un incidente de medidas cautelares por Bosnia-Herzegovina, que argumentaba que su derecho de legítima defensa era coartado por el embargo de armas impuesto por la res. 713, de 1991 (*Genocidio en Bosnia*, 1993).

Por otro lado, si la Asamblea General tiene derecho para solicitar la opinión de la Corte en el procedimiento consultivo sobre cualquier *cuestión jurídica* (art.

96 de la Carta, 65 del Estatuto), la conformidad con la Carta de una resolución del Consejo de Seguridad bien podría ser una de ellas, aunque sea improbable una petición así, amén de la facultad de la Corte de abstenerse de dar una respuesta por consideraciones de oportunidad. La práctica revela que la Corte ha examinado la regularidad constitucional de las resoluciones del Consejo si lo ha estimado necesario para responder a la cuestión planteada, pero siempre para arroparlas con la presunción de validez (v. CIJ, *Ciertos gastos de las NU*, 1962; *Namibia* 1971; *Kosovo*, 2010).

Este es uno de los puntos en que más provechosa sería una clarificación legal, pero reclamarla parece cosa de otro universo.

CXXVIII. LA REFORMA DEL CONSEJO, EL CUENTO DE COLORÍN SIN COLORADO

530. *Un déficit de representación*

Aunque sólo fuera para responder al crecimiento espectacular de miembros de Naciones Unidas, que son ya ciento noventa y dos, el Consejo debería ser reformado para hacerlo más representativo. Sin embargo, no se ha encontrado hasta ahora la fórmula capaz de atraer a dos tercios de los miembros de la Organización, incluidos los cinco miembros permanentes del Consejo, llave de paso de cualquier enmienda o reforma de la Carta (arts. 108 y 109).

De los miembros permanentes puede decirse, al cabo de sesenta y cinco años, que *ni son todos los que están ni están todos los que son*; pero *los que están*, de no mediar una catástrofe, lo están a perpetuidad y lo único factible es, según parece, atender a las nuevas realidades del poder agregando a los *antiguos combatientes*, vencedores en la segunda guerra mundial, socios del exclusivo *Club Atómico* y beneficiarios del oligopolio del tráfico de armas, un par de buenos *contribuyentes* —como Japón y Alemania— y algunas potencias *emergentes* que puedan representar al mundo en desarrollo.

Según la propuesta presentada como *Modelo A* por el *Grupo de Alto Nivel* (*Las amenazas, el desafío y el cambio*, 2004), adoptada por el Secretario General (*Un concepto más amplio de libertad*, 2005) habría seis nuevos miembros permanentes (dos africanos, dos asiáticos, uno de América latina y otro de Europa occidental), siendo implícita la designación de Alemania, Japón, India y Brasil entre ellos y estando más abierta la de los representantes de África (África del Sur, Egipto, Senegal, Angola, Kenya...). Según este *modelo* el Consejo se completaría con tres nuevos miembros no permanentes (África, Asia, América latina). Frente al *modelo A* el *Modelo B* supondría la adición de nueve miembros, ocho con mandato renovable de cuatro años y uno más con mandato no renovable de dos años. En ambos modelos el número total de miembros sería de veinticuatro (seis por continente: África, Asia y Pacífico, América y Europa). Con ligeras va-

riantes estas propuestas han sido la referencia en un debate inacabado. Según Estados Unidos ahora debería buscarse el consenso a partir de un acuerdo sobre los criterios de elegibilidad, proponiendo al efecto economía, población, poder militar, compromiso con los derechos humanos y contra el terrorismo, equilibrio geográfico y capacidad de contribución financiera a la Organización.

Los países en desarrollo —que conceden prioridad a la ampliación de miembros no permanentes sobre cualquier otra categoría— insisten, en particular, en la *sobrerrepresentación* de la Europa occidental. Naturalmente, si se tuviera más fe en la dimensión política de la Unión Europea podría sugerirse que Francia, Reino Unido —y la postulada Alemania— deberían traspasarle la condición de miembro permanente, una vez hechos los necesarios ajustes en una Carta que sólo admite Estados. Pero los *alemanes* quieren añadirse a *británicos* y *franceses* y sólo son *europeos* los demás...

Ello no obsta para que desde hace tiempo el Estado miembro de la Unión Europea que ocupa la Presidencia semestral participe regularmente como observador en las reuniones del Consejo y ejerza el derecho de voz para exponer la posición común de la Unión cuando el orden del día lo aconseja. Este papel lo ha asumido el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (TUE, art. 34.2, último párrafo). La versión vigente del TUE puntualiza que los miembros de la Unión que lo sean del Consejo de Seguridad, sin distinguir entre permanentes y electivos, “se concertarán entre sí y tendrán cabalmente informados a los demás Estados miembros y al Alto Representante” y “defenderán...las posiciones e intereses de la Unión *sin perjuicio de las responsabilidades que les incumban en virtud de las disposiciones de la Carta*” (art. 34.2, párrafo segundo, énfasis añadido).

531. ¿Es aconsejable el aumento de miembros permanentes (con derecho de veto)?

El aumento del número de miembros permanentes *eo nomine* responde más a los *tics* del pasado que a una justa evaluación de las exigencias sobre la composición y el voto que se deducen de la emergencia de nuevas potencias contribuyentes y de la representación regional. Probablemente, para satisfacer estas exigencias bastaría con aumentar el número de miembros no permanentes y eliminar el último inciso del artículo 23.2 de la Carta, que impide la reelección inmediata de los salientes, unida en su caso a una prolongación del actual mandato de dos años. En lugar de miembros permanentes, *miembros permanentemente en el Consejo*. En este sentido el llamado *modelo B* es más satisfactorio en clave democrática, de representación, proximidad y rendición de cuentas. En el caso de Europa no es lo mismo que los *alemanes* tengan derecho a estar en el Consejo a que los *europeos* elijan a los alemanes para que ejerzan la representación regional con una cierta continuidad. En la práctica la frecuente presencia

de ciertos Estados como miembros no permanentes del Consejo y la ausencia de otros reflejan su diferente *peso* en la Organización.

La mera ampliación del Consejo no basta para *democratizar* el sistema, reforzando la legitimidad y autoridad de sus decisiones. Desde una perspectiva *democrática* el Consejo deja mucho que desear. La práctica de los conciliábulos de los miembros permanentes —o de algunos de ellos— tiene, al fin y al cabo, su razón de ser en el derecho de *veto*, una excepción consentida al principio de igualdad soberana (v. par. 47) y un privilegio cuya inesquivable legalidad ha sido oscurecida por el aprovechamiento unilateral y sectario de sus titulares.

Sería razonable convenir fórmulas de adopción de decisiones que respondan a mayorías (muy) reforzadas, sin veto, o que, conservándolo, condicionen su eficacia a su empleo por más de uno de los miembros permanentes o permitan su suspensión por una decisión de la Asamblea General adoptada por una mayoría cualificada; incluso cabría considerar favorablemente propuestas para facilitar la adopción de decisiones, como la del voto en contra que no implica veto si así lo declara el interesado, o propuestas para encarecer su uso, como la del veto *motivado* en la *vital importancia* del asunto para quien recurre a él, o limitar su campo de aplicación a las cuestiones realmente sustantivas del Capítulo VII de la Carta, precisándose lo mejor posible las que no lo son, o prohibirlo en situaciones de genocidio o violaciones masivas de derechos humanos... Todo indica, sin embargo, que los miembros permanentes *adoran* el actual procedimiento de adopción de decisiones y no están dispuestos a renunciar, ni siquiera restringir, sus privilegios calificados por alguno (Cuba) como *cuasidivinos*. Así que la cuestión en el aire es sólo si de ampliarse el número de miembros permanentes ¿habrán de contar los *nuevos* con el estatuto privilegiado de los *ancianos*?

La mayoría se pronuncia por la negativa, considerando que semejante privilegio no debe extenderse, a la espera del día en que pueda suprimirse. Los miembros permanentes *históricos* están encantados, por otra parte, en conservar su *diferencia* y, con ella, un mayor peso relativo. Los *nuevos* serían *permanentes de segunda*. Una opinión contraria podría sin embargo sustentarse si se asocian estrechamente las nuevas membresías permanentes con la representación de los grupos regionales. Si el miembro permanente asume un papel de genuina representación regional y el grupo participa de —y controla— las tomas de posición ante los proyectos planteados, la idea de una especie de veto *regional* permitiría a los países en desarrollo reequilibrar institucionalmente un poder hoy totalmente decantado, en el respeto de la Carta, a favor de las grandes potencias (occidentales). De ahí que la Unión Africana, aun considerando el derecho de veto anacrónico, no democrático y disconforme con el principio de igualdad soberana, reivindique su goce, mientras exista, por los nuevos miembros permanentes en los mismo términos en que lo disfrutaban los miembros permanentes actuales.

Las nuevas dimensiones de la seguridad —económicas y sociales— acentúan la conveniencia de una presencia más firme del *Sur*, si se trata es de implantar un orden pluralista, tendente al compromiso global de intereses. Desde la pers-

pectiva de los países en desarrollo la eventual militarización de la respuesta a los problemas socioeconómicos que se plantean en clave de seguridad y la renovación ahora a escala universal de la doctrina de la soberanía limitada de los Estados (de la periferia), hacen inquietante la visión de un órgano cuya composición está fuertemente descompensada en favor de unos miembros, los más poderosos, dentro de una legalidad que los sitúa —con sus intereses— gracias al derecho de veto, por encima de toda regla y con escasas posibilidades de verificación efectiva de la conformidad de sus acciones con la Carta, sea por una instancia política (AG), sea por una instancia judicial (CIJ).

PARTE OCTAVA
**LA PROTECCIÓN DE LAS
GENTES**

La protección internacional de los derechos humanos

CXXIX. CONSIDERACIONES GENERALES

«Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes», proclama la *Declaración de Viena*, adoptada por consenso en la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (1993), y ha sido reiterado por todos los miembros de las Naciones Unidas al instaurar en 2006, el Consejo de Derechos Humanos (AG, res. 60/251). *Universalidad, indivisibilidad e interdependencia*, he ahí los pilares conceptuales en que trata de sustentarse el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

532. *Universalidad (e imperatividad)*

La *universalidad* es inherente a los derechos humanos fundamentales porque se trata de derechos que son expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo. La Carta de Naciones Unidas lo expresa de forma categórica (preámbulo, art. 55) y se refleja en la no en balde titulada *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) y los numerosos instrumentos que la han desarrollado. La *Conferencia Mundial* (1993), si bien llama la atención sobre la «importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos», salvaguarda el carácter universal de derechos y libertades, sobre el que «no admite dudas» (*Declaración y Programa de Acción de Viena*, Parte I, párs. 1 y 5).

Debemos, pues, acercarnos con cautela al *relativismo* que predicán ciertos Estados (principalmente del mundo islámico, pero no sólo de él) en tanto puede ser la coartada para la violación de derechos fundamentales de individuos bajo su jurisdicción. No obstante, conviene hacer dos precisiones:

1) Si las diferencias culturales y religiosas, y aun las desigualdades económicas que persisten y se alargan como crueles realidades de la sociedad internacional actual, no deben alzarse como barrera contra el carácter universal de los derechos fundamentales, tampoco la *normalización* de los valores subyacentes ha de convertirse en un instrumento de la dominación de los Estados del *Primer Mundo* sobre el resto. Una cosa es articular una política global de derechos humanos y otra, menos respetable, *politizarla*, es decir, poner esa política al servicio de otras mediante comportamientos selectivos. Los países más poderosos no saben hurtarse a la tentación de hacer política —no *de*— sino *con* los derechos humanos.

2) La universalidad de los derechos fundamentales no es incompatible, todo lo contrario, con la cooperación regional para su salvaguardia. Es obvio que la mayor afinidad de los vecinos de una región culturalmente homogénea facilita un enunciado más amplio y preciso de derechos y, en particular, una articulación orgánica y procesal más profunda y eficaz de control y garantía.

Si la universalidad no ha de ser una expresión retórica, ha de concentrar su acción en el núcleo irreductible de derechos que componen *esferas de protección prioritaria*: represión de los actos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, abolición de la esclavitud y la discriminación racial, lucha contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes (v. par. 582); asimismo, ha de *identificar los grupos humanos más vulnerables* a la violación de sus derechos: pueblos indígenas (v. par. 75, 76), refugiados (v. par. 567-572), apátridas (v. par. 347), emigrantes (v. par. 353), mujeres, niños, reclusos, discapacitados..., haciéndolos beneficiarios de una protección particular.

Ha de subrayarse que la *universalidad* del núcleo duro de los derechos humanos forma *tándem* indisociable con su *imperatividad* internacional. Son los derechos, mencionados, que no admiten suspensión bajo ninguna circunstancia o condición (Pactos de NU, 1966, art. 4; Convenio Europeo, art. 15; Convención Americana, art. 27).

Es justamente este el sentido en el que hace cuarenta años la Corte Internacional de Justicia admitió (*Barcelona Traction*, 1970), que «la prohibición de los actos de agresión, del genocidio y los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana» son normas de *ius cogens* en la medida que representan «obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto» (v. par. 145-149). Años después la Corte ha tenido ocasión de confirmar el carácter *erga omnes* de los derechos y obligaciones consagrados por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (*Genocidio en Bosnia*, 1996; 2007) y de algunas disposiciones de los Pactos de Naciones Unidas (1966) y del Cuarto Convenio de Ginebra (1949) (*Muro*, 2004).

Lamentablemente, la crónica de los acontecimientos diarios pone de relieve que si la *universalidad* y la *imperatividad* de los derechos fundamentales han calado ya en la sociedad civil y en los medios de comunicación, las consecuencias jurídicas en el orden internacional general de las violaciones domésticas de tales derechos están todavía *in statu nascendi*. La protección de los derechos humanos se ha hurtado, sí, a la competencia reservada de los Estados, pero quienes debían ser sus guardianes sólo parecen dispuestos a apoyar enfáticamente cuantas declaraciones y convenios se dirigen a su protección a condición de que los mecanismos de control queden a sus expensas.

533. *Indivisibilidad e interdependencia*

Derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y los más controvertidos derechos de solidaridad —derechos humanos de *primera, segunda*

y *tercera generación*, según se dice— están unidos de manera que forman un conjunto indivisible e interdependiente. No es por eso de recibo enarbolar el subdesarrollo para justificar atentados a los derechos civiles y políticos, alegando que así se propician políticas más eficaces de desarrollo económico y social; el subdesarrollo condiciona, merma, desde luego, el disfrute de derechos, pero no debe ser invocado para justificar su vulneración (Declaración de Viena, 1993, Parte I, pár. 10). En dirección contraria, tampoco es de recibo *primar* derechos civiles y políticos (imponiendo a los Estados obligaciones de *resultado*) sobre derechos económicos, sociales y culturales (que sólo imponen obligaciones de *comportamiento* supeditadas a la disponibilidad de recursos y a la política económica y social estatal). La discriminación se proyecta, a partir de ahí, en los límites impuestos a la *justiciabilidad* de derechos económicos, sociales y culturales en los ordenamientos internos y en los mecanismos internacionales, más blandos, dispuestos para verificar su observancia.

La eventual entrada en vigor y participación en el Protocolo Facultativo al PIDESC instaurando el mecanismo de denuncias de particulares, abierto a la firma en 2009, podrá minimizar este déficit.

Más compleja y, sobre todo, controvertida es la tercera categoría de derechos a la que hemos hecho referencia. Para empezar, ni siquiera existe acuerdo sobre su denominación genérica: unos apuntan a sus beneficiarios, denominándolos por eso *derechos colectivos o de los pueblos*; otros subrayan el sentimiento que anima su consecución, razón por la que atienden al nombre de *derechos de solidaridad*; los hay que se conforman, en fin, con resaltar su relación cronológica con las otras categorías de derechos para situarlos en el pelotón de la *tercera generación*. Sea cual fuere la etiqueta elegida, se acogen a ella el derecho a la paz, a la libre determinación de los pueblos, al desarrollo (sostenible), a un patrimonio común de la humanidad...

Nadie niega que derechos como los mencionados formen parte del ordenamiento jurídico internacional o, incluso, que sea imperativo el carácter de la mayoría de las normas que los protegen. Lo que se cuestiona es que su articulación pueda y deba realizarse en el ámbito de los derechos humanos. Hasta ahora han sido vanas las iniciativas para impulsar un nuevo Pacto Internacional sobre los derechos de la *solidaridad*. A lo más que se ha llegado a nivel universal, abstracción hecha del derecho a la libre determinación, es a proclamar la *dimensión humana* de tales derechos en instrumentos no convencionales de distinta naturaleza y alcance. Es el caso del derecho al desarrollo, al que se refiere la Conferencia Mundial (1993) como “derecho universal inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales” (Declaración y Programa de Acción de Viena, Parte I, pár. 10).

El escollo no está tanto en su enunciado como en la identificación de sus titulares y en la dotación de instrumentos adecuados para su defensa, lo que exige cambios significativos en el plano normativo y un considerable esfuerzo institucional que los miembros de Naciones Unidas no parecen dispuestos a enristrar,

al menos por ahora. La articulación de derechos colectivos en el marco de tratados sólo ha logrado positivarse en un ámbito regional que le era propicio, el africano. Pero desgraciadamente *la Carta africana de derechos del hombre y de los pueblos*, nacida bajo los auspicios de la OUA (hoy UA), es sólo un ejemplo de lo fácil que es hacer literatura de consumo.

No obstante, la solidaridad, el objetivo de paz positiva, que subyace en los *nuevos* derechos es una garantía, un aval, para el cumplimiento de los derechos *tradicionales*, de la misma forma que el disfrute de éstos ha de beneficiar a aquéllos (v. Secretario General, *Un concepto más amplio de la libertad*, 2005).

CXXX. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL

534. *Una competencia reservada*

Como regla general el Derecho Internacional clásico sólo protegió a los individuos en cuanto *extranjeros*, de acuerdo a un *estándar mínimo* de justicia y civilización que el Estado anfitrión debía observar, siendo en todo caso el Estado de la nacionalidad de la víctima el único legitimado para exigir responsabilidad internacional al infractor por medio del ejercicio discrecional de la *protección diplomática* (v. par. 350, 357, 358). El trato que el Estado dispensara a sus *súbditos* era, por tanto, una cuestión doméstica en la que los demás tenían la obligación jurídica de no intervenir.

Consecuencia de este planteamiento fue que la protección internacional de los derechos del hombre se localizó y limitó a compromisos puntuales: abolición de la esclavitud (Tratado de Londres de 1841, Acta General de Bruselas de 1890, Convención de Ginebra de 1926); protección de las víctimas de los conflictos armados (*ius in bello*), cuya codificación se inicia a mediados del siglo XIX (v. par. 558); garantías de libertad religiosa y lingüística de las minorías nacionales, impuestas selectivamente, primero a los Estados nacidos del otrora Imperio Otomano y, luego, del Austro-Húngaro (v. par. 69); establecimiento de *estándares mínimos* sobre los derechos laborales y libertades de los trabajadores (constitución de la OIT: Parte XII del Tratado de Versalles)...

La magnitud de los *crímenes contra la humanidad* cometidos durante la Segunda Guerra Mundial advirtió contra la estanqueidad de los derechos humanos en el ámbito de la competencia doméstica del Estado y la imperiosa necesidad de convertirlos en objeto de un régimen internacional. La Carta de las Naciones Unidas y la *Declaración Universal* fueron los instrumentos que sentaron las bases para esta evolución, traducida en el proceso de *humanización* del Derecho Internacional.

535. *La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal*

La Carta reconoce al ser humano la titularidad de derechos y libertades fundamentales que los Estados tienen el deber de respetar y proteger, sustenta como propósito de la Organización la cooperación internacional a tal efecto (preámbulo y arts. 1.3, 55.c y 56), confiere competencias a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social para su efectiva promoción y prevé para ello el establecimiento de comisiones, como órganos subsidiarios de este Consejo (arts. 13.1.b, 62 y 68). El papel central en la ejecución de esta empresa fue asumido durante sesenta años por la *Comisión de Derechos Humanos* (CDH), creada en 1946 como órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (res. 5-I y 9-II) (v. par. 540).

Establecido el principio constitucional y los medios institucionales para aplicarlo, la Asamblea General aprobó la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (res. 217-III, de 1948), fruto de un proyecto elaborado por la Comisión. La Declaración Universal carecía de fuerza jurídica obligatoria *per se*, pero hoy, atendido el registro histórico, puede afirmarse que los derechos en ella mencionados cuentan con un reconocimiento unánime como Derecho Internacional general (I Conferencia de las NU sobre Derechos Humanos, Teherán, 1968; Conferencia Mundial, Viena, 1993).

Diversos factores determinan y confirman el valor jurídico de la Declaración. *Originarios* unos, en tanto es manifiesto: 1) su contenido vocacionalmente normativo; 2) su envoltorio formal de *resolución-declaración* de la Asamblea General; y, 3) el apoyo recibido al tiempo de su adopción. *Sobrevenidos* otros, en tanto la expresión de la convicción jurídica común avalada por una práctica generalmente aceptada como Derecho se deduce de una serie de actos posteriores, como: 1) las enfáticas referencias que en torno a la obligatoriedad de la Declaración hacen otras resoluciones de Naciones Unidas y gran parte de los tratados sobre derechos humanos, universales (por ej., los Pactos de 1966) y regionales (por ej., el Convenio europeo de 1950), lo que al tiempo subraya su influencia en el posterior desarrollo del Derecho Internacional en la materia; 2) la invocación de sus disposiciones cuando se trata de legitimar la actuación internacional sin base convencional en supuestos de violación grave y sistemática de derechos fundamentales; y, 3) su incuestionable incidencia en las Constituciones estatales, a las que ha servido como fuente o modelo del enunciado de derechos y parámetro interpretativo de sus preceptos (v., por ej., Constitución española, art. 10.2; Constitución de la República Argentina, art. 75) (v. par. 144).

Con la Carta, la Declaración Universal y los instrumentos que han sido su consecuencia, el trato de los individuos se ha ido hurtando progresivamente a la competencia reservada de los Estados para pasar a regirse por principios y normas jurídicas internacionales, que les imponen la obligación primaria —la responsabilidad— de proteger los derechos fundamentales de todo ser humano sometido a su jurisdicción, nacional o extranjero.

Ha de llamarse así la atención sobre la constante interacción entre el orden internacional y el interno que reclama la promoción y el respeto de los derechos humanos. Siendo los Estados los que, en primera instancia, deben velar por ello, sólo cuando lejos de ser sus valedores se tornan en sus verdugos se hace precisa la acción internacional. La subsidiariedad de la protección internacional es, asimismo, la premisa de la norma consuetudinaria, reiteradamente enunciada en los tratados, que afirma la obligación de interponer y agotar los recursos que ofrece el Derecho interno del Estado para que sea admisible la acción ante instancias internacionales (por ej., Pacto de NU de derechos civiles y políticos, art. 41.1,c; Convenio Europeo, art. 35; Convención Americana, art. 46.1, a) (v. par. 362, 363).

A partir de la Declaración Universal Naciones Unidas ha seguido una doble línea de actuación:

1) La preparación y adopción de instrumentos convencionales de vocación universal, en los que se enumeran derechos y establecen los mecanismos procesales e institucionales para su promoción y protección; y 2) La acción basada directamente en las atribuciones que la misma Carta y la Declaración Universal confieren a la Organización para salvaguardar derechos fundamentales cuando son vulnerados grave y sistemáticamente. La *Comisión de Derechos Humanos* representó un papel estelar en ambos casos.

536. La protección mediante tratados

El abanico de instrumentos convencionales sobre derechos humanos de vocación universal es abigarrado. Sesenta años de intensa actividad auspiciada por Naciones Unidas han propiciado la adopción de más de una veintena de convenios multilaterales generales, a los que hay que sumar los elaborados con el patrocinio de Organismos especializados, como la UNESCO y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El centro solar del sistema lo ocupan los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos (PIDCP) y de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC) celebrados en 1966 y en vigor diez años después. Los Pactos, junto con la Declaración Universal, conforman la trinidad constitutiva de la que se denomina *Carta internacional de los derechos humanos*. El PIDCP cuenta, además, con un Protocolo Facultativo relativo a la *abolición de la pena de muerte* (1989) del que son partes actualmente setenta y dos Estados, España entre ellos.

Los *Pactos* establecen mecanismos procesales e institucionales para controlar la observancia de los derechos en ellos definidos según el catálogo de la Declaración Universal, con la exclusión del *derecho de propiedad privada* aludido en la Declaración (art. 17) y la adición (art. 1 de los Pactos) del *derecho de los pueblos a su libre determinación* y a la disposición de sus riquezas y recursos naturales. Una cláusula general del PIDCP permite a los Estados partes suspender las obligaciones contraídas en «situaciones excepcionales que pongan

en peligro la vida de la nación», siempre que tales medidas: 1) no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el Derecho Internacional, 2) no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, sexo, idioma, religión u origen social; y, 3) sean proclamadas oficialmente y comunicados sus motivos a los demás Estados partes (art. 4.1). Quedan en todo caso excluidos de suspensión (art. 4.2) los derechos definidos en los artículos 6 (a la vida), 7 (a no ser sometido a tortura), 8.1 y 2 (a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre), 15 (a la no retroactividad de la ley penal), 16 (al reconocimiento de su personalidad jurídica) y 18 (a la libertad de pensamiento, conciencia y religión). Aunque no son mencionados, los derechos de *habeas corpus* y a un juicio justo (arts. 9.2 y 3 y 14) se consideran también intocables conforme a una práctica estatal constante (v. CtDH, *Observación General* núm. 29 sobre las “Situaciones de emergencia”, 2001).

Amén de los Pactos, Naciones Unidas ha propiciado la concertación de otros instrumentos convencionales, básicamente con un doble objetivo:

1) *La prohibición y sanción de actos particularmente lesivos para la dignidad humana*: así, las Convenciones para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948); represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1950); suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas (1956); eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966); imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968); represión y castigo del crimen de *apartheid* (1973); contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (1984)...; protección de todas las personas contra la desaparición forzada (2006); y

2) *La protección de los grupos humanos más vulnerables a la violación de sus derechos fundamentales*: así, las Convenciones relativas al Estatuto de los refugiados (1951) y su Protocolo (1967); Estatuto de los apátridas (1954) y reducción de los casos de apatridia (1961); derechos políticos de la mujer (1952); nacionalidad de la mujer casada (1957); eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); derechos del niño (1989); protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de los miembros de su familia (1990); derechos de las personas con discapacidad (2006).

Todos los tratados mencionados (salvo el relativo a la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, 2006, a falta de un contratante) están en vigor a 1 de septiembre de 2010 y en cuanto tales vinculan a un amplio número de Estados, con la excepción de la Convención sobre la protección de los trabajadores migrantes y sus familias (1990). El siguiente cuadro muestra la entrada en vigor y partes en los tratados que cuentan con órganos propios de control, y por eso son considerados la espina dorsal de los instrumentos auspiciados por Naciones Unidas (v. par. 537, 538).

Estados partes en los tratados que instituyen órganos de control a 1 de septiembre de 2010		
Tratado	En vigor	Partes
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966)	4/01/1969	173
PIDESC (1966)	23/01/1976	160
PIDCIP (1966)	23/03/1976	166
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)	3/11/1981	186
Convención contra la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes (1984)	26/06/1987	147
Convención sobre los derechos del niño (1989)	20/11/1990	193
Convención sobre la protección de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias (1990)	1/07/2003	43
Convención sobre los derechos de personas con discapacidad	3/05/2008	90
Convención sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada (2006)	No	19

Estas cifras, aparentemente confortables, se relativizan cuando se contrastan con el número de Estados que: 1) han formulado *reservas* no siempre compatibles con el objeto y fin de los tratados (casi la mitad de las partes en el PIDCP lo han hecho); y, 2) han consentido los mecanismos de control instituidos con carácter facultativo en los tratados o en sus protocolos. (Sirvan como muestra las cifras del PIDCP: sólo un tercio de los Estados partes han declarado pertinente el procedimiento de *comunicaciones interestatales* previsto en su artículo 41 y apenas superan la mitad los que han consentido el Protocolo Facultativo instituyendo las *reclamaciones individuales*);

Todo ello adquiere mayor relieve si atendemos al hecho de que la mayoría de los Estados dispuestos a aceptar el más alto grado de compromiso y control de su cumplimiento pertenece al grupo occidental, y aún en él se advierten significativas ausencias, como la de Estados Unidos, que sólo es parte en tres de los tratados que figuran en el recuadro (discriminación racial, contra la tortura y PIDCP, y no en el Protocolo anejo sobre la abolición de la pena de muerte), no habiendo aceptado en ningún caso los procedimientos de control en ellos instituidos con carácter facultativo.

Obsérvese, por otro lado, el recelo de los países occidentales respecto de tratados que ponen el dedo en la llaga de las relaciones *Norte-Sur*, caso de la Convención para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes (1990), que ha tardado más de una década en contar con las veinte manifestaciones del consentimiento requeridas para su entrada en vigor (1^o de julio de 2003) para sólo sumar como partes países exportadores de trabajadores (cuarenta y tres en la actualidad) (v. par. 353).

Ante la situación descrita la *Declaración de Viena* (1993) recomendó, una vez más, evitar la proliferación excesiva de instrumentos convencionales, potenciando a cambio la participación en los ya vigentes a fin de conseguir su *aceptación universal y sin reservas*. Sin renunciar a preparar nuevos tratados si las circunstancias lo aconsejan Naciones Unidas ha auspiciado la adición a los tratados vigentes de protocolos: 1) para completar y/o desarrollar derechos, caso de los Protocolos a la Convención sobre los derechos del niño (2000); y 2) para fortalecer los procedimientos instituidos para su garantía y efectiva aplicación, así, los Protocolos a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999), la Convención contra la tortura (2002) y al PIDESC (2008). Sólo éste, abierto a la firma en septiembre de 2009, está pendiente de entrar en vigor.

537. *Órganos de control creados por los tratados*

Como ya hemos indicado, los tratados de derechos humanos más emblemáticos fueron dotados de órganos propios de supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas. El *Comité de Derechos Humanos* (CtDH) es, sin lugar a dudas, el más conocido, en atención a que ha de velar por el cumplimiento del PIDCP y de sus Protocolos. Los otros, homónimos del tratado cuyas disposiciones han de proteger, son: el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (el único creado en instrumento aparte del tratado, res. 1985/17 del C. E. y S.), el *Comité para la eliminación de la discriminación racial*, el *Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer*, el *Comité de los Derechos del Niño*, el *Comité contra la Tortura*, el *Comité de los Derechos de los Trabajadores Migrantes*, el *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y el *Comité contra la Desaparición Forzada*.

Característica de estos órganos de control —que ha de valorarse positivamente— es la de su independencia, pues se trata de *comités de expertos* que ejercen sus funciones a título personal, elegidos por el colegio de los Estados partes conforme a dos directrices: la integridad moral y reconocida competencia del candidato y la distribución geográfica equitativa del conjunto de sus asientos (v., por ej., PIDCP, art. 28). Su número oscila entre diez y veintitrés.

El problema de coordinación que origina la diversidad y heterogeneidad de órganos de control ha dado pie a críticas acerca de la *inflación institucional* que en este punto padece Naciones Unidas. Ello explica que se vengán convocando reuniones —de los Presidentes de los comités citados, de éstos con los relatores y representantes de los procedimientos especiales, del Consejo Económico y Social, de la propia Asamblea General— con el fin de adoptar medidas tendentes a la armonización de actuaciones, lo que compete al Alto Comisionado para los Derechos Humanos (v. par. 541). En mayo de 2005 la Alta Comisionada, Louise Arbour, propuso establecer un *órgano permanente unificado* para examinar el cumplimiento de los tratados, proyecto que hoy se ha abandonado, concentrán-

dose todos los esfuerzos en hacer más eficaz el sistema de esos órganos mediante un enfoque coordinado de su labor, la simplificación, racionalización y transparencia de sus métodos de trabajo, incluida la normalización de los procedimientos de informes (Consejo de Derechos Humanos, res. 9/8, 2008) y el seguimiento de las observaciones finales y de las decisiones (A/64/276, 2009).

Esta problemática situación se ha combinado con una notable *deflación funcional*, provocada por la disminución material y temporal de las actividades de los órganos de control como consecuencia del desinterés —y en algunos casos la incapacidad— de muchos Estados en cumplir sus compromisos sustantivos y sus obligaciones procesales y de financiación de tales órganos, una gota de agua en el marasmo de las dificultades financieras sufridas por Naciones Unidas.

538. *Mecanismos de protección*

Para asegurar la observancia de las obligaciones convenidas *pactos* y *convenios* han establecido tres tipos de mecanismos autónomos de protección a cargo de sus órganos de control: 1) *informes periódicos*; 2) *comunicaciones o quejas interestatales*; y, 3) *denuncias de particulares*. A estos mecanismos, ya clásicos, cabe agregar la técnica de *investigación confidencial* prevista en la Convención contra la tortura (1984, art. 20) y el Protocolo de 1999 a la Convención contra todas las formas de discriminación contra la mujer (art. art. 8), así como el *sistema de visitas periódicas* por órganos independientes previsto en el Protocolo Facultativo (2002) a la Convención contra la tortura, que ha dado vida al Subcomité para la Prevención de la Tortura cuyas observaciones se trasladan con carácter confidencial a los Estados visitados.

Dada su naturaleza no jurisdiccional, las resoluciones de estos órganos, en cualquiera de los procedimientos citados, no tienen fuerza jurídica vinculante para sus destinatarios sino carácter recomendatorio, lo que no debe conducir, sin embargo, a desestimar su autoridad moral y política.

Cosa distinta es que los tratados incorporen *cláusulas compromisorias* reconociendo la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para dirimir las controversias que surjan en relación con la interpretación o aplicación de sus disposiciones; como, por ejemplo, hacen la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (art. IX); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 22) o la Convención contra la tortura (art. 30), entre otras.

Como ya hemos visto el artículo IX de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (1948) ha sido invocado en varias ocasiones para fundar la jurisdicción de la Corte, unas veces con éxito (*Genocidio en Bosnia*, 1996; *Genocidio en Croacia*, 2008), y otras sin él (*Licitud del empleo de la fuerza*, 1999, 2004; *Actividades armadas en el Congo*, RD. del Congo c. Ruanda, 2006). También ha sido invocado el artículo 22 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial por Georgia para fundar la

competencia de la Corte en la demanda planteada contra la federación de Rusia (2008), y el artículo 30 de la Convención contra la tortura, por Bélgica contra Senegal (*Perseguir o extraditar*, 2009), para fundar subsidiariamente la competencia de la Corte, casos pendientes.

i) La obligación de informar

Todos los tratados de vocación universal dotados de órganos de supervisión imponen a los Estados partes la obligación de informar. Se trata del control más blando y considerado con la soberanía estatal de todos los posibles:

1) La información ha de versar sobre las medidas adoptadas por los Estados partes y los progresos realizados en su ordenamiento interno con el fin de asegurar el respeto de los derechos protegidos, debiendo, en su caso, indicar las circunstancias y dificultades que afecten al grado de su cumplimiento (v., por ej., PIDC, art. 40; PIDESC, arts. 16 y 17).

En cuanto a la periodicidad de la información, los Estados partes se obligan a presentar un *informe inicial* (también denominado *general*) en un determinado plazo (por ej., un año exige el PIDCP) a contar desde la fecha de entrada en vigor del tratado para el Estado concernido; debiéndose en lo sucesivo remitir *informes periódicos* bienales (Convención sobre la eliminación de la discriminación racial, art. 9), cuatrienales (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 18; Convención contra la tortura art. 19) o quinquenales (Convención sobre los derechos del niño, art. 44).

La facultad conferida por el PIDCP al CtDH para que requiera de los Estados partes los segundos y sucesivos informes *cuando lo juzgue oportuno* (art. 40.1.b) se ha concretado en dos reglas nacidas de la práctica del Comité e incorporadas ya a su reglamento, a saber: *a*) en *situaciones normales* el Comité indica al término de sus observaciones finales la fecha en que deberá presentarse el informe siguiente, normalmente con una periodicidad de cinco años, plazo que, por analogía, también se habrá de aplicar a los informes sucesivos exigidos en el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 3); y *b*) en *situaciones excepcionales*, graves en cuanto a la violación de los derechos protegidos, el Comité o, si no estuviera reunido, su Presidente, podrá pedir a los Estados partes implicados que presenten con urgencia —normalmente en el plazo de tres meses— informes sobre la situación de que se trate (procedimiento aplicado, por ej., a Estados Unidos, 2004: el Comité pidió información específica sobre las medidas tomadas en la lucha contra el terrorismo El informe—remitido en noviembre de 2005— fue examinado por el Comité en julio de 2006, que formuló una amplia batería de recomendaciones acerca de las flagrantes violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en el Pacto).

Otros órganos de control han seguido pasos similares, organizando *procedimientos de urgencia* o *alerta temprana* para evitar violaciones graves y masivas de los derechos protegidos en los instrumentos que han de guardar (así, por ej.,

lo han hecho el Comité para la discriminación racial y el Comité de derechos económicos, sociales y culturales).

2) La información se someterá, por conducto del Secretario General de Naciones Unidas al órgano de control, que la examinara en sesiones públicas y en presencia de representantes de los gobiernos de los Estados partes, así como de órganos y organismos especializados de Naciones Unidas y de ONG. Su objeto principal es establecer un *diálogo constructivo* Comité-Gobierno y, a tal fin, los miembros del órgano de control pueden, sobre la base de pautas o listas de cuestiones previamente confeccionadas, solicitar de los representantes estatales aclaraciones de hecho y de derecho.

3) La esencia de este mecanismo de protección consiste, finalmente, en los *comentarios generales* que sobre cada informe hacen los órganos de control, expresando sus opiniones, observaciones o recomendaciones, que serán incorporadas a los informes que periódicamente (anualmente, como regla general) han de elevar a la Asamblea General (v., por ej., PIDCP, art. 45).

A pesar de que la obligación de informar es aparentemente fácil de observar, es creciente el número de Estados que no presentan los informes preceptivos, o lo hacen con notable retraso o vaguedad; de ahí que la mayoría de comités hayan adoptado la práctica, conocida como *procedimiento de examen*, consistente en analizar la aplicación del tratado pertinente en el Estado parte en ausencia de informe(s) como último recurso de lograr su participación en el sistema, ocasionando su negativa la adopción de observaciones finales provisionales (como hace el CtDH) o, incluso, públicas y definitivas (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial).

Solapado con una posible falta de voluntad política, se ha apuntado como la principal causa de demora la carga acumulativa de cumplimentar informes en relación con la aplicación de los diversos convenios, lo que para los Estados en desarrollo supone una dificultad añadida a su deficiente estructura administrativa. Para solucionarlo el Consejo de Derechos Humanos recomendó (res. 9/8, 2008) la utilización del *documento básico común* (que se ha de presentar a todos los órganos conteniendo información general sobre el contexto político, jurídico, social y económico de los derechos humanos en el Estado de que se trate), la armonización de directrices generales sobre la forma y el contenido de los informes específicos para cada tratado, la limitación de su extensión, así como la elaboración de listas preliminares de las cuestiones sometidas a examen, nuevo sistema de presentación de informes en su conjunto que ha hecho suyo el sistema de órganos (21ª reunión de los Presidentes, 2009), instando a los Estados partes a que hicieran uso de él a partir de 2010 (A/64/276).

ii) Comunicaciones interestatales

Este mecanismo de control consiste en la facultad de un Estado parte de denunciar o llamar la atención sobre el incumplimiento por otro Estado parte

de sus obligaciones. Sólo la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial (art. 11) lo instituye con carácter *obligatorio*, siendo *facultativo* en el PIDCP (art. 41) y su Segundo Protocolo, relativo a la abolición de la pena de muerte (art. 4), así como en la Convención contra la tortura (art. 21), que lo hacen depender de una declaración estatal *ad hoc*, que sólo una minoría de Estados partes ha realizado, sobre bases temporales y a menudo acompañada de reservas. Sea por estas limitaciones, sea por razones de política internacional o, quizás, por no ver cumplido el viejo adagio “si las barbas de tu vecino ves cortar...”, lo cierto es que este mecanismo de protección es todavía hoy una vía por experimentar en el ámbito universal.

Desde el punto de vista procesal se prevé, como primera medida, que el Estado parte que alegue el incumplimiento del tratado lo señale a la atención del presunto infractor mediante una comunicación escrita, a fin de que le proporcione una explicación. Sólo después y cumplido el plazo de seis meses sin que el asunto se resuelva a satisfacción de los Estados implicados, cualquiera de ellos tiene derecho a someterlo al órgano de control, que conocerá del asunto una vez cerciorado de su competencia y del agotamiento de todos los recursos internos del Estado denunciado (a menos que la sustanciación de éstos se prolongue injustificadamente). Admitida la comunicación, el órgano de control presta sus *buenos oficios*, de manera reservada, a fin de lograr una *solución amistosa* basada en el respeto de los derechos protegidos. El PIDCP establece que de no lograrse tal solución en el plazo de un año el CtDH estará facultado para nombrar, con el consentimiento de los Estados interesados, una *comisión de conciliación* que, sobre las mismas bases, intentará de nuevo un arreglo amistoso. El informe del órgano de control no es jurídicamente obligatorio para las partes, que únicamente tendrán que soportar, en su caso, la presión moral y política de ver reflejado un resumen de las actuaciones en la memoria anual que tales órganos han de elevar a la Asamblea General (PIDCP, arts. 41.1, 42 y 45; Convención contra la tortura, arts. 21.1 y 24; Convención sobre la eliminación de la discriminación racial, arts. 11 y 12).

iii) Denuncias de particulares

El paso más avanzado para garantizar la observancia del régimen protector de los tratados consiste en la consideración de *denuncias* (también denominadas *reclamaciones y comunicaciones de particulares*, presuntas víctimas de la violación de los derechos protegidos. Hoy prácticamente todos los tratados cuentan —o se disponen a contar— con él, como prueba el Protocolo (2008) al PIDESC, y la decisión del Consejo de Derechos Humanos ese mismo año de establecer un grupo de trabajo para preparar un Protocolo similar a la Convención sobre los derechos del niño.

Se trata, no obstante, de un mecanismo facultativo, que somete la admisibilidad de las denuncias de particulares a condiciones similares a las que se

exigen a las comunicaciones interestatales, debiendo pues el órgano de control comprobar: 1) el reconocimiento de su competencia por el Estado denunciado; 2) el agotamiento de los recursos internos; 3) que el mismo asunto no haya sido sometido o esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional; y, además, 4) que la comunicación no sea anónima o manifiestamente mal fundada (v., por ej., Protocolo Facultativo al PIDCP, arts. 1-5). Un buen número de reclamaciones de particulares queda así en la cuneta. Sirva como muestra la práctica del CtDH, de la que se desprende que tres de cada cuatro denuncias son declaradas inadmisibles.

Superado el filtro de la admisibilidad el órgano de control debate en sesiones confidenciales si ha habido o no infracción de los derechos protegidos, acabando el procedimiento con la formulación de observaciones y recomendaciones, que se plasman en la memoria anual que ha de remitir a la Asamblea General (Protocolo Facultativo al PIDCP, art. 6; Convención para la eliminación de la discriminación racial, art. 14.8; Convención contra la tortura, art. 24...).

España se ha mostrado como uno de los Estados dispuestos a implicarse con uno de los grados más altos de compromiso. Cabe en este sentido destacar la formulación de la declaración prevista por el art. 41 del PIDCP y la adhesión a sus dos Protocolos Facultativos, así como la aceptación de la competencia de los comités creados por diferentes convenios para conocer de comunicaciones interestatales y denuncias de particulares (con la excepción de la Convención sobre los derechos de los trabajadores migrantes, 1990, de la que no es parte).

539. La protección más allá de los tratados

Además de los mecanismos articulados en los regímenes convencionales considerados, en Naciones Unidas cabe ir más allá en situaciones de violación grave y masiva de derechos fundamentales de la mano del Consejo de Derechos Humanos —antes la Comisión de Derechos Humanos (CDH)— y del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

540. De la Comisión al Consejo de Derechos Humanos

La Comisión contaba con dos mecanismos:

1) los *procedimientos especiales* (también conocidos como *procedimientos públicos o procedimiento 1235* debido al numeral de la res. del C. E. y S. que lo articuló en 1967). Activados a través de cualquier clase de fuentes, estatales o no, se ocuparon de la violación persistente y manifiesta de los derechos humanos tanto en un país o región geográfica determinada (*mecanismos o mandatos por país*) como en relación con un fenómeno o tipo concreto de comportamiento allí donde quiera que éste ocurriera (*mandatos temáticos*); y,

2) el *procedimiento 1503* (res. del C. E. y S., 1970, modificado por la res. 2000/3), basado en comunicaciones de individuos o grupos denunciando un cua-

dro persistente de violación masiva de derechos humanos en un determinado Estado, de carácter confidencial —al menos hasta que la situación se remite al Consejo Económico y Social.— y dependiente su activación del consentimiento de los denunciados. Hasta 2005, ochenta y cuatro Estados habían sido examinados conforme a este procedimiento, algunos de ellos en diversas ocasiones.

Para la aplicación de estos procedimientos la Comisión contó con un órgano subsidiario, la Subcomisión sobre la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos. Numerosas ONG desarrollaron una intensa labor de denuncia y asistencia. Ponderando la gravedad y persistencia de la violación de derechos la Comisión podía decidir un examen de la situación más en profundidad, que encomendaba a órganos *ad hoc*, colectivos (grupos de trabajo, comités...) o individuales (relatores, expertos, representantes y enviados especiales...), debatiendo contradictoriamente sus informes, para dar por terminado el procedimiento con la adopción de resoluciones.

Cabe asimismo señalar que respecto de la situación en determinados países y las cuestiones temáticas conexas se asignaron funciones de vigilancia y presentación de informes directamente al Secretario General (los llamados *mandatos temáticos o por países confiados al Secretario General*).

Siendo la publicidad la principal arma de presión de la Comisión, los *procedimientos especiales* fueron, por su carácter público, los más eficaces de los puestos en sus manos. Hasta junio de 2006 había en marcha trece *mandatos sobre países* (Bielorrusia, Burundi, Camboya, Cuba, RD de Corea, RD del Congo, Haití, Liberia, Myanmar, los territorio palestinos ocupados, Somalia, Sudán y Uzbekistán, aunque este último se examinaba bajo el procedimiento 1503) y veintiocho *mandatos temáticos*, que alcanzaban desde los instaurados en los años ochenta y noventa (por ej., sobre desapariciones forzosas o involuntarias; ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; tortura; libertad de religión; violencia contra la mujer; extrema pobreza...) hasta los más recientes, en 2004 (desplazados internos; trata de personas) y en 2005 (mercenarios; cuestiones de las minorías; solidaridad internacional; lucha contra el terrorismo...).

Las resoluciones de la Comisión, endosadas en su caso por el Consejo Económico y Social y la Asamblea General, aun carentes de fuerza jurídica vinculante, pueden provocar —y de eso se trata— una atmósfera de aislamiento o cuarentena, una suerte de *sofoco diplomático* o *movilización de la vergüenza* que fuerza a los gobiernos a cambiar de actitud o, por lo menos, a moderarse en la represión. Sin embargo, el carácter intergubernamental de la Comisión —cincuenta y tres miembros, elegidos de acuerdo con el criterio de representación geográfica equitativa, entre los que, como ocurre en otros órganos restringidos, estuvieron los miembros permanentes del Consejo de Seguridad— la hizo deslizarse de la *política* a la *politización* en el manejo de los casos, lo que se tradujo en actitudes selectivas discriminatorias que acabaron convirtiéndola en un instrumento de confrontación, desacreditado frente al objetivo que era la razón de su existencia.

De la Comisión se criticó, con razón, su acomodo a los intereses políticos de sus miembros en la conformación de la lista y tratamiento de las situaciones bajo examen. Esta impresión se hizo más escandalosa cuando se advirtió que entre los miembros más conspicuos y activos de la Comisión figuraban gobiernos cuyo *currículo* en materia de derechos humanos dejaba mucho que desear, bien porque no eran partes en los tratados más significativos para la protección de los derechos humanos o no habían consentido sus mecanismos de control facultativo, o bien porque representaban a Estados con procedimientos abiertos ante la propia Comisión. (v. Grupo de alto nivel, informe sobre *las amenazas...*, 2004; Secretario General, *Un concepto...*, 2005). Estas críticas abonaron la decisión de la *Cumbre Mundial* (res. 60/1, septiembre de 2005) concretada en marzo de 2006 (AG, res. 60/251) de eliminar la Comisión para sustituirla por un Consejo de Derechos Humanos, aunque al hacerlo ha rebajado las expectativas que había alimentado el proceso de reforma, pues no ha podido configurarse como un *órgano principal* de las Naciones Unidas, lo que habría requerido la enmienda de la Carta, sino que permanece en condición de *órgano subsidiario* dependiente ahora, no del Consejo Económico y Social, sino de la Asamblea General.

La labor del Consejo (dice el numeral 4 de la res. 60/251) “estará guiada por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de todos los derechos humanos”. Para que esto sea así se han adoptado algunas cautelas sobre la composición del Consejo, que sigue siendo intergubernamental.

Integrado por cuarenta y siete miembros elegidos por la Asamblea por mayoría absoluta, en votación directa, secreta y universal, con un mandato de tres años renovable una vez, la composición del Consejo se basa en el principio de distribución geográfica equitativa, debiendo tener en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos y las promesas y compromisos voluntarios que hayan hecho al respecto.

El Consejo ha creado (res. 5/1, 2007) un *Comité Asesor*, integrado por 18 expertos, como “grupo de reflexión” del Consejo, bajo su estricta dirección, al punto que no estará facultado —como sí lo estaba la ahora desaparecida Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos— para adoptar decisiones ni resoluciones, o dotarse de órganos subsidiarios, sin la autorización del Consejo.

En cuanto a los procedimientos, el Consejo ha mantenido el carácter confidencial del *procedimiento 1503*, denominado *método de denuncia*, asumiendo los criterios de admisibilidad de las denuncias y la reestructuración de su examen en los términos convenidos en 2000: el *Grupo de Trabajo sobre comunicaciones*, compuesto por cinco miembros del Comité Asesor, filtrará su admisibilidad y de hallar pruebas razonables de la existencia de un cuadro persistente de violaciones manifiestas lo remitirá con las recomendaciones pertinentes al *Grupo de Trabajo sobre situaciones*, compuesto por un representante de cada grupo regio-

nal del Consejo, siendo el pleno del Consejo el que en última término decidirá si y cómo abordar las situaciones flagrantes señaladas a su atención. Siguiendo este procedimiento el Consejo decidió cesar la investigación relativa a Irán y Uzbekistán (2007).

El Consejo ha asumido asimismo (res. 5/1, 2007) los mandatos establecidos bajo la égida del *procedimiento público 1235*, notándose un aumento de los temáticos (treinta a 1 de septiembre de 2010) y la disminución de los mandatos por países (ocho en esta misma fecha), pues los mandatos sobre Belarús y Cuba terminaron en 2007 y el relativo a la RD del Congo no fue renovado por el Consejo.

En cualquier caso, lo que más interés despierta de las funciones del Consejo es el nuevo *mecanismo de examen periódico universal* (EPU), basado en información objetiva fidedigna, con la que el Consejo ha de examinar “el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados” (res. 60/251, num. 5.e). Tal examen ha sido concebido como un *mecanismo cooperativo*, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate, siendo su propósito complementar, no duplicar, la labor de los órganos creados en virtud de tratados. Para dar ejemplo, los miembros del Consejo estarán sujetos a examen durante su mandato, pudiendo la Asamblea (por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes) suspender los derechos inherentes a la condición de miembro del Consejo cuando cometan violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos.

El Consejo estableció mediante res. 5/1 (2007) la base o fundamento jurídico del EPU (la Carta de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los instrumentos de derechos humanos en que sea parte el Estado examinado, sus promesas y compromisos, así como las normas de Derecho Internacional humanitario), los principios y objetivos que habrán de guiarlo, así como la periodicidad y orden del examen. Hasta la fecha (1 de septiembre de 2010) 128 Estados han superado tal escrutinio, España entre ellos (mayo de 2010), a tenor del examen de los siguientes documentos, el informe nacional, la compilación preparada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, y el resumen que la misma Oficina elabora sobre la información creíble y fidedigna que proporcionen otros interlocutores pertinentes, particularmente provenientes de la Sociedad civil.

Con apenas cuatro años de vida, la labor del Consejo de Derechos Humanos ha recibido aceradas críticas por el acomodo a los intereses políticos de sus miembros, mayoritariamente ahora pertenecientes al mundo en desarrollo y de cultura islámica. La condición intergubernamental del órgano está conduciendo a exámenes livianos y rutinarios de los informes de los Estados miembros sometidos a examen. El Consejo se ha mostrado extraordinariamente *comprendivo* y *considerado* con los Estados examinados al establecer sus conclusiones y for-

mular observaciones sobre la base del informe de la *troika* (miembros relatores del Consejo). Al tiempo, en una dirección totalmente distinta, hay quienes (en el grupo occidental) consideran patológica la obsesión del Consejo con las violaciones de los derechos humanos cometidas por Israel en los territorios palestinos ocupados (a las que hasta la fecha ha dedicado la mitad de sus períodos extraordinarios de sesiones). Está claro, por otro lado, el designio del Consejo de *subordinar* al Alto Comisionado para los Derechos Humanos, cortándole las alas.

541. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos es el funcionario que, bajo la dirección y autoridad del Secretario General, asume la responsabilidad principal de la Organización en esta materia. El puesto fue creado por la Asamblea General en 1993 (res. 48/141) acogiendo una sugerencia de la *Conferencia Mundial* (Viena, 1993, *Declaración y Programa de Acción*, secc. II, párr. 18). Su nombramiento corresponde al Secretario General, con la aprobación de la Asamblea, teniendo en cuenta la reputación moral e integridad personal de la persona propuesta, así como la rotación geográfica. El mandato es de cuatro años (renovable por otros tantos).

De conformidad con el mandato confiado por la Asamblea, las funciones del Alto Comisionado son, además de las que le asignen los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas (AG, C. E. y S. y ahora el Consejo de Derechos Humanos), las de promover y proteger el disfrute efectivo *de todos* los derechos humanos *para todos*, incluido el derecho al desarrollo; prevenir la persistencia de violaciones en todo el mundo; entablar, a tal fin, un diálogo con todos los gobiernos y ampliar así la cooperación internacional; proporcionar asesoramiento y asistencia técnica y financiera a petición del Estado interesado y/o de la Organización regional pertinente; coordinar, racionalizar, adaptar, fortalecer y simplificar el sistema de Naciones Unidas en el ámbito de los derechos humanos con miras a aumentar su eficiencia.

Estos objetivos le llevan a participar en los programas de la Organización sobre paz y seguridad, asuntos económicos y sociales, cooperación al desarrollo y asuntos humanitarios; a proporcionar servicios de apoyo a los órganos de vigilancia de los derechos humanos, sea los instituidos en tratados o deducidos de la misma Carta (hoy el Consejo de Derechos Humanos), así como a los numerosos expertos nombrados por dichos órganos en sus investigaciones e informes.

Marco de referencia para el ejercicio de su actividad son las normas de derechos humanos universalmente reconocidas. La actuación del ACNUDH, dentro de las limitaciones de su modesto presupuesto, ha tenido la virtud de incrementar en los últimos años la labor de promoción de los derechos humanos a nivel de países de manera considerable, siendo su prioridad la de establecer una estrecha participación en los planos nacional y local a fin de garantizar que las normas

internacionales de derechos humanos se aplican sobre el terreno, así como una asociación más estrecha con la sociedad civil y los organismos de las Naciones Unidas. El legítimo afán de liderazgo del Alto Comisionado choca, sin embargo, con la clara intención del Consejo de mantenerlo embrizado. No en balde la res. 48/141, que lo creó, ya advirtió su obligación de respetar “la soberanía, la integridad territorial y la jurisdicción interna de los Estados” (num. 3,a).

CXXXI. LA PROTECCIÓN EN LOS SISTEMAS REGIONALES: EL SISTEMA EUROPEO

La mayor homogeneidad de los Estados miembros de Organizaciones regionales ha propiciado que los sistemas de promoción y protección de los derechos humanos nacidos bajo sus auspicios, particularmente del Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos (OEA), hayan incorporado órganos y mecanismos de control más fuertes que los instituidos a nivel universal. Así se han creado en estos espacios instancias judiciales de protección, cuyas decisiones son, por definición, jurídicamente vinculantes, a las que tienen acceso directo, no sólo los Estados, sino también los particulares, presuntas víctimas de su vulneración.

542. La obra del Consejo de Europa: instrumentos convencionales

El Consejo de Europa articula la protección de los derechos humanos en dos instrumentos esenciales:

1) El *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Roma, 1950) define y protege principalmente derechos civiles y políticos y ha sido, hasta la fecha, enriquecido con catorce Protocolos que atienden a una doble finalidad: a) *sustantiva*, encaminada a desarrollar progresivamente derechos definidos en el Convenio (así, el Protocolo 13 (2002) relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, en vigor el 1 de julio de 2003); y, b) *procesal*, dirigida a enmendar determinados aspectos institucionales y procesales para la mejor garantía y control de los derechos definidos (así, el Protocolo 14 (2004), que modifica los mecanismos de protección de cara a su mayor agilidad y eficacia).

2) La *Carta Social europea* (Turín, 1961) se ocupa en particular de derechos económicos y sociales de los *nacionales* de los Estados partes, que pueden aceptar parcialmente las obligaciones de la Carta según una curiosa técnica moduladora. A diferencia del Convenio de Roma (1950) la Carta de Turín carece de mecanismos de control jurisdiccionales. Fue completada con un Protocolo adicional para concretar y ampliar los derechos en ella reconocidos (1988) y dos Protocolos de enmienda de su sistema procesal e institucional (1991 y 1995).

A 1 de septiembre de 2010 el Protocolo de 1991 aún no había entrado en vigor, al no haber conseguido la requerida ratificación de todos los Estados miembros del Consejo; en cambio, el Protocolo de 1995, donde se prevé un sistema de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales que podrían conducir a la adopción por el Comité de Ministros de una resolución con recomendaciones al Estado concernido, entró en vigor en 1998, una vez conseguidas las cinco manifestaciones del consentimiento en su caso requeridas, pero todavía hoy sólo cuenta con una docena de Estados partes, España entre ellos.

El 3 de mayo de 1996 se adoptó la *Carta social europea revisada* (en vigor el 1º de julio de 1999, con treinta Estados partes once años después) a fin de tener en cuenta la evolución que se había producido en el derecho del trabajo y en la concepción de las políticas sociales y reagrupar en un instrumento único el conjunto de derechos garantizados en la Carta y en el Protocolo de 1988. La ratificación de este nuevo instrumento no puede, según se desprende de sus disposiciones, ser aprovechada para rebajar la carga obligacional asumida en el marco de la Carta en su versión inicial. Aunque concebida como un texto autónomo, la Carta social revisada se sirve de los mecanismos de control de la Carta inicial y su aceptación tiene como consecuencia la inaplicación de ésta y del Protocolo de 1988. España, parte en la Carta social europea de 1961, no lo es todavía en la Carta social revisada.

El sistema europeo de derechos humanos también ha emulado al universal por lo que hace a otros instrumentos convencionales, caso en particular del Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (1987), que ya cuenta con dos Protocolos Facultativos (1993), y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño (1996).

543. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

Este Convenio es la estrella y una de las más significativas señas de identidad del Consejo de Europa, hasta el punto que su ratificación se ha convertido en compromiso político para sus miembros (Comité de Ministros del Consejo de Europa, res. 2001/80). De esta manera, a la par que eficaz en la protección jurídica de los derechos humanos, la aplicación del Convenio ha permitido armonizar las legislaciones de los Estados partes gracias a los principios acuñados en Estrasburgo, sede de sus órganos. España, miembro de la Organización desde 1977, ratificó el Convenio en 1979, paso que asimismo ha dado en los dos últimos años (2008-2010) respecto de los *Protocolos adicionales* 4, 12, 13 y 14.

544. Aspectos normativos

Los derechos y libertades definidos en el Convenio de Roma (título I) son básicamente, como ya se indicó (v. par. 542), de naturaleza civil y política, aunque

también los hay de contenido socio-económico y cultural (por ej., la prohibición del trabajo forzoso, art. 4; el derecho de propiedad privada y a la educación, Protocolo adicional 1).

La cualidad de Estado parte obliga a reconocer “a toda persona dependiente de su jurisdicción” los derechos y libertades definidos (art. 1), por lo que tanto los nacionales como los extranjeros que cumplan tal condición se encontrarán, en supuestas condiciones de igualdad, bajo el paraguas protector del Convenio y de los Protocolos adicionales suscritos. Una cláusula de no discriminación de alcance general así lo afirma (art. 14), lo que no obstante debe matizarse en la medida en que: 1) el Convenio permite la *discriminación negativa* de los extranjeros a través de dos vías: a) una *expresa*, al posibilitar que los Estados partes impongan restricciones a su actividad política (art. 16), y, b) otra *implícita*, al no enjuiciar la política de los Estados partes sobre inmigración y no articular, más tarde, propuestas operativas para la defensa de las minorías y la lucha contra el racismo y la xenofobia; y 2) la jurisprudencia del Tribunal Europeo vinculó el principio de no discriminación enunciado en el artículo 14 a cada uno de los derechos que el Convenio recoge. Ha sido el Protocolo 12 el que ha venido a consagrar con rotundidad y alcance absoluto el principio de no discriminación, pero en él sólo participan por ahora dieciocho de los cuarenta y siete Estados partes en el Convenio, siendo notable la ausencia de la inmensa mayoría de los países de la Unión Europea receptores de extranjeros (caso, por ej., de Alemania, Francia, Gran Bretaña, Italia...).

Al igual que el PIDCP, el Convenio Europeo (art. 15.1) —y sus Protocolos adicionales de naturaleza sustantiva— permiten que los derechos en ellos reconocidos sean objeto de derogación “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, en la medida en que lo exija la situación y siempre que no se infrinjan otras obligaciones dimanantes del Derecho Internacional. No podrán, sin embargo, ser objeto de suspensión alguna (art. 15.2) los derechos reconocidos en los arts. 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 4.1 (prohibición de la esclavitud o trabajo forzado) y 7 (no retroactividad de la ley penal). Por contra, sin tener que pasar por una situación de excepción, los derechos y libertades reconocidos en los arts. 8 a 11 (derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia, libertad de pensamiento, conciencia y religión, expresión, reunión y asociación) pueden ser objeto de restricciones en su ejercicio si: 1) han sido previstas en la ley; 2) responden a una finalidad legítima; y, 3) son proporcionadas.

545. Aspectos institucionales

Tres órganos están hoy al servicio del Convenio de Roma: dos son estatutarios del Consejo de Europa, su *Secretario General* y el *Comité de Ministros*; el otro y más significativo, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH) debe su creación al propio Convenio (Título II, arts. 19 y ss.). El Protocolo 11

(en vigor el 1º de noviembre de 1998) simplificó la arquitectura institucional de la Convención al suprimir la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuyas competencias han sido asumidas por el Tribunal (en particular, el examen de la admisibilidad de las demandas, que antes ejercía en exclusiva la Comisión).

El *Tribunal* está compuesto por un número de jueces igual al de partes en el Convenio, elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (por mayoría absoluta de votos) por un período de seis años con posibilidad de reelección (arts. 20-23).

Siendo competente para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos (art. 32), el Tribunal podrá conocer tanto de demandas presentadas por Estados (art. 33) como de denuncias de particulares (art. 34), sin que sea ya precisa una expresa declaración de aceptación de su jurisdicción, como ocurría antes de la entrada en vigor del Protocolo 11. El carácter *obligatorio* de la jurisdicción del Tribunal y la legitimación activa conferida a los particulares son los grandes logros de esta importante reforma institucional.

El Tribunal cuenta además (art. 47) con jurisdicción consultiva (que le confirió el Protocolo 2), que sólo puede activar el Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos, si bien no podrán referirse a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos adicionales, ni a las demás cuestiones que el Tribunal o el propio Comité pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio (art. 47.2).

546. Mecanismos de control

El Convenio de Roma recurre a técnicas de control similares a las previstas en los tratados de Naciones Unidas, a saber: 1) *informes*; 2) *demandas interestatales*; y, 3) *demandas individuales*. Ahora bien, los medios institucionales dispuestos, su activación, desarrollo y efectos, especialmente del último mecanismo citado, hacen al sistema europeo más fuerte y eficaz.

La vía de *informes* se diferencia de la prevista a nivel universal porque en Europa, debido al mayor margen dejado a los otros mecanismos de control, los Estados partes sólo asumen la obligación de *suministrar las explicaciones* que les fueren requeridas por el Secretario General del Consejo de Europa (de ahí que tal vía de control atienda al nombre de *indagaciones del Secretario General*, art. 52) acerca de la “manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de este Convenio”, solicitud de información que sólo se ha practicado en contadas ocasiones.

El *recurso interestatal* (denominado en el Convenio de Roma, art. 33, *asuntos entre Estados*) permite que todo Estado parte pueda someter al Tribunal

cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otro Estado parte, siendo indiferente que el incumplimiento afecte o no a sus nacionales. La práctica muestra que se trata de un recurso de uso infrecuente (apenas superan la docena las demandas interestatales planteadas hasta la fecha), activado para defender a nacionales y, normalmente, en el contexto de una profunda tensión política entre los Estados implicados; fue el caso, por ejemplo, de los tres recursos interpuestos por Chipre contra Turquía en los años inmediatamente posteriores (1975-1977) a la invasión turca del norte de la isla.

Piedra angular, por eso, del sistema europeo es la vía de *demandas individuales* (art. 34), que permite al Tribunal conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, ONG o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por un Estado parte de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, comprometiéndose los Estados partes a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Las denuncias de particulares han ido aumentando con el paso de los años (trescientas cincuenta en 1980, cuarenta y una mil quinientas diez en 2005...), lo que se ha debido tanto al incremento del número de Estados partes en el Convenio, con el ingreso *masivo* de las *nuevas democracias* de la Europa central y oriental a partir de 1990, como también a la mayor percepción social de las vías de recurso internacionales para garantizar derechos y libertades fundamentales. Precisamente fue su espectacular aumento y el empeoramiento, por eso, de la calidad y eficacia del sistema de protección lo que, principalmente, motivó la profunda reestructuración institucional instrumentada por el Protocolo 11. El Protocolo 14 (2004) persigue la misma finalidad: a) acelerar el tratamiento de las demandas; y, b) reforzar los poderes del Comité de Ministros en la ejecución de las sentencias. Su entrada en vigor, que requería el consentimiento de las cuarenta y siete partes en el Convenio, aconteció el 1 de junio de 2010.

547. El procedimiento ante el Tribunal Europeo

Sea cual fuere el origen de la demanda, estatal o individual, el *procedimiento* sigue una pauta similar:

1) El Tribunal decide sobre la admisibilidad de la demanda, condicionada (art. 35) a que: a) se hayan agotado todos los recursos internos del Estado denunciado; b) se interponga en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva; y c) no esté manifiestamente mal fundada y no sea abusiva o incompatible con las disposiciones del Convenio y sus Protocolos. Además, en el caso de demandas individuales, su admisibilidad exigirá que la demanda no sea: d) anónima; ni e) esencialmente idéntica a otra examinada por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional, a no ser que contenga hechos nuevos. En España el agotamiento de recursos internos se ha considerado generalmente que incluía los recursos de amparo ante el Tribunal Consti-

tucional, pero al restringirse la admisibilidad de éstos a su “especial relevancia constitucional” tras la reforma de su Ley Orgánica (LO 6/2007), cabe sugerir que en adelante los recursos de amparo podrían quedar fuera de la regla del agotamiento.

Las demandas individuales deberán, asimismo, sortear un control especial de admisibilidad ejercido por un Comité de tres jueces, cuya decisión será definitiva si declara su inadmisibilidad por voto unánime (art. 28).

Por razones de celeridad y eficacia el Protocolo 14 prevé la asignación de funciones jurisdiccionales a un *juez único* (arts. 26 y 27 del Convenio una vez enmendado), que por decisión definitiva podrá, bien declarar inadmisibile o pronunciar el archivo de una demanda individual, bien remitirla, si considera que la misma requiere un examen complementario, a un Comité (de tres jueces) o a una Sala (art. 29). El Comité de tres jueces estará asimismo facultado, no sólo para declarar como hasta ahora (in)admisibile una demanda, sino también para dictar una decisión sobre el fondo “cuando la cuestión relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos que está en el origen del asunto haya sido objeto de una jurisprudencia bien establecida del Tribunal” (art. 28 una vez enmendado).

De conformidad con el Protocolo 14, se establecerá, además, una nueva causa de inadmisibilidad (art. 35.3), a saber, el hecho de que el demandante “no haya sufrido ningún perjuicio importante, salvo si el respeto de los derechos humanos garantizados por la Convención y sus Protocolos exige un examen de fondo de la demanda”, expresión de la máxima *de minimis non curat praetor*.

2) Si la demanda se declara admisible (lo que ocurre en un porcentaje muy reducido de las decenas de miles que se presentan), el Tribunal procederá al examen contradictorio del asunto con los representantes de las partes e intentará, ejerciendo funciones de encuesta y conciliación, un arreglo amistoso que debe estar inspirado en el respeto de los derechos humanos tal y como los reconoce el Convenio y sus Protocolos (art. 38).

3) Si se logra tal arreglo (art. 39) el Tribunal cancelará el asunto mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada; de lo contrario, se celebrará una vista pública y el Tribunal —según la composición que proceda (Sala o Gran Sala)— deliberará, tras lo que decidirá si ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si corresponde una satisfacción equitativa a la parte perjudicada (art. 41).

El Tribunal actuará (art. 27) en diferentes formaciones: Comités de tres jueces, Salas de siete (cinco prevé el Protocolo 14, reducción que permitirá aumentar el número de Salas) y Gran Sala de diecisiete, (si se plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos o la alteración de jurisprudencia (arts. 30, 43).

548. *Las sentencias y su ejecución*

Las sentencias —motivadas en todo caso (art. 45)— de la Gran Sala serán definitivas (art. 44.1). Las sentencias de las Salas también lo serán (art. 44.2) cuando: a) las partes declaren que no solicitan la remisión del asunto ante la Gran Sala; o, b) no lo hayan hecho en el plazo establecido (tres meses a partir de la fecha de la sentencia de la Sala); o, c) un colegio (de cinco jueces) de la Gran Sala rechace la demanda de remisión por no darse los supuestos que la reclaman (art. 43).

Las sentencias del Tribunal tienen fuerza obligatoria (art. 46.1), comprometiéndose los Estados contratantes a acatarlas en los litigios en los que sean partes. La sentencia definitiva del Tribunal será remitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución (art. 46.2), lo que ha de entenderse en términos políticos. El Comité no puede, en ningún caso, decidir la ejecución de la sentencia del Tribunal Europeo en el orden interno, pues se trata de sentencias declarativas de una infracción del Convenio (o de sus Protocolos) cuya ejecución debe instrumentar el Estado concernido articulando al efecto los medios que considere oportunos. El Tribunal puede conceder a la parte perjudicada una “satisfacción equitativa” en el caso de que el Derecho interno del Estado infractor no permita reponer el *statu quo ante* a la infracción.

Para cumplir su misión el Comité de Ministros (según las reglas acordadas el 10 de mayo de 2006 por el mismo Comité), invita en primer lugar al Estado implicado a informar sobre las medidas tomadas o que pretende tomar de cara a la ejecución, debiendo a continuación examinar si, en efecto, han sido adoptadas, tanto las de carácter individual para asegurar que ha cesado la violación por lo que hace a la parte perjudicada (y si, de ser el caso, se ha pagado la satisfacción equitativa acordada por el Tribunal), como las medidas generales a fin de prevenir nuevas violaciones.

Antes de la entrada en vigor del Protocolo 14 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, preocupado por la viabilidad del sistema a causa de la sobrecarga de trabajo, experimentó la fórmula de las *sentencias piloto*. Un gran número de demandas tienen su origen en la misma causa estructural y, de dictarse sentencia, no haría ésta sino repetir la pronunciada en un caso precedente. Mediante las *sentencias piloto* el Tribunal declara las medidas generales que han de adoptarse a nivel nacional para paliar la deficiencia estructural que se descubre con la violación declarada en el caso de autos, decidiendo el Tribunal congelar el examen de los casos pendientes a la espera de que el Estado actúe en consecuencia (*Broniowski c. Polonia*, 2004; y *Scordino c. Italia*, 2006). Las sentencias piloto han abierto asimismo la vía a la generalización del poder de recomendación del Tribunal, que *invita* a la reapertura de los procedimientos judiciales internos cuando entiende que es la vía más apropiada para el restablecimiento del derecho vulnerado (el contencioso más ilustrativo es el del enjuiciamiento de individuos ante tribunales que no respeten el principio de independencia o de

imparcialidad, *Ócalan c. Turquía*, 2005, *Kounov c. Bulgaria*, 2006). A través de las *sentencias piloto*, el Tribunal pretende ayudar a los Estados y facilitar el trabajo del Comité de Ministros en el ámbito de la ejecución de las sentencias. Sin embargo, se sospecha que tras ese objetivo inmediato se oculta, a más o menos largo plazo, otro de mayor alcance: la transformación del Tribunal, mediante pequeños pasos sucesivos, en una especie de tribunal de casación, centrado en los asuntos realmente importantes y guía última de las autoridades nacionales, abandonando esa engorrosa piel de instancia de apelación respecto de decenas de jurisdicciones nacionales a la que se ha visto constreñido hasta ahora, con crecientes dificultades, como prueban las estadísticas.

La entrada en vigor del Protocolo 14 implica más poderes para el Comité de Ministros en este ámbito, pues estará facultado para: 1) pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la interpretación de una sentencia si considera que la vigilancia de su ejecución está obstaculizada por una dificultad de tal tenor; y, 2) someter (por mayoría de dos tercios) al Tribunal el incumplimiento por un Estado de una sentencia definitiva; comprobado el incumplimiento, el Tribunal puede de nuevo remitir el asunto al Comité de Ministros para que determine las medidas a tomar.

España no se ha dotado de los medios requeridos para asegurar la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo. Entre los motivos para anular una sentencia no se encuentra el que el Tribunal haya declarado la infracción de un derecho reconocido por el Convenio (o sus Protocolos). Sólo en una situación excepcional en la que el Tribunal Europeo declaró la existencia de una lesión grave y *actual*, es decir, continuada, de un derecho fundamental (una privación de libertad consecuente con un procedimiento penal que no satisfacía las exigencias de un juicio justo y público) el Tribunal Constitucional anuló sentencias internas impugnadas en amparo (TC, 245/1991). En todos los demás casos en que se ha intentado la anulación por la vía del amparo, el Tribunal Constitucional ha rechazado la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo (TC, 240/2005; 313/2005; 197/2006). Esta insatisfactoria respuesta debería ser corregida.

CXXXII. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

549. La obra de la OEA: instrumentos internacionales

La *Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA)*, adoptada en la IX Conferencia Interamericana (Bogotá, 1948), incluyó entre sus principios rectores la proclamación de los derechos fundamentales de la persona sin hacer distinción por razón de raza, nacionalidad, credo o sexo (Preámbulo y, hoy, art. 3.1, de la Carta, reformada por el Protocolo de Washington, 1992, en vigor el 25 de septiembre de 1997). La IX Conferencia Interamericana aprobó al

tiempo dos instrumentos para el desarrollo de tales principios: la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, claro e inmediato precedente de la Declaración Universal, y la *Carta Interamericana de Garantías Sociales*, que contiene un mínimo de derechos laborales, económicos y culturales.

El sistema interamericano carecía, sin embargo, de mecanismos institucionales y procesales para la garantía y el control de los derechos definidos hasta que la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959) decidió: 1) encargar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la preparación de un proyecto de convención sobre la materia, que resultó en la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969); y, 2) crear la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), cuyo mandato surge de la misma Carta de la OEA para actuar, en representación de todos los países miembros de la Organización, como órgano autónomo y solución transitoria en tanto no entrara en vigor la *Convención Americana*; el papel de la Comisión se afianzó cuando el Protocolo de Buenos Aires (1967) le confirió (art. 112) el estatus de órgano principal de la OEA.

550. El Pacto de San José

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (de ahí el sobrenombre del Pacto) y entró en vigor el 18 de julio de 1978. En la actualidad, veinticuatro de los treinta y cuatro miembros de la OEA son partes en el Pacto de San José.

La inevitable comparación con su homónima europea arroja, sin entrar en consideraciones sociales y económicas, un saldo que comienza a perder su negatividad de antaño, pues a pesar de que permanece al margen del Pacto un miembro tan significado de la OEA como Estados Unidos, otros Estados que eran partes, pero se resistían a los procedimientos jurisdiccionales (como Brasil, El Salvador, Haití, México, y la República Dominicana) ya han reconocido la competencia de la Corte Interamericana, que en la actualidad se extiende a veintidós de los veinticuatro contratantes. En cambio, la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para aceptar demandas interestatales sólo ha sido reconocida hasta ahora por once.

551. Aspectos normativos

El Pacto de San José fue concebido con la vista puesta en los derechos civiles y políticos, a cuya enumeración y definición dedica el Capítulo II (arts. 3 a 25), incorporando derechos no contemplados en el Convenio Europeo, como los derechos de rectificación y reparación por denegación de justicia, al nombre y a la nacionalidad, del niño (arts. 14, 18, 19 y 20), fruto de los veinte años que separan la adopción de ambos instrumentos y, también, de la propia idiosincrasia de la región.

Derechos económicos, sociales y culturales debieron, en principio, conformarse con la declaración de intenciones establecida en el artículo 26 del Pacto (que a su vez da contenido al Capítulo III). Su desarrollo y protección progresó mediante un instrumento *ad hoc*, el primer Protocolo adicional a la Convención Americana (*Protocolo de San Salvador*), relativo a los *derechos económicos, sociales y culturales* (1988), un instrumento que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999 y que hasta la fecha sólo han ratificado quince Estados, y eso a pesar del recorte de los mecanismos de control aplicables si se comparan con los del Pacto.

Siguiendo los pasos del sistema universal la Asamblea de la OEA adoptó en 1990 un Protocolo adicional a la Convención Americana para la abolición de la pena de muerte, que cuenta actualmente con once Estados partes. También cuenta con sendas Convenciones para prevenir y sancionar la tortura (1985), con dieciocho Estados Partes, y sobre las desapariciones forzadas (1994), con trece.

Al igual que los Pactos de Naciones Unidas (1966) y el Convenio de Roma (1950), la Convención Americana también prevé la suspensión de las obligaciones contraídas «en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte» (art. 27.1), una excepción de la que se ha abusado en el continente (El Salvador, 1980, Nicaragua, 1980, Bolivia, 1981 y 1995, Venezuela, 1995...), sin seguir a veces las formalidades prescritas. La Convención Americana establece, no obstante, un catálogo de derechos inderogables más amplio que el previsto en los otros instrumentos, que abarca (art. 27.2) —junto al derecho a la vida, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, al reconocimiento de la integridad personal y de la personalidad jurídica, a la libertad de conciencia y religión, a la irretroactividad de la ley penal— los derechos políticos de los ciudadanos, los derechos del niño, a la protección de la familia, al nombre, a la nacionalidad, y las garantías judiciales indispensables para su protección.

552. Aspectos institucionales

Dos órganos vigilan el cumplimiento del Pacto de San José (art. 33), la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, institución judicial autónoma creada por la propia Convención y con sede en la capital de Costa Rica, y la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* con sede en Washington. Tanto la Comisión como la Corte están integradas por siete miembros, elegidos por la Asamblea de la OEA a título personal (arts. 34 y 52) a partir de una lista compuesta por ternas propuestas por los Estados miembros de la Organización para la Comisión (art. 36) y por los Estados partes en la Convención para la Corte (art. 53).

553. Mecanismos de control de carácter contencioso

Dos son los mecanismos de esta índole instituidos en la Convención Americana: 1) las *comunicaciones interestatales*; y, 2) las *denuncias o quejas de parti-*

culares. El primero es de carácter *facultativo*, lo que hace depender su ejercicio de la pertinente declaración *ad hoc* (art. 45), que hasta ahora han formulado menos de la mitad de Estados partes en el Pacto (Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Jamaica, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela), lo que deja muy mermada esta posible vía de recurso. El control ejercido por vía *individual* es en cambio *obligatorio* para los Estados partes, que pueden ser denunciados ante la Comisión por “cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización” (art. 44).

En ambos supuestos el procedimiento se inicia ante la CIDH, que decidirá la admisión de la denuncia, individual o interestatal, siempre que: 1) se hayan agotado los recursos internos del Estado denunciado, salvo que no exista procedimiento adecuado, se hubiera impedido su ejercicio o retrasado injustificadamente la decisión; 2) la denuncia se presente dentro del plazo de seis meses desde la fecha de la decisión estatal definitiva; 3) la materia objeto de la misma no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y, 4) no sea manifiestamente infundada o reproducción de otra anterior y, siendo de un particular, consten todos los datos para su identificación (arts. 46 y 47).

Admitida a trámite la denuncia, la Comisión instruirá los hechos y realizará funciones de conciliación a fin de lograr un arreglo amistoso dentro del respeto de los derechos protegidos (art. 48). De no tener éxito, el asunto puede: 1) ser sometido a la Corte Interamericana; ó 2) o quedar definitivamente en manos de la Comisión. Para que ocurra lo primero será preciso que:

1) Los Estados interesados (partes en la controversia o de la nacionalidad de la presunta víctima) hayan reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana mediante la declaración prevista en el artículo 62 de la Convención, lo que han hecho todos los contratantes salvo Grenada y Jamaica); y

2) El asunto se someta a la Corte, en el plazo de tres meses a partir de la emisión del informe de la Comisión, por los Estados interesados o por la propia Comisión, pues el individuo no tiene *ius standi* ante la Corte Interamericana (art. 61). La reforma del reglamento de la Corte (2000) ha permitido, no obstante, la participación de las víctimas en el procedimiento (*locus standi in judicio*), de manera que, admitida la demanda, puedan presentar sus pretensiones, argumentos y pruebas de forma autónoma.

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte Interamericana ha sido facultada (art. 63.2), a diferencia de su homónima europea, para tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en los asuntos que le han sido sometidos. Respecto de otros asuntos podrá actuar a solicitud de la Comisión.

En cuanto al fondo, el fallo de la Corte será motivado (art. 66), definitivo e inapelable (art. 67), notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención (art. 69). El número de casos fallados ha aumentado

considerablemente en los últimos años —hasta superar los ciento cincuenta— debido al mayor número de Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte y a la difusión de la conciencia colectiva sobre su utilidad.

Ahora bien, si la Corte Interamericana no puede ejercer jurisdicción por no cumplirse las condiciones requeridas, será la Comisión la que deberá emitir, por mayoría absoluta de sus miembros, su opinión y recomendaciones acerca de las medidas a tomar, fijando un plazo para su ejecución de cuyo cumplimiento cuidará la propia Comisión de cara a determinar si es o no oportuna la publicación de su informe (art. 51).

Los mecanismos de control instituidos en la Convención americana no son en cambio aplicables, con carácter general al menos, a los derechos reconocidos en el *Protocolo americano sobre derechos económicos, sociales y culturales*, que se limita a prever, como suele ser habitual respecto de esta gama de derechos, un control basado en la presentación de *informes periódicos* de los Estados partes sobre las medidas adoptadas en sus ordenamientos internos para garantizar el respeto de estos derechos (art. 19). Sólo en el supuesto de que la violación imputable a un Estado parte afectara a los derechos de libre sindicación (art. 8.a) y a la educación (art. 13) habrá lugar a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado en el Pacto de San José (art. 19.6).

554. La jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme al artículo 64.1 de la Convención Americana la Corte Interamericana extiende su función consultiva tanto a los Estados miembros de la OEA como, en lo que les compete, a los órganos principales de la misma Organización regional. Realmente, la Comisión Interamericana es el único de estos órganos que hasta ahora ha activado la jurisdicción consultiva de la Corte; así, en los asuntos relativos al *Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1982); *Restricciones a la Pena de Muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1983); *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1987); *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1990); *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1994); y la relativa a la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (2002).

Los Estados miembros de la OEA están, por su parte, facultados para consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o “de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” (art. 64.1), lo que ha sido interpretado por la Corte en el sentido de abarcar, en general, “toda disposición, concerniente a la protección de derechos huma-

nos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema americano” (*Otros Tratados objeto de la función consultiva de la Corte*, OC— 1/1982, 24 de septiembre de 1982).

Más aún, la misma Corte señaló que puede rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, pues el hecho de que no sea un tratado no significa necesariamente que carezca de efectos jurídicos y pueda por ello interpretarla en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA y la Convención u otros tratados de derechos humanos (*Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana*, OC-10/1989, 14 de julio de 1989).

Los Estados miembros de la OEA también podrán solicitar de la Corte opiniones acerca de la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (art. 64.2).

El incremento del ejercicio de la jurisdicción contenciosa ha ido parejo con una disminución de las solicitudes de opiniones consultivas por los Estados (siete en los últimos doce años). Ello no desmerece, sin embargo, la trascendencia de las cuestiones planteadas, caso de las de México, una, relativa al *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), otra a la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), uno de los primeros pronunciamientos de un tribunal internacional sobre este tema. Por la primera, la Corte Interamericana estimó que “el ejercicio de su función consultiva no puede estar limitado por los casos contenciosos interpuestos ante la Corte Internacional de Justicia (*Avena*) (v. par. 487) y, por lo que hace al fondo, concluyó que la Convención de Viena sobre relaciones consulares (1963) no sólo reconocía derechos al Estado, sino también “derechos individuales para las personas detenidas“. A ellas han de añadirse la planteada por Venezuela en relación con el *Control de legalidad de las atribuciones de la Comisión Interamericana* (2005), y Argentina sobre la Interpretación del *artículo 55 de la Convención* en relación con la figura del juez ad hoc y la nacionalidad de los magistrados (2009).

555. La acción de la Comisión Interamericana frente a violaciones masivas de derechos humanos

En el sistema americano la CIDH cumple una doble función, pues a las competencias mencionadas como órgano de control del Pacto, añade la capacidad extraconvencional, similar a la que se reconoce al Consejo de Derechos Humanos en el marco de Naciones Unidas (v. par. 540), de recibir y procesar denuncias o peticiones de particulares y entidades privadas sobre violaciones de derechos fundamentales, con base en las cuales puede investigar una situación particular

u observar la situación general de los derechos humanos en un Estado miembro de la OEA, aunque no sea parte en el Pacto (caso, por ej., de Estados Unidos) o, siéndolo, no haya reconocido la jurisdicción de la Comisión conforme al Pacto. Esta facultad tiene su fundamento jurídico en la Carta de la OEA (de la que, recordemos, la Comisión es órgano principal) y en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre (Estatuto de la Comisión de 1979, adoptado en La Paz, res. 447 de la AG de la OEA).

La Comisión Interamericana fue inicialmente concebida (V Reunión consultiva de MRE, 1959), como un órgano autónomo que debía paliar la falta de órganos propios de control de los derechos humanos en el continente, en tanto no entrara en vigor la Convención Americana (que se demoró cerca de veinte años). Estatutariamente (1960) la Comisión vio así limitadas sus competencias “a promover el respeto de los derechos humanos” y a considerar a mero título informativo las comunicaciones individuales recibidas, que desde su misma constitución fueron muy numerosas. Sin embargo, ya en 1961, la Comisión, invocando su facultad de hacer recomendaciones generales a los Estados miembros de la OEA (art. 9 de su Estatuto), interpretó que ello la facultaba para dirigirse a los Estados denunciados por violaciones concretas de los derechos humanos; práctica que fue legitimada por la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), que reformó el Estatuto de la Comisión autorizándola a examinar “las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible con el fin de obtener las explicaciones que considere pertinentes”, así como a formular las “recomendaciones que estime apropiadas en aras de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales” (res. XXII).

En el marco de sus facultades extraconvencionales la Comisión Interamericana puede ejercer, entre otras, las siguientes atribuciones:

- 1) Estimular la conciencia de los derechos humanos en las Américas, para lo que realiza y publica estudios sobre temas específicos, así, por ejemplo, sobre la situación de los derechos humanos de los indígenas (2000), sobre terrorismo y derechos humanos (2002), acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (2007), lineamientos para una política integral de reparaciones (2008)...;
- 2) Observar la vigencia general de los derechos humanos en los Estados miembros y, cuando lo considere conveniente, elaborar informes globales o, en su caso, especiales sobre la situación de un Estado particular (como, por ej., los redactados en relación con Paraguay (2001, tercero), Guatemala (2001, quinto), Venezuela (2003 y 2009), Haití (2005 y observaciones 2007), Bolivia (2007), Honduras (2010)...;
- 3) Realizar, mediando autorización del país en cuestión, investigaciones *in loco* (cerca de cien hasta la fecha) a fin de profundizar la observación general de los derechos humanos y/o investigar una situación particular (como la practicada en 2003 en Ciudad Juárez, México, para evaluar los dere-

chos de la mujer a no ser objeto de violencia y discriminación, o en 2009 el contexto del golpe de Estado ocurrido en Honduras);

- 4) Iniciar un procedimiento de arreglo amistoso para mediar o conciliar disputas interestatales (como las ejercidas por la Comisión en el conflicto entre El Salvador y Honduras en 1969, o los buenos oficios prestados en relación con la situación de los rehenes en la embajada de la República Dominicana en Bogotá, 1980); y
- 5) Requerir, de oficio o a instancia de parte (Reglamento de la Comisión, art. 25), la adopción por parte de los Estados de medidas cautelares específicas en casos de gravedad y urgencia de cara a evitar daños irreparables a las personas. La Comisión puede, asimismo, solicitar de la Corte Interamericana tales medidas cautelares (art. 63.2 del Pacto).

El Derecho Internacional humanitario

CXXXIII. CONSIDERACIONES GENERALES

556. Qué es el Derecho Internacional humanitario

Pese a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4 Carta) (v. par. 489) la sociedad internacional parece abocada a padecer constantemente las convulsiones de los conflictos armados. Esta realidad hace imprescindible el establecimiento de normas que regulen la conducción de las hostilidades e impongan a las partes en conflicto un *estándar humanitario*. Con un contenido amplio y envolvente se define el *Derecho Internacional humanitario* como el conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que restringen por razones humanitarias el derecho de las partes en un conflicto armado, internacional o no, a utilizar medios de guerra y protegen a las personas y bienes (que podrían ser) afectados por el mismo.

Este Derecho Internacional humanitario cuenta, más allá de un cierto confuisionismo terminológico, con dos ramas interrelacionadas, pero históricamente distinguibles y dotadas aún de un cierto valor pedagógico: 1) El *Derecho de los conflictos armados*, que tiene por objeto la regulación de las hostilidades y la imposición de límites a los medios de hacer la guerra; y 2) El *Derecho humanitario bélico*, cuya atención se centra en las víctimas (heridos y náufragos, prisioneros, civiles) de los conflictos armados y en su patrimonio.

Las reglas del primero, con un trasfondo humanitario, se encuentran especialmente vinculadas a las ideas de *necesidad, interés militar y conservación del Estado*; se le llama también *Derecho de la Haya* por haberse celebrado allí sus convenios más señeros y se solapa con el llamado *Derecho del desarme*, pues es obvia la influencia que tiene en la conducción de las hostilidades la prohibición de uso y de fabricación y almacenaje de armas que son particularmente dañinas o producen efectos indiscriminados o en masa. El Derecho humanitario bélico, al que también se llama *Derecho de Ginebra* por haberse concebido en esta sede sus principales instrumentos convencionales, guarda una especial relación con el *Derecho de los derechos humanos*; a nadie escapa su finalidad común: la protección de la persona y, en su caso, los grupos humanos (v. tema 23).

557. Relación con el Derecho de los derechos humanos

Como ha puesto de relieve la Corte en su opinión consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un *Muro* en el territorio palestino ocupado (2004), podemos distinguir tres situaciones en las relaciones entre el Dere-

cho Internacional humanitario y el Derecho de los derechos humanos, según nos encontremos con: 1) derechos que pertenecen sólo al Derecho Internacional humanitario, pues se aplican en situaciones de conflicto armado; 2) derechos que pertenecen al Derecho de los derechos humanos, aplicables en condiciones de paz (o ausencia de conflicto); y 3) derechos que pertenecen a ambas parcelas del Derecho Internacional, que se aplican en cualquier situación, haya o no conflicto armado. Sirvan como ejemplo los principios y normas para la prevención y represión del genocidio, aplicables en cualquier circunstancia, como ha recordado la Corte Internacional de Justicia (*Genocidio en Bosnia*, 1996). Frente a la afirmación (Israel) de que los Pactos de Naciones Unidas sobre derechos humanos no son aplicables en los territorios ocupados porque su objeto es la protección de los ciudadanos respecto de las autoridades de su propio Estado en tiempo de paz, la Corte sostiene que la protección que confieren esos tratados no cesa en tiempo de guerra o conflicto armado, a menos que operen las cláusulas de los mismos tratados que prevén la suspensión de algunos derechos en situaciones excepcionales, cumplidas determinadas condiciones (así, Pacto Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 4); los tratados son aplicables a los actos de un Estado en el ejercicio de su competencia aunque se ejecuten fuera de su propio territorio. En consecuencia, las personas están protegidas en todo momento por normas internacionales, ya sean las relativas al Derecho de los derechos humanos, ya sean las del Derecho Internacional humanitario, ya sean las unas y las otras.

558. Codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional humanitario

El debate sobre la regulación humanitaria de los conflictos armados se remonta a los orígenes mismos del Derecho Internacional. Francisco de Vitoria afirmaba a mediados del siglo XVI que nunca es lícito matar *intencionadamente* a los inocentes; pero podía tomarse su dinero, destruir sus cosechas o sacrificar sus caballos para debilitar al enemigo. Los prisioneros (cristianos) no podían ser castigados con la muerte ni sometidos a esclavitud, pero podía pedirse rescate por ellos. Hugo Grocio, autor de la primera obra completa y sistemática del Derecho Internacional (*De iure belli ac pacis*, 1625), escrita en el fragor de la *guerra de los treinta años*, se refiere a los *temperamenta* en la conducción de las hostilidades cuando el saqueo, el botín, la servidumbre, estaban más que arraigados en las costumbres... Para Samuel Puffendorf, que escribe en el mismo siglo, la *ley natural* permitía todo lo que acortara el camino de la victoria y sólo cabía impetrar un uso magnánimo del *derecho ilimitado*, por consideraciones de humanidad. La idea de que ha de concederse un trato humanitario al enemigo prosperó en el siglo XVIII bajo el influjo de la Ilustración, los ejércitos profesionales y las llamadas *guerras de gabinete* y encontró una base ideológica en la concepción rousseauiana de la guerra como una relación exclusiva entre Estados, que se proyecta en los tratados suscritos por Estados Unidos con Pru-

sia (1784) y Reino Unido (1795). La humanización del Derecho de la guerra se encuentra en la obra de Emeric de Vattel (1758), la más difundida de la época, lo mismo que en el Proyecto de Paz Perpetua de Emmanuel Kant (1795).

El Derecho Internacional humanitario inició su codificación, a mediados del siglo XIX, bajo la doble incitación de la aparición de ejércitos no profesionales, consecuencia del establecimiento del servicio militar obligatorio, y los *progresos* en materia de armamento, que hacían especialmente necesaria la fijación de unos principios mínimos para el socorro de las víctimas. Entre los primeros instrumentos cabe mencionar la *Declaración de París* (1856) sobre la *guerra marítima*, pero por encima de esta y otras declaraciones de la época brilló el *Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña* (1864, revisado en 1906), considerado como la primera manifestación de Derecho humanitario bélico contemporáneo, auspiciado por la Cruz Roja, creada ese mismo año por un Henri Dunant conmovido por las cuarenta mil víctimas que habían quedado en el campo de batalla de Solferino (1859).

El siguiente hito lo marcan las *Conferencias de la Paz* celebradas en la Haya en 1899 y 1907 bajo los auspicios del Zar de todas las Rusias. Dos de las Convenciones y tres declaraciones adoptadas en la Primera Conferencia y doce de las catorce Convenciones y una de las declaraciones adoptadas en la Segunda concernían al *ius in bello*.

Entre estos instrumentos ha de destacarse la Convención IV, de 1907, modificativa de la de 1899, sobre *leyes y costumbres de guerra terrestre*. Aunque su aplicabilidad era muy limitada, ya que era imprescindible que *todos* los contendientes fueran parte en ella (cláusula *si omnes*), lo que impidió su aplicación en la Primera Guerra Mundial, la Convención marcó un rumbo: *diminuir los males de la guerra, en tanto las necesidades militares lo permitan, y reconocer un estándar humanitario mínimo irrenunciable* «bajo el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública».

Nuevos esfuerzos codificadores se realizaron entre las dos guerras mundiales tanto en el ámbito del Derecho de los conflictos armados como en el del Derecho humanitario bélico. Así, por lo que hace al primero, se adoptó el Protocolo sobre la prohibición de gases asfixiantes, venenosos u otros métodos bacteriológicos (1925), no utilizados en la Segunda Guerra Mundial, pero sí por Estados Unidos en la de Vietnam, y el Protocolo de Londres (1936) sobre la guerra submarina. En cuanto al segundo, se adoptaron los Convenios de Ginebra (1929) sobre trato de los prisioneros de guerra, sustitutivo del Convenio de 1864 (enmendado en 1906), y sobre protección de heridos de guerra terrestre. Ahora bien, mientras este último fue ratificado por todas las grandes potencias, el relativo a los prisioneros de guerra no había sido aceptado, en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, por la Unión Soviética ni por Japón.

Pese a estos avances, las insuficiencias —sobre todo en relación con la protección de neutrales y no beligerantes en la mar y la guerra aérea— eran patentes, y aún lo era más el problema de la *protección de la población civil*, una vez que se pudo constatar que la mayoría de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial fueron civiles. Además, la exigencia del *reconocimiento de la condición de beligerante* respecto de la otra u otras partes en conflicto hacía inaplicables estas normas a las guerras civiles y coloniales.

Por paradójico que a primera vista pueda parecer, la evolución del Derecho Internacional humanitario no fue impulsada en la inmediata posguerra por la ONU, que orientó sus trabajos al desarrollo progresivo de los derechos humanos y a la celebración de Convenios de desarme. La idea de que una vez prohibidos por la Carta la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2.4), el interés por el Derecho de la guerra (*ius in bello*) podía debilitar la prohibición influyó, sin duda, en una actitud alimentada, también, por el escepticismo causado por las violaciones del Derecho Internacional humanitario durante la Segunda Guerra Mundial.

Está, sin embargo, fuera de cuestión que, sea legal o no el uso de la fuerza, las normas del Derecho Internacional humanitario son siempre aplicables. Lo que tal vez pueda cuestionarse es la disponibilidad del *agresor* para cumplirlas o las razones subyacentes a su observancia. La percepción pública de que es *moral* todo lo que es *legal* no incentiva precisamente la acción reguladora y ha sido uno de los alegatos utilizados por los negadores radicales del Derecho de la guerra (*ius in bello*), que ven en él una coartada para hacer respetables comportamientos decididamente inmorales (y antijurídicos desde la creencia en un Derecho Natural). La dramática división de la misma Corte en su opinión sobre la licitud de la amenaza o del empleo de *Armas nucleares* (1996) da argumentos a tales posiciones.

Sea como fuere, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), cuidando de sus propias criaturas, auspició una Conferencia intergubernamental (Ginebra 1949) en la que se adoptaron cuatro Convenios: 1) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 2) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 3) relativa al trato de los prisioneros de guerra y 4) relativa a la protección de personas civiles en tiempo de guerra.

El alcance de estos convenios —los *Convenios de Ginebra*— es en la actualidad prácticamente universal. Cuentan con 194 Estados Partes, dos más que las mismísimas Naciones Unidas. Los tres primeros desarrollan la regulación preexistente, mientras que el cuarto, centrado en la *protección de las personas civiles*, es novedad; en su conjunto aportan un régimen de protección de las víctimas de los conflictos armados más amplio, no sólo material sino subjetivamente, al excluir la cláusula *si omnes*, y también más creíble, al incorporar mecanismos de control que, aunque imperfectos, pueden coadyuvar a su cumplimiento.

Las insuficiente protección dispensada por el Convenio IV, limitado a la protección de la población civil en poder o en territorio ocupado por el enemigo, y la preocupación suscitada por el fenómeno —creciente— de las guerras coloniales y civiles (los conflictos armados sin carácter internacional) extramuros del *Derecho de Ginebra* movilizaron al CICR y como resultado se adoptaron los Protocolos I y II (1977), adicionales a los Convenios de 1949. El I concierne a la *protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales* y el II a la *protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, habiendo recibido ambos una amplia aceptación (ciento setenta y cinco y cinco Estados partes respectivamente, a 1 de septiembre de 2010).

Recientemente la preocupación social y el rechazo que provoca la participación de los niños en los conflictos armados ha llevado a la adopción (2000) de un Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño (1989) que eleva a dieciocho la edad de reclutamiento forzoso y de participación en el desarrollo de las hostilidades.

Los avances experimentados por el Derecho humanitario bélico tardaron en encontrar su réplica en el Derecho de los conflictos armados, que en los años cincuenta sólo aporta la Convención de la Haya para la *protección de los bienes culturales* y el Protocolo destinado a impedir su exportación del territorio ocupado y a imponer, en su caso, su restitución (1954), normativa que a finales del siglo XX se vio mejorada con la adopción (1999) del Segundo Protocolo adicional a la Convención.

El cruce del desarme con los derechos humanos animó a las Naciones Unidas a considerar también desde el punto de vista humanitario las cuestiones armamentísticas. Entre los frutos cosechados cabe destacar la Convención que prohíbe la preparación, fabricación y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y ordena la destrucción de las existentes (1972); la Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados (1980, enmendada en 2001), acompañada de cinco Protocolos; la Convención relativa a la prohibición de la preparación, fabricación, almacenamiento y empleo de armas químicas (1993) y la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, introducción y transferencia de minas anti-personas y sobre su destrucción (1997).

559. Un Derecho Internacional humanitario general

La existencia de normas generales en el Derecho Internacional humanitario ha sido expresamente admitida en algunos de los tratados de codificación y desarrollo progresivo y afirmada por la jurisprudencia internacional.

Las Convenciones de la Haya (1907) y los Convenios de Ginebra (1949), al prever la eventualidad de su denuncia, advierten que no tendrá efecto sobre las obligaciones que las partes hayan de cumplir en virtud de los principios del De-

recho de Gentes, tal y como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública (Convenios de Ginebra I-IV, arts. 63, 62, 142 y 158 respectivamente).

La aplicación de las disposiciones del Derecho humanitario bélico por los Tribunales de Nuremberg y Tokio con independencia de la limitación que representaba la cláusula *si omnes* constituye una prueba de su carácter consuetudinario. Por otra parte la Corte Internacional de Justicia (*Nicaragua*, 1986) ha afirmado la existencia de principios generales del Derecho humanitario cuya expresión o desarrollo se encuentra en los Convenios de Ginebra, mencionando a tal efecto los principios contenidos en el *artículo 3 común* de los Convenios (*estándar humanitario mínimo*). Más recientemente, la Corte ha afirmado (*Muro*, 2004) que el Reglamento de La Haya de 1907 sobre usos y costumbres de la guerra forma parte, a título consuetudinario, del Derecho Internacional general, lo que ha reiterado en *Actividades armadas en el Congo* (RD. del Congo c. Uganda, 2005).

Más allá de estas particulares referencias al Reglamento de La Haya de 1907 y al *artículo 3 común* de los Convenios de Ginebra, cabe afirmar que normas como la prohibición de atacar a la población civil, realizar actos de violencia con el propósito de que cunda el terror entre dicha población, utilizar medios de combate que causen males superfluos o indiscriminados o provoquen daños al medio ambiente, forman parte del Derecho Internacional general. No sólo eso. Son *ius cogens*. Puede parecer paradójico, pero no suele discutirse —ni siquiera por el presunto infractor— la obligatoriedad jurídica, con independencia del tratado, de normas reiteradamente transgredidas. Eso, lejos de ser un signo de debilidad como norma, es un signo de fortaleza, expresa su imperatividad. Obsérvese que los Convenios de Ginebra prohíben la celebración de acuerdos particulares entre las partes que supongan una reducción del nivel de protección, así como la renuncia a los derechos en ellos reconocidos (I-III, arts. 6 y 7; IV, arts. 7 y 8).

En la aplicación de las costumbres o usos de la guerra y de las normas generales de Derecho humanitario bélico los problemas suelen originarse en la calificación de los hechos y su posible subsunción en una de las excepciones a la norma. La *necesidad militar* y el *daño colateral* tienen a menudo consecuencias devastadoras sobre la vida, la integridad física de las personas y sobre las infraestructuras civiles. Un disfraz del crimen. Un conflicto armado, por su violencia intrínseca, no parece el escenario más adecuado para la aplicación de normas jurídicas que limitan la actuación de unos contendientes cuyo norte es la victoria.

CXXXIV. EL DERECHO HUMANITARIO BÉLICO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

560. *La normativa aplicable*

Las normas aplicables a los *conflictos armados internacionales* (háyase reconocido o no el estado de guerra) y a los supuestos de *ocupación* (aunque no hayan encontrado resistencia militar) son las recogidas en los cuatro Convenios de Ginebra (1949) y en el Protocolo I (1977), sin que sea necesario que todas las partes en el conflicto sean partes a su vez en ellos (Convenios I-IV, art. 2 común; Protocolo I, art. 1.3). Adviértase la diferencia con los Convenios anteriores, que sólo eran aplicables a las guerras internacionales regularmente declaradas y con reconocimiento del estado de beligerancia, siempre —además— que todos los implicados fueran partes en los Convenios.

Entre las innovaciones que introduce el Protocolo I dos merecen especial atención. En primer lugar, la aceptación del carácter *internacional* de los conflictos originados como *consecuencia de la lucha descolonizadora* (v. par. 563, 564). Fue precisamente este hecho el que restó importancia a la negociación del Protocolo II y mermó sustancialmente su contenido.

En segundo lugar, el Protocolo I amplía la *protección de la población y bienes civiles* (Título IV, arts. 48-58), al endosar como fundamental la obligación de las partes en conflicto de dirigir sus ataques sólo contra *objetivos militares* (art. 48). Se impone así un límite *objetivo* a la violencia bélica; hasta entonces el límite era *subjetivo*, basado en la distinción entre *nocentes e inocentes*.

La cuestión ahora estriba en distinguir un objetivo militar de otro que no lo es. El Protocolo define los objetivos militares como «aquéllos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar» (art. 52.2) y presume que no lo son los lugares de culto, viviendas y escuelas (art. 52.3); pero introduce elementos de apreciación subjetivos, como la *ventaja militar* (art. 52.2 y 57), cuya valoración solo puede hacerse con exactitud una vez que el ataque se ha producido. Así, por ejemplo, el bombardeo angloamericano de la ciudad alemana de Dresde (1944), que produjo una carnicería entre la población civil, sólo después se ha considerado *accesorio* para la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial.

El Protocolo I incluye también normas sobre *métodos y medios de guerra* (arts. 35-42), introduciendo los principios ya recogidos en la *Declaración de San Petersburgo* (1868) y en los Convenios de la Haya que eran considerados de carácter consuetudinario. Pero estas disposiciones guardan silencio sobre el empleo de las armas químicas, biológicas, nucleares y termonucleares.

La regulación contenida en estos textos constituye un Código a observar entre los beligerantes, tanto en relación con los combatientes y personal sanitario, incluyendo sus establecimientos, formaciones y bienes (Convenios I y II y Proto-

colo I, arts. 8-34), como respecto de los prisioneros de guerra (Convenio III y Protocolo I, arts. 43-47) y población civil (Convenio IV y Protocolo I, arts. 48-79).

561. La obligación de cumplimiento y sus consecuencias

Pacta sunt Servanda es un principio general que inspira el cumplimiento de toda norma convencional (v. par. 247). Las partes en un tratado están obligadas a su cumplirlo. Pese al alcance general de esta obligación, los negociadores de Ginebra quisieron hacer hincapié en ella al incorporar una disposición que expresa el compromiso de las partes de “respetar y hacer respetar el presente Convenio (Protocolo) en toda circunstancia” (I-IV, art. 1 común; Protocolo I, art. 1.1).

La referencia a un cumplimiento *en toda circunstancia* resalta su carácter general e imperativo, cerrando caminos a los pretextos para justificar la inobservancia. Que la guerra sea *justa* o *injusta* es irrelevante, como también lo son las violaciones que se imputen a otras partes en el conflicto. El cumplimiento de las obligaciones del Derecho Internacional Humanitario no se basa en la reciprocidad; se trata de *obligaciones* incondicionales *erga omnes* (CIJ, *Muro*, 2004) (v. par.146-148). Otra cosa es que sólo las partes en los Convenios (y en el Protocolo I) o los Estados que sin serlo los acepten y apliquen (art. 2 común, párrafo 3º), dispongan de un título convencional para exigirlo.

Arguyendo que el *artículo 2 común* refiere su aplicación (párrafo 2º) a los casos de “ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante” Israel ha sostenido, en relación con el Convenio IV, que su aplicación en Cisjordania (y Gaza) no es exigible *de iure*, pues no son territorio de “una Alta Parte Contratante”. Sea cual sea el valor del instrumento de adhesión a los Convenios y Protocolos de Ginebra depositado en 1989 por el Comité Ejecutivo de la OLP en nombre del “Estado de Palestina”, sobre el que no quiso pronunciarse el depositario (el Consejo Federal Suizo) debido a la *incertidumbre* sobre la existencia de dicho Estado (v. par. 190), la Corte rechazó la pretensión israelí, advirtiendo que los trabajos preparatorios del Convenio IV confirmaban la intención de los negociadores de proteger a la población civil bajo el control de la potencia ocupante con independencia del estatus del territorio ocupado, un punto de vista sustentado por el mismo Tribunal Supremo de Israel (s. 30 de mayo de 2004).

La imposibilidad de acudir a la reciprocidad para eludir el cumplimiento de estas normas fue confirmada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969, 1986) cuyo artículo 60.5 excluye las normas humanitarias de la posibilidad de terminación o suspensión que puede derivarse de la violación grave del tratado por una de las partes (v. par. 232).

Para hacer realidad la *obligación de hacer respetar* el Derecho de Ginebra es preciso que las partes se preparen adecuada y oportunamente. En este sentido el Protocolo I dispone (art. 80) que las partes contratantes y en conflicto «adoptarán sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que

les incumben» y «darán las órdenes e instrucciones oportunas para garantizar el respeto de los Convenios y del presente Protocolo y velarán por su aplicación.»

Entre las medidas preventivas encaminadas a posibilitar este cumplimiento se encuentran: 1) la *difusión y enseñanza* de estas normas (Convenios I-IV, arts. 47, 48, 127 y 144; Protocolo I, art. 83); y 2) la *información y comunicación* de determinadas actuaciones entre las partes, como las *traducciones oficiales* y las *leyes y reglamentos*, a fin de evitar diferencias de interpretación. (I-IV, arts. 48, 49, 128 y 145; Protocolo I, art. 84).

El cumplimiento de la obligación de *difusión e instrucción* repercute y se proyecta directamente en el cumplimiento de la obligación particular que se cierne sobre los *comandantes* en relación con sus subordinados (art. 87.2), y para satisfacerla el Protocolo I prevé la *formación de personal cualificado* (art. 6.1) y de *Consejeros jurídicos* (art. 82), que además jugarán también un papel relevante en el control de la observancia de las normas, asistiendo a quienes tengan encomendada esa tarea. El respeto de esta obligación constituye una garantía del cumplimiento del Derecho Internacional humanitario al atajar algunos de los motivos que propician su violación, como son la ignorancia, o una concepción extraviada del patriotismo y de la obediencia debida.

Los negociadores del Protocolo I se opusieron a la aprobación de una disposición previendo la obligación de presentar informes cada cuatro años. Sería oportuno revisar esta negativa. La presentación obligatoria de *informes periódicos* por los Estados partes sobre las medidas adoptadas para la ejecución de los Convenios y los Protocolos no es baladí. A tal efecto, lo más apropiado sería la adopción de un *Protocolo adicional* recurriéndose a un órgano *ad hoc*, o bien al CICR, como órgano de control.

En todo caso, la necesaria *coordinación y uniformidad* que haría menos conflictiva la aplicación de las normas se vería favorecida con la celebración —bajo los auspicios del CICR— de *reuniones de expertos gubernamentales* encargados de los planes de difusión e instrucción y de la adopción de las medidas legales o reglamentarias necesarias para la aplicación de los tratados.

562. El control del cumplimiento

La finalidad del control es verificar el cumplimiento de las obligaciones y detectar las infracciones; de darse éstas, las partes tienen la obligación de hacerlas cesar, reprimirlas y sancionar a sus autores. Pese a la extendida aceptación del *Derecho de Ginebra* y al énfasis puesto en su obligatoriedad, la violación de sus normas se produce en demasiadas ocasiones, entre otras circunstancias por un defecto de control y de coerción. El incumplimiento, al parecer, compensa.

Los medios de control permiten distinguir entre el *autocontrol*, ejercido por las propias partes en el conflicto respecto de sí mismas, y el *heterocontrol*, ejercido por terceros.

Respecto del primero, son las autoridades militares las que se encuentran en mejores condiciones para supervisar el cumplimiento. Por eso el Protocolo I (art. 87.1 y 3) hace de los *comandantes* un pilar del sistema, pues —dada su autoridad sobre los efectivos armados— están especialmente capacitados para controlar la actuación de las tropas y el uso de las armas. Los comandantes están obligados a *impedir* que los miembros de las fuerzas armadas a sus órdenes cometan *infracciones* de los Convenios o del Protocolo, y a *promover*, en caso de que se produzcan, acciones disciplinarias o penales.

El *heterocontrol* se articula a través de: 1) las denominadas *potencias protectoras y sus sustitutos* (Convenios I-IV, arts. 8/9, Protocolo I, art. 5); 2) las propias *partes* en los tratados y 3) los *mecanismos de determinación de los hechos*.

1) Se entiende por *potencia protectora* “un Estado neutral u otro Estado que no sea parte en el conflicto y que, habiendo sido designado por una Parte en el conflicto y aceptado por la Parte adversa, está dispuesto a desempeñar las funciones asignadas a la Potencia protectora...” (Protocolo I, art. 2.1). Entre estas funciones deben mencionarse las de *conexión* entre las partes en conflicto, *socorro* y *verificación* del cumplimiento de las normas.

Las partes en conflicto están obligadas a facilitar la tarea de los representantes —personal diplomático o consular— y delegados —nacionales en todo caso de un Estado neutral— de las Potencias protectoras. Sólo exigencias militares imperiosas pueden autorizar, a título excepcional y transitorio, una restricción de su actividad.

El *concurso* y el *control* de las Potencias protectoras se impone así a las partes, pero su designación, al exigir su acuerdo, puede en ocasiones resultar imposible. Es por eso que los Convenios previeron la entrada en juego de los denominados *sustitutos* —*organismo protector, Estado neutral o un organismo humanitario* (CICR), encargado sólo de las funciones humanitarias (*cuasi sustituto o sustituto humanitario*)— (Convenios I-IV, arts. 10/11).

En la práctica el mecanismo de las *Potencias protectoras* y sus *sustitutos* no ha funcionado de manera satisfactoria, debido sobre todo a una falta de voluntad política que el Protocolo I (art. 5) ha intentado corregir: *a*) disponiendo la intermediación del CICR, o de cualquier otra organización humanitaria, para proceder a la designación de las Potencias protectoras si, por una u otra causa, el procedimiento está en punto muerto, y *b*) obligando expresamente a las partes en conflicto a *aceptar el ofrecimiento* del CICR o de cualquier otra *Organización* que reúna las mismas *garantías de imparcialidad o eficacia*, para actuar como *sustituto* (art. 5.4).

El Protocolo I ha potenciado, pues, el papel del CICR en el control del cumplimiento del Derecho humanitario bélico al configurarlo como *mediador cualificado* en la designación de las Potencias protectoras y *sustituto* de éstas. Ahora bien, su actuación habrá de contar, para ser eficaz, con la cooperación real de las partes. Por ello el CICR ha manifestado su intención de no actuar como *sustitu-*

to si no cuenta con este apoyo. El CICR desempeña, además, un *papel autónomo* consistente en el ejercicio del *poder de iniciativa* (Convenios I-IV, arts. 9/10) y las *funciones* que específicamente le otorgan algunas disposiciones como, por ejemplo, la visita a los campos de prisioneros de guerra o de personas civiles (III, art. 126; IV, art. 143), actividades de socorro (III, art. 125; IV, art. 142) y relacionadas con la Agencia Internacional de Información (III, art. 123; IV, art. 140).

Son muchas las actuaciones del CICR en los conflictos armados y su saldo final debe considerarse positivo. El CICR lleva a cabo una labor esencial e irremplazable en la liberación de los prisioneros de guerra, en su seguridad como consecuencia de los registros que efectúa, en la presión que ejerce sobre las partes para que se comporten de conformidad con el Derecho establecido y, sobre todo, repriman y sancionen su incumplimiento. Sus fracasos son más consecuencia de la negativa de los Estados a colaborar que fruto de su propia actuación. De sus aciertos se considera razón esencial su actuación discreta y exenta de publicidad, así como su inequívoca postura contraria a apoyar en las armas la acción humanitaria.

2) *El control por las otras partes en los tratados.* Las partes no sólo están obligadas a respetar y cumplir sus obligaciones, sino que el *artículo 1 común* de los Convenios les impone, además, la obligación de *hacer respetar* sus disposiciones en toda circunstancia. Las partes pues, individualmente y en su conjunto, son un *pilar* esencial del *control del cumplimiento*. La existencia de esta obligación nunca ha sido contestada y ha otorgado apoyo legal al CICR para llevar a cabo gestiones, individuales o generales, solicitando de los Estados que usen su influencia u ofrezcan su cooperación para asegurar el respeto de las normas.

Ahora bien, ¿a través de qué mecanismos pueden las demás partes hacer efectiva esta obligación de control? En buena lógica esta obligación debería ir acompañada de un procedimiento de verificación capaz de funcionar sin necesidad del consentimiento de los beligerantes. Pero una propuesta así nunca ha sido aceptada. Silentes los Convenios, el Protocolo I, junto a la referencia general a la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 80.1), sólo apunta la posibilidad de convocar *reuniones* para estudiar *problemas generales* relativos a la aplicación del *Derecho de Ginebra* (art. 7). Estas *reuniones*, por la limitación de su objeto (*problemas generales*), difícilmente pueden ser un medio de control colectivo eficaz sobre el cumplimiento del Derecho humanitario bélico en un caso concreto. No obstante, es posible que el análisis de un problema general dé lugar a recomendaciones sobre la interpretación o la aplicación práctica de las normas, útiles al respecto.

En todo caso, una observancia leal de la obligación sentada en el *artículo 1 común* de los Convenios (y 80 del Protocolo I) requiere de las partes la adopción de toda suerte de medida diplomática, económica o de otro carácter admitida por el Derecho Internacional para conseguir la cesación de las infracciones y el respeto de las normas por los contendientes.

3) Teniendo en cuenta que en ocasiones el ejercicio del control implica el establecimiento de los hechos, los Convenios de Ginebra admitieron la posibilidad de que a petición de uno de los contendientes se abriese un procedimiento *ad hoc* de encuesta (I-IV, arts. 52, 53, 132 y 149); las dificultades para su puesta en marcha provocaron la creación, en el Protocolo I, de una *Comisión de Encuesta* como órgano *permanente, imparcial y apolítico*, compuesto por quince miembros (art. 90.1) (v. par. 457).

La actuación de la Comisión en un conflicto dado está *condicionada* al *consentimiento de las partes*, otorgado *a posteriori*, una vez surgida la necesidad de investigación (art. 90.2.d), o *a priori*, mediante una declaración que puede formularse en cualquier momento reconociendo *ipso facto* la competencia de la Comisión para investigar las denuncias de otra parte contratante que acepte la misma obligación (art. 90.2.a). Por ahora son setenta y dos los Estados que han hecho la declaración, entre ellos España. También la hizo el “Estado de Palestina” en 1989, con la consabida notificación del depositario sobre la indefinición de sus efectos, dada la incierta condición estatal de la entidad declarante. Israel no es, en todo caso, uno de los Estados que ha formulado la declaración.

La *creación y constitución* de la Comisión Internacional de Encuesta supone un evidente *avance institucional*, pero hasta ahora la Comisión no se ha estrenado. La determinación de los hechos en conflictos recientes se ha efectuado mediante comisiones *ad hoc* de Naciones Unidas. La falta de aceptación de la competencia por una de las partes implicadas, como ocurriera en el caso de Yugoslavia o de la RD del Congo, el carácter no internacional del caso de Ruanda, o la confluencia de ambas circunstancias, como ha ocurrido en Burundi o Senegal, entre otros, pueden explicar esta inactividad en una época en que, lamentablemente, abundan las denuncias fundadas de violaciones del Derecho humanitario bélico cuya persecución reclama el más sólido establecimiento de los hechos.

La activación de la Comisión Internacional de Encuesta del Protocolo I pasa por establecer una *conexión* con la ONU. Su actuación podría ser sugerida a las partes por el Consejo de Seguridad, sugerencia que, actuando el Consejo en el marco del Capítulo VII de la Carta, podría revestir un carácter vinculante en virtud de la obligación asumida por las partes en el Protocolo (art. 89) y extenderse a todos los miembros de Naciones Unidas con base en el artículo 103 de la Carta. Alternativamente podría estudiarse la posibilidad de crear una *Comisión de Encuesta en el seno de las Naciones Unidas* que reuniera los *caracteres de permanencia, imparcialidad y carácter técnico* que concurren en la Comisión creada por el artículo 90 del Protocolo I.

Al Estado le son imputables los actos cometidos por las personas que forman parte de sus fuerzas armadas (arts. 51, 52, 131 y 148 de los Convenios y 91 del Protocolo I). En caso de *violaciones graves* el Protocolo I obliga a las partes a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y de conformidad con la Carta (art. 89). Esta disposición apunta a la eventual impo-

sición de *sanciones* por el Consejo de Seguridad conforme al Capítulo VII de la Carta cuando las violaciones se consideren una amenaza para la paz y seguridad internacional (caso de conflictos armados *internos*) o un quebrantamiento de la paz o una agresión (en los conflictos armados *internacionales*) (v. par. 512, 517, 578).

CXXXV. EL DERECHO HUMANITARIO BÉLICO EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

563. *La normativa aplicable*

Hasta 1949 los conflictos armados internos constituían un asunto de la competencia exclusiva del Estado. La Carta de las Naciones Unidas apenas había modificado la situación; como sabemos, sólo en el caso de que el conflicto degenerara en una amenaza para la paz y la seguridad internacional cabía adoptar medidas coercitivas con base en el Capítulo VII (art. 2.7 de la Carta).

La Conferencia de Ginebra de 1949, haciéndose eco del interés del CICR por establecer normas humanitarias aplicables a los conflictos internos, incluyó en los Convenios el *artículo 3 común*, del que se ha dicho constituye una Convención en miniatura sobre el Derecho humanitario aplicable a los conflictos armados que no revisten carácter internacional.

Según esta disposición los contendientes en un conflicto armado surgido en el territorio de una de las partes en los Convenios han de respetar: 1) la obligación de *trato humanitario e igual* respecto de cualquier persona que no participe en el conflicto, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas o se encuentren por cualquier otra causa fuera de combate, y 2) la *obligación de socorro y cuidado* de los heridos y enfermos.

El *trato humanitario* impide a las Partes atentar contra la vida, la integridad corporal, la dignidad de la persona o su seguridad jurídica en materia penal. Este *estándar humanitario* que se considera *mínimo* puede ampliarse en virtud de acuerdos especiales que las partes han de esforzarse por conseguir (art. 3 penúltimo inciso). La conclusión de estos acuerdos y su aplicación al conflicto no repercute sobre el estatuto de los contendientes.

El curso de los acontecimientos posteriores a 1949, con el aumento espectacular de los conflictos internos, demostró la insuficiencia del *artículo 3 común*, minimalista y susceptible de ser burlado mediante apreciaciones subjetivas. Fue por eso que se adoptó el Protocolo II (1977), que viene a completar el *artículo 3 común* de los Convenios.

El Protocolo II (art. 1) precisa su alcance material, a saber, los conflictos armados no cubiertos por el Protocolo I y que se produzcan en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disiden-

tes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

A la vista de esta definición cabe preguntarse si acaso el *artículo 3 común* conserva su autonomía y sigue siendo aplicable a los conflictos armados no internacionales que escapan al artículo 1 del Protocolo II, es decir, a los conflictos que podríamos llamar de *baja intensidad*, como disturbios o tensiones internas, expresamente excluidas del ámbito de aplicación del Protocolo II. Sin embargo, una aplicación residual del *artículo 3 común* parece innecesaria en esos casos, por ser procedente el respeto del núcleo irreductible de los derechos humanos, afirmado en los Convenios correspondientes cuando regulan los estados de excepción (v. par. 536, 544, 551). La aplicación residual del *artículo 3 común* es pertinente, sin embargo, en otros supuestos que escapan literalmente al Protocolo II. Piénsese en un conflicto entre grupos armados de un solo Estado más allá de sus fronteras y sin una implicación contrastada del Estado vecino bastante para internacionalizar el conflicto. En un supuesto como éste, a menos que se proceda a una interpretación extensiva de la definición del artículo 1 del Protocolo II, el *artículo 3 común* debe constituir un mínimo humanitario de obligado respeto.

Las reglas del Protocolo II se distribuyen en tres Títulos: *Trato humano* (arts. 4-6); *Heridos, enfermos y náufragos* (arts. 7-12) y *Población civil* (arts. 13-18). En conjunto, la regulación es más breve y menos ambiciosa que la correspondiente a los conflictos armados internacionales, debido sobre todo a que, una vez reconocido el carácter internacional de las guerras coloniales, los *nuevos Estados* se manifestaron tan poco propicios como los *viejos* a aceptar obligaciones de carácter humanitario en el desarrollo de los conflictos internos.

564. El control del cumplimiento

Uno de los aspectos más negativos de la regulación lo constituye la ausencia de mecanismos de control particulares —y de medidas de represión— de sus infracciones. El *artículo 3 común* se limita (párrafo 2º) a la oferta de servicios que el CICR puede hacer a los contendientes, que podrán aceptarla o no. Sólo por la vía prevista y alentada de los acuerdos especiales podría arbitrarse el establecimiento de mecanismos de control. No obstante, si las partes en los Convenios están obligadas a respetar y hacer respetar sus disposiciones, eso incluye también el *artículo 3 común*, lo que les compromete, aunque sea en términos genéricos, en el ejercicio de un control sobre el cumplimiento del Derecho Humanitario en los conflictos que no tengan carácter internacional.

CXXXVI. DERECHO HUMANITARIO BÉLICO Y TERRORISMO**565. Los ‘combatientes enemigos ilegales’: aplicación del art. 3 común de los Convenios de Ginebra**

La forma en que las Administraciones de George W. Bush (2000-2008) han conducido su *guerra contra el terrorismo* a partir del 11-S creó una notable confusión sobre la aplicación o no de los Convenios (1949) y Protocolo I (1977) de Ginebra a quienes considera *combatientes enemigos ilegales*. Para deshacer la madeja de los malentendidos y las interpretaciones políticamente sesgadas conviene puntualizar, en primer lugar, que una persona detenida por su presunta implicación en actividades terroristas sólo puede ser incluida en el ámbito del Derecho humanitario bélico si su apresamiento se produce en el contexto de un conflicto armado, internacional o interno. De no ser así su tratamiento entra en el campo de las normas sobre los derechos humanos. Sería el caso de quienes, en Italia, Alemania y otros países han sido detenidos irregularmente para ser trasladados a centros de detención en terceros Estados donde han sido sometidos a interrogatorios bajo métodos coercitivos que no son compatibles con la prohibición de la tortura.

El estatuto de los presuntos miembros de *Al Qaeda* presos en Afganistán, Paquistán o Iraq en el curso de los conflictos armados que se viven en la región sí puede ser considerado, además, a la luz de los Convenios (1949) y Protocolo I (1977) de Ginebra. Entre los diferentes motivos alegados por Estados Unidos para rechazarlo figura la afirmación de que la *guerra contra Al Qaeda* no es un conflicto entre Partes Contratantes (del que habla el *artículo 2 común*, párrafo 1º, de los Convenios). Si la Administración de Georges W. Bush tuviera razón estos detenidos no caerían nunca, como se ha sugerido, en un *vacío jurídico*, sino que girarían en la órbita de los derechos humanos; pero realmente no tiene razón, porque el párrafo 2º del mismo artículo afirma la aplicabilidad del *Derecho de Ginebra* “en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio” de una Parte Contratante y el *artículo 3 común* establece en todo caso, para cualquier clase de conflicto armado no internacional que surja en el territorio de una Parte Contratante, la obligación de aplicar un *estándar humanitario mínimo* que el propio artículo precisa. El artículo 4 dispone, además, la protección de “las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

Si con *Rasul et al. v. Bush* (2004) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos acabó con el disparate de pretender que el centro de detención de Guantánamo (y lo mismo podría decirse de otros bajo control efectivo de la Administración norteamericana en el extranjero) está fuera de la jurisdicción federal por no encontrarse en territorio de los Estados Unidos, con *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) ha afirmado que, por lo menos, el *artículo 3 común* es aplicable a cualquier individuo, con independencia de su nacionalidad, implicado en un conflicto “en

el territorio de una Parte” y, por consiguiente, a los presos en Guantánamo que fueron detenidos en Afganistán. La decisión se sitúa en el curso marcado en su día por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) que en el caso *Tadic* (1995) afirmó que el *artículo 3 común* es el estándar mínimo aplicable en cualquier conflicto armado, internacional o interno.

566. ¿Prisioneros de guerra?

El artículo 5 del Convenio III de Ginebra exige para ostentar esta condición el respeto del Derecho Internacional humanitario, responder a las órdenes de un mando responsable, portar abiertamente las armas y signos distintivos de su condición militar. En caso de duda, *mientras un tribunal competente* se pronuncia al respecto, debe reconocerse este estatuto a quien lo demanda, salvo que se trate de una pretensión manifiestamente infundada. De no ser prisioneros de guerra serán personal civil, detenido por presuntas actividades perjudiciales a la seguridad del Estado, lo que permitiría negarles los derechos y privilegios del Convenio IV de Ginebra en la medida requerida por la seguridad militar, pero debiendo ser *siempre* tratados *con humanidad* y conservando en todo caso su “derecho a un proceso equitativo y legítimo” tal como lo prevé el Convenio (art. 5).

Esos *tribunales competentes* no eran, desde luego, las *comisiones militares* ideadas por la Administración de George W. Bush (Orden Militar nº 1) y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en *Hamdan v. Rumsfeld*. Al margen de otros defectos, el procedimiento diseñado infringía el *artículo 3 común* al no respetar el derecho de las personas protegidas a ser enjuiciadas por un tribunal “dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”. Al hilo de eso el Tribunal Supremo observa que, aunque el *artículo 3 común* no especifica cuáles son esas garantías, debe entenderse que incluyen por lo menos el mínimo reconocido por el Derecho Internacional consuetudinario, que ve reflejado en el artículo 75 del Protocolo I (1977). El procedimiento ante las Comisiones no lo satisfacía, especialmente al no asegurar el derecho de toda persona a estar presente en su propio juicio y al permitir que un acusado fuese privado del derecho a conocer las pruebas presentadas contra él, entre las que podrían encontrarse declaraciones de testigos no juradas y confesiones arrancadas por la fuerza.

Otra cuestión era la de si un particular podía invocar estas disposiciones directamente ante los tribunales, lo que ha venido negando el gobierno de los Estados Unidos con la alegación de que no son *self executing* (v. par. 254), a pesar de que la práctica anterior lo desmentía. El Tribunal Supremo no se pronuncia sobre este particular porque, en definitiva, considera que la legislación de los Estados Unidos ha incorporados los derechos enunciados por los Convenios de Ginebra.

Lamentablemente, bajo una aparente diligencia en acomodar las medidas del Ejecutivo a los tratados y a la ley federal según la interpretación del Tri-

bunal Supremo, el Gobierno se apresuró a remitir al Congreso un proyecto de ley (*Enemy Combatant Military Commissions Act*, 2006) cuyo respeto de los mandatos judiciales es dudoso. En él se afirma, además, que los Convenios de Ginebra no son una fuente de derechos individuales invocables en juicio, siendo el cumplimiento de sus obligaciones una cuestión entre los Estados Partes. El Congreso, sustancialmente, lo ha hecho suyo.

CXXXVII. REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS

567. *Noción*

El desarrollo de un conflicto armado provoca *refugiados* y *personas desplazadas* en masa. Para salvaguardar su vida, integridad y libertad, el *refugiado* cruza las fronteras del país en que reside habitualmente; la *persona desplazada* abandona su hogar, pero permanece dentro de los límites del Estado de su residencia. Existe una estrecha conexión entre su aparición y las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario, que fundamentan la petición de asilo y protección. Asimismo, una avalancha y enquistamiento de refugiados y personas desplazadas puede provocar actos de intervención y conflictos armados acrecidos de carácter internacional, en un proceso que se muerde la cola. Piénsese en Sudán, la RD del Congo, Somalia, Irak, Costa de Marfil, Afganistán, o en Guatemala, Haití, Mozambique, Liberia y Sierra Leona, Ruanda y Burundi, Uganda, Myanmar, las repúblicas del Cáucaso o de la antigua Yugoslavia...La lista interminable, el fenómeno, intemporal.

568. *El Derecho de los refugiados*

Ciñéndonos al *corpus iuris* de Naciones Unidas cabe recordar la creación en 1946 (AG, res. 62-I) de la *Organización Internacional de los Refugiados* (OIR), impotente, por su circunstancialidad y por el escaso apoyo que recibió, para arrostrar una situación crítica. Por ello la Asamblea General, buscando soluciones duraderas, decidió (res. 319-IV, de 1949, y 428-V, de 1950) la creación del *Alto Comisionado para los Refugiados* (ACNUR). El mismo día la Asamblea decidió la convocatoria de una Conferencia intergubernamental para negociar y adoptar una Convención relativa al estatuto de los refugiados (Ginebra, 1951).

Las limitaciones de carácter temporal (hechos anteriores al 1 de enero de 1951) y espacial (posibilidad de restringirla a acontecimientos ocurridos en Europa) del ámbito de aplicación de la Convención (art. 1.A2 y B1) determinaron la adopción del *Protocolo* de Nueva York (1967), que amplía el alcance del término *refugiado* excluyendo los miserables límites temporales y congelando los geográficos sobre los que operaba la Convención (arts. 1.2 y 3). Uno de los aspectos más positivos del Protocolo fue su apertura a la participación general de los

Estados aunque no fueran partes en la Convención de 1951 (caso de Cabo Verde, Estados Unidos y Venezuela). En la actualidad son partes en la Convención ciento cuarenta y cuatro Estados y ciento cuarenta y cinco en el Protocolo.

Junto a estas iniciativas de ámbito universal es preciso destacar la labor desarrollada por algunas organizaciones regionales, como la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Unión Africana (UA, antes Organización de la Unidad Africana, OUA). La primera impulsó las *Declaraciones de Cartagena* (1984), *San José de Costa Rica* (1994), *Tlatelolco* (1999), *Río de Janeiro* (2000), *Quito* (2000) y *México* (2004); la segunda, la *Convención de Addis-Abeba* (1969). Recientemente la UA ha adoptado una Convención sobre protección y asistencia a personas desplazadas (Kampala, 2009).

569. El concepto de refugiado

El concepto de *refugiado* constituye un ejemplo evidente de la acomodación de las instituciones jurídicas a las necesidades sociales de acuerdo con una realidad política determinada. Los rasgos que definen al *refugiado* en los textos internacionales más antiguos son: 1) una *ruptura en la relación de confianza, protección y asistencia que une a los individuos con los gobiernos del país de la nacionalidad o de la residencia habitual*, y 2) un *cruce de la frontera en busca de protección* en el territorio de otro Estado.

Con posterioridad, esta caracterización acumula un componente ideológico e incide en los motivos que han llevado al solicitante de refugio a abandonar su país, que en principio giran en torno a sus *fundados temores de persecución con base en la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas* (Convención de 1951, art. 1.A2; Protocolo de 1967, art. 1.2). En estos textos quienes huyen de un conflicto armado no quedan incluidos sólo por este hecho en el concepto de *refugiado*.

Más adelante se observa, al menos en los ámbitos regionales africano y americano, una tendencia a la ampliación de las causas que justifican el estatuto de refugiado, incluyéndose la *agresión, ocupación o dominación extranjera y los acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de un país* (Convención africana de 1969, art. 1.2), o la *violación masiva de los derechos humanos* (Declaración de Cartagena de 1984, Cap. III; Declaración de Río de 2000).

570. El derecho de asilo

Desde tiempo inmemorial el poder soberano ha desarrollado la *gracia* de conceder *asilo* a los extranjeros que solicitaban su amparo; pero las iniciativas para transformar el asilo de prerrogativa del Estado en derecho del perseguido no han prosperado, por lo menos en un plano internacional. A pesar de que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) determina que “en caso de

persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país” (art. 14.1), nada se dice de la obligación de los Estados de concederlo. La misma Declaración prohíbe que puedan invocar este derecho las personas contra las que existan acciones judiciales originadas por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

La debilidad de la regulación internacional del *derecho de asilo* es evidente. Su concesión sigue siendo una gracia de la autoridad local. Junto a la Declaración de 1948, el único texto de alcance universal que se refiere a él es la Declaración sobre asilo territorial adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1967. La Conferencia celebrada diez años después en Ginebra a fin de adoptar una convención multilateral sobre la materia fue un fracaso atribuible a la preferencia de los Estados por conservar la más amplia libertad de acción.

La Declaración sobre asilo territorial de 1967 se articula sobre la base de: 1) el derecho del Estado a concederlo, en ejercicio de su soberanía; y 2) el derecho del individuo a buscarlo, sin el correlativo deber del Estado de admitirlo en su territorio. Considerémoslos más detenidamente:

1) Se trata de un *derecho del Estado*: su concesión corresponde al Estado, en el ejercicio de su soberanía (art. 1.1); así lo advirtió la Corte Internacional de Justicia (*Derecho de Asilo*, 1950), especificando que, por ello, no necesita posterior justificación. Su otorgamiento habrá de ser, entonces, respetado por los otros Estados (art. 1.1), lo que incluye también al Estado de la nacionalidad o de la procedencia del solicitante de asilo. Puesto que se trata de un derecho del Estado, a él compete regular las condiciones de su concesión, la protección que se depara al asilado y otras cuestiones conexas (art. 1.3).

2) *Toda persona perseguida tiene derecho a buscar asilo* (art. 1.1). La Declaración de 1967 sigue la línea de la Declaración Universal de 1948; incluso precisa sus excepciones al disponer que no podrán beneficiarse ni invocar este derecho quienes hayan cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad (art. 1.1 y 1.2)(v. par. 582). Debe recorrerse todavía un largo camino desde el derecho *a buscar* asilo hasta el derecho *de* asilo, entendido como un derecho del perseguido amparado por una norma internacional general a obtenerlo allí donde lo solicite.

Determinados Estados sí han reconocido el derecho subjetivo al asilo en sus normas internas de rango constitucional. Pero los tiempos que corren, con avalanchas de peticionarios que en los países capitalistas desarrollados tratan de sanar una entrada ilegal y lograr una permanencia por motivos ajenos a la institución del asilo, no parecen los mejores para alentar la proclamación constitucional de este derecho. Antes al contrario, los textos más generosos, como la Ley Fundamental de la RF de Alemania se baten en retirada (v., por ej., LF de la RF de Alemania, art. 16.b, introducido en la rev. cons. de 1993; Francia, ley cons. 93-1256). En España el reconocimiento constitucional del derecho de asilo dio lugar a uno de los incidentes parlamentarios más sonados del proceso constituyente, pero la Constitución de 1978 encontró (art. 13.4) la sabia redacción que

ahora ha hecho innecesaria su reforma: “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Esa ley es, actualmente, la 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

571. El principio de no devolución

La limitación fundamental que recae sobre la prerrogativa del Estado en materia de asilo se encarna en el *principio de no devolución (non refoulement)*, recogido en la Convención de 1951: “ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas” (art. 33.1). El *principio de no devolución* puede considerarse hoy impuesto por una norma consuetudinaria del Derecho Internacional. La prohibición de formular reservas al artículo 33 de la Convención es una clara manifestación de su carácter declarativo de una norma general, así como del carácter fundamental del principio que consagra.

Este carácter es confirmado por la Declaración de 1967 que, tras reiterar el principio (art. 3.1), precisa que sólo puede ser derogado por razones mayores de seguridad nacional, o para proteger a la población cuando se trata de un flujo masivo de personas (art. 3.2); incluso en estos casos el Estado habrá de contemplar la posibilidad de dar al interesado, en las condiciones que estime apropiadas, la facultad de dirigirse a otro Estado (art. 3.3).

Se infringe el principio de no devolución cuando se rechaza al extranjero en el mismo puesto fronterizo o, incluso, cuando se impide su acceso al mismo, sin posibilidad de que se reconozca su condición de refugiado o se le permita la presentación de la solicitud de asilo. Esta cuestión se suscitó en una situación más radical, cuando Estados Unidos decidió interceptar en alta mar y reconducir a Haití a los balseiros haitianos que se dirigían a las costas de Florida. Según el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Sale c. Haitian Centers Council Inc. et al.*, 1993) dicha práctica, al producirse en alta mar, no infringía el principio formulado en el artículo 33 de la Convención de 1951, que sólo constituiría un límite para la discrecionalidad de los Estados cuando el extranjero se encontrara en el territorio de éstos y no antes. Este tortuoso argumento, como sostuvo el ACNUR, no sólo olvida la aconsejable interpretación generosa y extensiva de los tratados reguladores de cuestiones humanitarias, sino que atenta contra el objeto y fin del principio de no devolución.

572. Estatuto del refugiado

El refugiado, una vez que se le reconoce como tal, cuenta con la protección dispuesta por las normas convencionales que regulan su Estatuto como un mí-

nimo que el Estado de acogida puede desarrollar y mejorar. Consagra la Convención de 1951 el principio de *no discriminación* en favor de los refugiados (art. 3) y, a reserva de las disposiciones más beneficiosas contenidas en la Convención, se le concede el mismo trato que se otorgue a los extranjeros en general (art. 7). Además la Convención, tras determinar que el estatuto personal del refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o residencia (art. 12), le promete “el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias” en materia de adquisición de bienes muebles e inmuebles (art. 13), asociacionismo (no político) y sindicación (art. 15), trabajo por cuenta propia en agricultura, industria, artesanía y comercio (art. 18), ejercicio de una profesión liberal, cuando posean los diplomas reconocidos por dicho Estado (art. 19), vivienda (art. 21). Asimismo se le equipara al nacional en su país de residencia habitual por lo que se refiere a educación (art. 22), racionamiento (art. 20), asistencia pública (art. 23), propiedad intelectual e industrial (art. 14), libre acceso a los tribunales (art. 16) y gravámenes fiscales (art. 29). En relación con el acceso al mercado de trabajo y la ocupación de empleos remunerados, la condición del refugiado oscila entre la asimilación al nacional y el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a extranjeros (art. 17); una vez empleado, se le aplica trato nacional en materia de legislación laboral y Seguridad Social (art. 24).

573. *Del asilo a la repatriación*

La protección de los refugiados basada en el *asilo* es, sin embargo, *inoperante* en orden a *combatir sus motivos*; previendo obligaciones para los países de asilo, pasa por alto la responsabilidad (de proteger a sus propios nacionales) que tienen los países de origen (v. par. 581). Se basa en, y perpetúa, el *exilio*.

En la época de la *guerra fría* los refugiados, gota a gota, constituían un activo propagandístico frente al enemigo político. Aún en fecha reciente huir de Cuba en pos de la *libertad* jugándose la vida en el Caribe era una estampa tan atractiva para ciertos sectores de la Administración de los Estados Unidos que tal vez por eso no tenían mucha prisa en extender los visados a quienes los solicitaban en La Habana. Pero con el fin de la *guerra fría* el valor del refugiado como propaganda se ha esfumado, mientras su número ha crecido geométricamente al hilo de los numerosos conflictos locales que durante la *guerra fría* las grandes potencias habían mantenido embridados. Para hacer frente a esta situación el modelo desarrollado hasta el momento, basado en el asilo, es insuficiente ante la imposibilidad en unos casos, o la falta de voluntad en otros, de absorber a los nuevos refugiados.

Hasta el momento el mayor esfuerzo en relación con la acogida de los refugiados ha venido recayendo sobre países en desarrollo, con evidentes efectos desestabilizadores no deseados. Estos países, que cuentan con escasos recursos, pueden encontrarse ante la imposibilidad de garantizar unas condiciones míni-

mas de vida tanto para sus nacionales como para los refugiados. Por otra parte, los países desarrollados, teóricamente en mejores condiciones para la incorporación de refugiados, no los quieren demasiado en general. Abrumados por las estadísticas —a pesar de que en Europa occidental sigue habiendo muchos menos refugiados que en Asia o en África— y devotos de la solidaridad a distancia, temen que el aumento de refugiados provoque una situación socialmente incontrolable que evidencie el sustrato xenófobo de importantes núcleos ciudadanos. La invocación del refugio por emigrantes de carácter económico procedentes de países donde hay mil oportunidades para perder la vida ha producido una mixtificación aprovechada para imponer condiciones más restrictivas al acceso de los extranjeros a sus territorios y, con ello, al asilo. Los miembros de la Unión Europea ofrecen un ejemplo palmario de esta tendencia y en ellos no faltan las propuestas de reducción de derechos (trabajo, prestaciones sociales, sanitarias, educativas) de los solicitantes de asilo y de sus familias, considerando que su actual nivel tiene el efecto perverso del pastel sobre las moscas, incentivando la búsqueda del estatuto de refugiado por quienes no lo merecen. Hay quien llama a esto *disuasión humanitaria*. Y ha tenido una eficacia considerable.

Ante esta situación, como ha puesto de relieve ACNUR, se hace imprescindible un cambio de modelo. La búsqueda de *soluciones definitivas* exige la *erradicación de las causas* que provocan la aparición de refugiados, lo que permitiría arbitrar las políticas de *repatriación voluntaria*. Aunque puede cínicamente considerarse que los refugiados —como las visitas— gustan cuando se van, la repatriación es la solución más legítima a condición de que sea voluntaria —en ello insisten la *Convención africana* de 1969 y la *Declaración de San José* de 1994 y de *México* de 2004— y se hayan neutralizado las causas de la expatriación, lo que supone la adopción de medidas de *mantenimiento y consolidación de la paz, protección efectiva de los derechos humanos, desarrollo de los menos favorecidos* y una buena *administración de la emigración*.

La *repatriación voluntaria* ha de llevarse a efecto con las debidas garantías. Han de crearse en el país de origen las condiciones indispensables para asegurar que la vuelta a casa no supone un peligro para los repatriados y conseguir su reincorporación a la sociedad. Ambos objetivos pasan por la *cooperación internacional* dentro de una reconsideración de la significación de principios fundamentales del Derecho Internacional como la soberanía o la no intervención. El modelo de actuación ya no puede basarse exclusivamente en la cooperación entre ACNUR y el país de asilo. Resulta imprescindible una cooperación *integrada* (ACNUR, Estados, OI, tanto universales como regionales, y ONG).

574. Las personas desplazadas

Llamamos *personas desplazadas* a quienes, a consecuencia de un *conflicto armado, disturbio interno, violación sistemática de los derechos humanos o catástrofe*, se han visto *obligadas* a *abandonar* su residencia habitual, bienes y

medios de trabajo y han llegado a otra localidad de su propio país, en busca de protección y seguridad personal y de ayuda para subvenir a sus necesidades fundamentales. Las personas desplazadas no han cruzado la frontera, siguen en el país de su nacionalidad o residencia y su aparición se produce en grupos y, generalmente, en masa.

Esta situación constituye, en principio, una cuestión interna del Estado, responsable de la protección de sus ciudadanos en su territorio. Pero como es habitual que, salvo en las catástrofes naturales, los gobiernos locales no sean ajenos por acción, omisión o incapacidad a las causas que provocan el desplazamiento, la *asistencia humanitaria* (v. par. 576) se hace imprescindible. La mejor baza de las *personas desplazadas* para obtener asistencia estriba en el riesgo de su conversión en *refugiados*, sobre todo si éste se cierne sobre los países más desarrollados.

Es preciso destacar que ya en la década de los setenta la Asamblea General extendió el mandato de ACNUR a grupos de personas que no satisfaciendo las condiciones exigidas en la definición de refugiado se encontrasen necesitadas de protección y asistencia, abriendo con ello una tendencia *expansiva y preventiva* a la acción del Alto Comisionado. La práctica de ACNUR, en consecuencia, asumió la *necesidad de interpretar el concepto de refugiado con un espíritu humanitario*. Así, si en 1993 no llegaban al millón las personas desplazadas frente a dieciocho millones de refugiados atendidos por ACNUR, a partir de 1996 se ha multiplicado espectacularmente el número de personas desplazadas protegidas por ACNUR hasta superar ampliamente el de los refugiados, que se ha ido reduciendo. La *Cumbre Mundial 2005* (doc. Final, res. 60/1, diciembre 2005) endosa los *Principios rectores aplicables a los desplazamientos internos*, preparados por el Representante Especial del Secretario General (1998), como un marco internacional importante para la protección de las personas desplazadas (v. AG, res. 64/162).

La situación es aún más grave cuando el desplazamiento de las personas que pertenecen a otros grupos étnicos es justamente uno de los objetivos que se persiguen por las banderías que aspiran a la afirmación excluyente de una etnia o nacionalidad sobre un determinado territorio (v. par. 70-74). La guerra en Bosnia y Herzegovina entre serbios, croatas y musulmanes lo ilustró trágicamente en la década de los noventa. Ahí la *asistencia* puede trocar en *injerencia humanitaria* (v. par. 575).

El cambio ha sido posible gracias, *inter alia*, al énfasis puesto hoy día en la protección de los derechos humanos, la variación en la forma de entender la soberanía y la no intervención en los asuntos internos y el cambio en la dinámica de Naciones Unidas. Sin embargo, queda mucho camino por recorrer. La protección de las personas desplazadas, condicionada por la situación que ha originado el desplazamiento y diferenciada de la de los refugiados, tiene una finalidad similar —la vuelta a casa— y resulta imprescindible si se quiere evitar el éxito definitivo de las políticas coactivas de *limpieza étnica* y la aparición, a partir de

personas inicialmente desplazadas, de nuevos *refugiados*. Si los bombardeos de la OTAN sobre Serbia en 1999 trataron de atajar la limpieza étnica de la mayoría albanesa de Kosovo, diez años de administración por Naciones Unidas de este territorio no bastaron para que las decenas de miles de serbios desplazados a la Serbia central como consecuencia del hostigamiento de la mayoría albanesa al finalizar los bombardeos hayan vuelto a sus hogares. La declaración unilateral de independencia hecha por los representantes de la mayoría albanesa en el seno de las instituciones autonómicas provisionales en 2008, alentada por Estados Unidos y los miembros más conspicuos de la Unión Europea conduce, en la medida de su reconocimiento (v. par. 23-28, 30), a la conversión de los serbios *desplazados* en serbios *refugiados*, una situación más que lamentable que induce amargas reflexiones sobre la condición humana (v. par. 579).

CXXXVIII. DE LA ASISTENCIA A LA INJERENCIA HUMANITARIA

575. Consideraciones generales

Interesarse por la protección de los derechos humanos mediante gestiones diplomáticas y *pronunciarse* sobre cualesquiera violaciones, individual o colectivamente, no sólo es lícito, sino exigido por un deber de solidaridad. También lo es moverse en el amplio campo que las relaciones internacionales dejan a la discrecionalidad de los Estados para manifestar su desagrado con medidas inamistosas, de retorsión (como la llamada de embajadores a consultas o la suspensión de programas de cooperación) (v. par. 332). Pero, abstracción hecha de los mecanismos articulados por los regímenes de protección internacional pactados a escala universal o regional (v. tema 23), ¿cabe ir más allá al amparo de normas generales? La cuestión adquiere toda su importancia en situaciones de violación grave y masiva de derechos humanos fundamentales, pues en ellas parece odioso mantener el principio de *no intervención* (v. par. 51, 508) cuando aparentemente es un escudo para la ejecución de crímenes internacionales. Con la terminación de la *guerra fría* (1989-1990) han florecido políticas dirigidas a la afirmación de un derecho de *acceso y asistencia* a los grupos humanos amenazados, e incluso de un derecho de *injerencia humanitaria*, eventualmente *armada*. Determinar los titulares de estos derechos (la *comunidad internacional* en su celestial abstracción, las NU como expresión cabal de la misma, una *masa crítica* de Estados más o menos organizados, una coalición circunstancial con su rey de bastos...), así como los supuestos y condiciones de su ejercicio, son cuestiones, sin embargo, muy debatidas.

576. La asistencia humanitaria

El derecho de acceso y de asistencia a los grupos humanos amenazados en su vida, salud y necesidades básicas se presenta como el primer escalón en el pro-

ceso de evolución normativa. Este derecho no es particularmente problemático en los supuestos de desastres provocados por la naturaleza, el descontrol tecnológico o la incuria de la autoridad local, pues, aunque excepcionalmente no han faltado ocasiones en que un Estado ha rechazado la ayuda que otros le brindaban, lo normal y natural no es sólo que la consienta, sino que la reclame y agradezca. En este caso lo que prima es el *derecho* del Estado afectado a ser asistido a fin de satisfacer las necesidades y proveer a la protección de las personas a satisfacer frente al desastre, y el *deber* de lo demás a prestar ayuda, aunque es plausible considerar que *derecho* y *deber* tienen aún un carácter programático. En una situación así los puntos que han de afrontarse son, sobre todo, los de capacidad de respuesta pronta, adecuada y flexible, financiación y coordinación de la asistencia, sin olvidar los programas de prevención y de rehabilitación que requieren inversiones cuantiosas en países en desarrollo, que son especialmente vulnerables (v. AG, res.64/200).

El problema nace, justamente, cuando la calamidad para la población tiene su fuente en gobiernos hostiles a la prestación de auxilios a individuos y grupos a los que persigue, o en facciones armadas que controlan efectivamente un determinado territorio. Ya el Protocolo II (1977) a los Convenios de Ginebra (1949) había dispuesto acciones de asistencia de naturaleza exclusivamente humanitaria e imparcial, sobre bases no discriminatorias, con el consentimiento de la Parte concernida, para proteger a la población civil en situaciones de conflicto armado no internacional (art. 18.2). Con base en la redacción del precepto y su interpretación de buena fe se ha sugerido que la negativa de las autoridades locales a consentir esta asistencia debía ser, por lo menos, razonada...

En 1988 la Asamblea General se pronunció por el libre acceso a las víctimas de *catástrofes naturales* y de lo que, con sutileza, llamó *otras situaciones de urgencia* del mismo orden (res. 43-131). Dos años más tarde auspició la apertura de *corredores de urgencia* humanitarios (res. 45-100, de 1990). En 1991 aprobó unas *directrices* sobre los principios (humanidad, neutralidad, imparcialidad y no discriminación) que debían guiar la asistencia (res. 46/182, anejo). De esta manera la Asamblea reconoció el derecho de Estados, Organizaciones internacionales y ONG de ofrecer asistencia humanitaria, pero reclamó, no sólo el protagonismo del Estado afectado en toda la operación dentro de su territorio, sino su preceptivo consentimiento para llevarla a cabo.

Poco después, al terminar la llamada *guerra del Golfo* (v. par. 515), el Consejo de Seguridad tuvo la oportunidad de ocuparse de una de estas situaciones —que consideró excepcionalísima— cuando se topó con la población kurda del norte de Iraq, autorizando una *zona de protección* por encima del paralelo 36 (res. 688, de 1991), consentida *de facto* por el gobierno iraquí. La operación (*Provide Comfort*) montada por algunos países occidentales (entre ellos España) bajo el liderazgo de los Estados Unidos encontró luego una continuidad en otros lugares entrampados por conflictos civiles: Bosnia y Herzegovina, Somalia, Angola, Ruanda, Georgia, Haití, Mozambique, Burundi, Albania... Como regla general

el Consejo, antes de *instar* o *insistir* en que la autoridad local permita un acceso inmediato y libre a la asistencia humanitaria internacional, ha invocado rutinariamente el compromiso de todos los miembros con la soberanía del Estado en cuestión.

En 2003 (sesión de Brujas) el Instituto de Derecho Internacional (IDI) hizo una formulación general del derecho —y el deber— de asistencia humanitaria de la que cabe destacar los siguientes puntos: 1) el ofrecimiento de bienes y servicios indispensables para la supervivencia y la satisfacción de las necesidades básicas de las víctimas de catástrofes no puede considerarse como injerencia en asuntos internos; 2) el suministro de la asistencia en el territorio del Estado afectado ha de contar con su consentimiento, pero éste tiene el deber de no rechazar arbitrariamente la asistencia humanitaria ofrecida de buena fe; 3) los Estados afectados deben permitir al personal humanitario libre acceso a todas las víctimas y asegurar la libre circulación y protección de dicho personal, de los bienes y servicios prestados; y 4) la asistencia se llevará a cabo sin discriminación (teniendo en cuenta las necesidades de los grupos más vulnerables), en estrecha cooperación con la autoridad local, y sin inmiscuirse en asuntos internos.

Las reglas que ahora se proponen limitan la discrecionalidad de la negativa del gobierno local, al tiempo que condicionan el ejercicio del derecho de asistencia por terceros, pero ¿cómo zanjar el desacuerdo de los interesados sobre la arbitrariedad de la autoridad local, formal o real, o el carácter falaz y discriminatorio de la asistencia pretendida por los visitantes? La observación de que los Estados no son imparciales ni desinteresados conduce a promover, junto a los avances normativos, los institucionales y a preferir las ONG para canalizar las ayudas, mientras la filantropía prevalezca sobre el negocio, atribuyendo a los agentes intergubernamentales las tareas de coordinación. Pero ¿cómo garantizar el acceso seguro y sin trabas a las poblaciones vulnerables, liberando los bloqueos y protegiendo debidamente el *espacio humanitario*? Con otras palabras, ¿puede la asistencia, finalmente, *imponerse*?

En su resolución de Brujas (2003) el IDI recuerda que está prohibido servirse del hambre de la población civil como método de guerra y entiende que cuando la negativa del Estado afectado a aceptar la asistencia o facilitar el acceso a las víctimas puede entrañar una catástrofe humanitaria más grave, poniendo en peligro derechos fundamentales de las víctimas, los Estados y organizaciones oferentes pueden solicitar de Naciones Unidas y de otras Organizaciones Internacionales que se ocupan de problemas humanitarios que consideren la adopción de las medidas apropiadas, conforme al Derecho Internacional, a fin de que el Estado afectado asuma sus obligaciones. Los ataques intencionados contra el personal, instalaciones y bienes implicados en la asistencia humanitaria son una violación grave de principios fundamentales del Derecho Internacional. El IDI estima que la negativa a aceptar la asistencia y facilitar el acceso a las víctimas es susceptible de entrañar una amenaza a la paz y a la seguridad in-

ternacionales, en cuyo caso el Consejo de Seguridad puede tomar las medidas necesarias en virtud del Capítulo VII de la Carta.

En 2008 la Comisión de Derecho Internacional ha iniciado la discusión sobre un proyecto de artículos en relación con la protección de las personas en caso de desastres.

577. Medios lícitos de los Estados para poner fin a una violación masiva de derechos humanos

Las calamidades inducidas por el hombre suelen ir unidas a violaciones masivas de derechos humanos fundamentales que pueden calificarse como un incumplimiento flagrante de una norma imperativa de Derecho Internacional. De ser ese el caso los Estados deben cooperar para poner fin a dicha situación por *medios lícitos* (CDI, Proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 2001, arts. 40 y 41) (v. par. 318). En este sentido pueden, individual o colectivamente, cancelar o suspender ayudas y privilegios revocables y aplicar medidas de *retorsión* de cualquier especie (diplomáticas, comerciales, financieras, de comunicaciones, sociales, deportivas...) permitidas por el Derecho Internacional, inamistosas pero legales. ¿Y *contramedidas*? (v. par. 341). La doctrina colectiva (IDI, Santiago de Compostela, 1989) pareció inclinarse por la afirmativa, aun a riesgo de calificaciones sectarias, sometiendo su adopción a condiciones estrictas: 1) *Requerimiento previo* (salvo caso de extrema urgencia) al Estado infractor para que cese en su conducta criminal; 2) *Limitación* de la medida al Estado infractor; 3) *Proporcionalidad* de la medida a la gravedad de la infracción; y 4) *Consideración* de su incidencia sobre el nivel de vida de las poblaciones afectadas, los intereses de los particulares y de los Estados terceros. La Comisión de Derecho Internacional, sin embargo, no ha querido ir tan lejos y en su *Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* (2001) ha preferido (art. 54) no prejudicar este derecho.

578. La violación masiva de derechos humanos, amenaza a la paz internacional

Cualquier suceso o proceso que conduzca al genocidio, crímenes de lesa humanidad, desplazamientos masivos de población, torturas sistemáticas o grave erosión del Estado como unidad básica del sistema internacional, puede considerarse como una *amenaza a la paz* que debe ser manejada por el Consejo de Seguridad o, con su autorización, por Organizaciones regionales interesadas. Aunque hay una lista de conflictos civiles *ocultos* al Consejo (Chechenia, Tíbet, Sudán hasta 2004...), la práctica ofrece numerosos casos de conflictos de esta índole, con graves violaciones de derechos humanos, calificados, antes o después, por el Consejo de Seguridad como *amenazas a la paz*. En general, el

primero de los objetivos del Consejo ha sido evitar la internacionalización de estos conflictos y sus consecuencias más allá de las fronteras (por ej., creando un flujo incontrolado de grupos en pos de refugio), requiriendo embargos de armas y de asistencia militar a los contendientes y enfatizando que los pueblos debían determinar su destino pacíficamente, sin injerencias externas. A partir de ahí han podido seguir otras medidas no armadas (diplomáticas, económicas, de comunicaciones...), combinadas en su caso con *operaciones de paz* de amplio espectro, que ya hemos considerado, para detener el conflicto y, en particular, la violencia sobre la población civil, asegurar la asistencia humanitaria y ayudar a las partes en la negociación de una solución política (v. par. 518).

En tanto una violación sistemática y masiva de derechos humanos dentro de un Estado, y en particular la falta de asistencia humanitaria, puede calificarse como una *amenaza a la paz internacional*, entra dentro del ejercicio discrecional de las competencias del Consejo de Seguridad la adopción y autorización de medidas que impliquen como último recurso la fuerza armada (art. 42) cuando el gobierno en cuestión no quiera o, simplemente, no pueda acabar con los crímenes ni atender a las víctimas, en particular si las otras medidas (art. 41) han fallado o se consideran insuficientes o inadecuadas. La reserva de jurisdicción doméstica del artículo 2.7 de la Carta cede en las situaciones contempladas por el artículo 39. Tratándose, además, de un Estado fracasado, sería arbitrario fiar a los clanes, tribus, bandas o facciones en lucha el crédito de la soberanía, siendo perfectamente legítima la acción institucional para articular la libre expresión de un pueblo al que la soberanía ha retornado como una materia bruta. Ahora bien, ¿están hoy los miembros de las Naciones Unidas dispuestos a ejecutar costosas operaciones para imponer la paz en un territorio hostil, agitado por la violencia y el bandidismo de poderes fácticos, contra la voluntad de éstos y, en todo caso, sin el consentimiento del gobierno que representa a un Estado miembro de Naciones Unidas? Las historias de Somalia, de Ruanda, de Darfur en Sudán, de la RD del Congo, no alimentan el optimismo.

579. *Uso de la fuerza al margen de Naciones Unidas*

Durante el largo período de la *guerra fría* el Consejo de Seguridad no abrió en ningún caso la mano a una práctica legitimadora de intervenciones armadas unilaterales o grupales al margen de las previsiones de la Carta, con independencia de que la propia acción del Consejo estuviera bloqueada por el conflicto de intereses entre sus miembros permanentes. Cabe recordar la intervención armada de Vietnam en Camboya (1978-1979) para derribar el régimen genocida de los *jemes* rojos de Pol-Pot. El hecho de que Vietnam fuese una *ficha* de la Unión Soviética en la región pesó más, a la hora de reaccionar frente a los hechos, que la liberación del pueblo camboyano de un régimen opresivo. El *jemer* rojo mantuvo la representación de Camboya (entonces Kampuchea) en Naciones Unidas y la Asamblea General reclamó la retirada de las tropas vietnami-

tas. Otro tanto ocurrió cuando Kenia y Tanzania intervinieron en Uganda para derrocar al tirano Idi Amin (1979). Asimismo, las intervenciones armadas de la Unión Soviética en Afganistán (1979-1980) y de los Estados Unidos en Grenada (*Urgent Fury*, 1983) y en Panamá (*Just Cause*, 1989) se adornaron con motivos humanitarios —más reconfortantes que los intereses geopolíticos y estratégicos de cara a la opinión pública— que no les libraron de la condena de la Asamblea General.

Terminada la *guerra fría*, algunos Estados, invocando la satisfacción de objetivos genéricos de las resoluciones del Consejo de Seguridad, han ejecutado acciones armadas incompatibles con la Carta o, por lo menos, de dudosa legalidad. El bombardeo de Serbia por países miembros de la OTAN, bajo el liderazgo de los Estados Unidos, en 1999, es el ejemplo más señalado de esta clase de unilateralismo grupal no autorizado por el Consejo para servir, se dijo, una causa humanitaria en nombre de la *comunidad internacional*. A tal efecto, mil ciento cincuenta aviones despacharon veinticinco mil toneladas de explosivos en veinticinco mil doscientas operaciones de vuelo.

Los miembros de la Alianza pretendían proteger a la población albano-kosovar; pero es evidente que los bombardeos, junto con la evacuación de la provincia por los observadores de la misión de la OSCE, exasperaron la situación sobre el terreno e incentivaron los desplazamientos forzosos de la población. No sólo eso. La forma en que la OTAN y sus Estados miembros llevaron a cabo su campaña militar en Yugoslavia supuso —al margen de los “daños colaterales”, esto es, las víctimas civiles— actos deliberados de tortura psicológica para intimidar a la población, devastación de ciudades, pueblos y aldeas, destrucción de carreteras, puentes, vías férreas, centrales eléctricas y bienes en gran escala y en forma no justificada por la necesidad militar, bombardeos de mercados, viviendas o edificios indefensos, incluidos la sede de la TV serbia y la embajada de la RP China, ataques que previsiblemente habían de provocar —y provocaron— muertos y heridos en la población civil sin ventajas militares concretas y directas. Todo ello sin entrar en los daños medioambientales ocasionados por la destrucción de fábricas, refinerías, plantas (petro)químicas y de fertilizantes, y en los medios bélicos empleados, que incluían el recurso masivo a bombas de racimo o fragmentación (*cluster bombs*) y a *missiles* con revestimiento de uranio empobrecido.

¿Era de recibo defender los derechos fundamentales de la población albanesa en Kosovo violentando flagrantemente los derechos no menos fundamentales de la población serbia? La administración internacional civil del territorio (UNMIK) y la fuerza armada vertebrada por la OTAN (KFOR), instaladas en Kosovo tras el abandono del territorio por las autoridades y efectivos serbios y la bendición por el Consejo de los hechos consumados, no supieron convencer a las minorías no albanesas para que permanecieran en sus casas, no supieron proteger eficazmente a los que permanecieron, ni crear las condiciones necesarias para el retorno seguro de los que se fueron. En dirección contraria, grupos

terroristas, como el Ejército de Liberación de Kosovo (ELK), fueron elevados a la condición de insurgentes reconocidos y legitimados como partes en una negociación y embrión de las futuras instituciones locales.

Bajo este prisma la sedicente injerencia armada humanitaria, lejos de tener un efecto disuasorio de los conflictos civiles, puede ser uno de sus mejores estímulos; incentiva los crímenes contra la humanidad de las partes enfrentadas; arriesga la comisión de crímenes de guerra por los injerencistas; provoca daños humanos y medioambientales gravísimos; acaba transformando a las víctimas en verdugos con la asistencia técnica o la tolerancia de sus protectores foráneos y añade obstáculos a la satisfacción de los objetivos políticos con que se trató de justificar la acción armada. Lejos de construir una *autonomía sustancial* en un Kosovo multiétnico dentro de una Yugoslavia (una Serbia) unida, la intervención de Estados Unidos y otros miembros de la OTAN sirvió para sentar las bases de un Kosovo formalmente independiente, mono-étnico *de facto*, administrado temporalmente por la *comunidad internacional*, financiado y asistido por la Unión Europea, cuyos miembros más conspicuos, junto con Estados Unidos, se apresuraron a reconocer como Estado a la criatura que habían alimentado, tras el desalojo de las autoridades *opresoras*.

Cabe preguntarse si ser *realista* en Kosovo implica mutar la defensa de los derechos humanos que dio pie a una, por lo menos, discutible intervención armada en injerencia política al servicio de un movimiento separatista asentado progresivamente en una *realidad* administrada por los diferentes rostros de la *comunidad internacional*. Es chocante comparar la defensa de la *integridad* de Bosnia y Herzegovina frente al separatismo de la *República Srpska*, que es una de las entidades que la componen, con el desprecio de la *integridad* de Serbia frente al separatismo de los albaneses en Kosovo, cuya *integridad* se reclama a su vez frente a las minorías serbias del territorio. Un pésimo precedente que, seguramente, no acabará ahí.

580. La consolidación de la paz: El Estado fallido

Es hoy pacífica la opinión de que las violaciones masivas de derechos humanos que se producen como consecuencia de conflictos civiles reclaman, más allá de la respuesta humanitaria inmediata y el control de la violencia, medidas de recuperación del Estado —fallido— como unidad básica e indispensable del sistema internacional. Se habla así de una misión de *consolidación de la paz* para cimentar sobre bases sólidas el estado de derecho y la buena gobernación. Cuando estas misiones no se asumen, la experiencia demuestra que los conflictos civiles se reproducen, como los melanomas más agresivos, en menos de cinco años. Así viene ocurriendo en la mitad al menos de los casos. Haití, donde se han ido sucediendo las misiones de las Naciones Unidas en los últimos veinte años, es un buen ejemplo de ello. Para colmo, el terremoto (2009).

Dentro de un enfoque amplio e integrado de la *seguridad colectiva*, las violaciones masivas de derechos humanos se presentan en relación profunda con cuestiones, como la pobreza extrema y las enfermedades, las desigualdades sociales, étnicas y religiosas, los conflictos civiles, el terrorismo. Los once millones de niños menores de cinco años que mueren todos los años, los tres millones anuales de muertos por SIDA, los veinte mil muertos diarios de hambre, los mil millones de seres humanos dólar-día... son cifras de una “pobreza letal”. El objetivo es que, liberados de la miseria que imponen la pobreza extrema y las enfermedades infecciosas, y del temor por la destrucción de su existencia y medios de vida a causa de la violencia y de la guerra, puedan los seres humanos en todas las partes del mundo ejercer su derecho a ser gobernados con su consentimiento, al amparo de la ley.

Es irreprochable que, más allá del desarme, la desmovilización y la reinserción social de los combatientes, el establecimiento de instituciones representativas y la implantación de lo que entendemos como un estado de derecho, una administración y una policía honesta y eficaz, un poder judicial independiente, sean puntos fundamentales en las operaciones de *consolidación de la paz*, de relativamente larga duración, llevadas a cabo por la ONU a un costo nada despreciable. Para hacer frente a estas inquietudes y colmar lo que considera una laguna en el mecanismo institucional de las Naciones Unidas se ha creado una *Comisión de Consolidación de la Paz*, de carácter intergubernamental y plural composición, como órgano asesor y subsidiario tanto de la Asamblea General como del Consejo de Seguridad (AG, res. 60/1 y 60/180; C. de S., res. 1645 y 1646, de 2005). Mucho ruido, pocas nueces.

581. La responsabilidad (colectiva) de proteger

Nadie puede hoy justificar con la soberanía abstracta del Estado y el principio de *no intervención* la pasividad ante violaciones sistemáticas y masivas de derechos humanos fundamentales. El derecho de acceder y socorrer a las víctimas, no ya de catástrofes naturales (aunque el gobierno bien puede ser una de ellas), sino de lo que la resolución 43-131 de la Asamblea General llamó con habilidosa perífrasis «otras situaciones de urgencia», ha de ser respaldado sin reservas.

Para hacer frente a estas situaciones la *responsabilidad (colectiva) de proteger* a la población del Estado se presenta como norma *in statu nascendi*. Esta terminología, originada en una iniciativa de Canadá (2001), asumida por el Secretario General de la ONU (*Un concepto más amplio...*, 2005) y por la *Cumbre Mundial 2005* (res. 60/1), es más acertada que la referencia al *derecho de injerencia* o *intervención humanitaria*: primero, porque no está golpeada por la práctica histórica de la intervención de las grandes potencias en sus esferas de influencia so capa de *humanidad* (v. par. 52); segundo, porque el concepto se predica en principio del Estado respecto de su propia población, a él corresponde

garantizar los derechos de los ciudadanos; tercero, porque tratándose de otros Estados enfatiza un sentido de deber u obligación hacia la población afectada que encarece las iniciativas colectivas, institucionales.

Concretar esta *obligación (colectiva) de protección* no es, sin embargo, una tarea fácil. No está claro si esa obligación, indudable en el orden moral, ha entrado ya en el orden jurídico (v. *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, 2004) y, de ser así, cuales son los sujetos obligados, si los Estados *uti singuli* o la comunidad de ellos *uti universi* y, en este caso, en que entidad con personalidad jurídica —¿Naciones Unidas?— podría residenciarse la obligación. De ahí la constatación del Secretario General: “carecemos del consenso más elemental y, cuando se actúa, esta actuación es, muy a menudo, objeto de controversia” (*Un concepto más amplio...*, 2005).

En términos prácticos cabe sostener que la *obligación de proteger* trata de alimentar el proceso decisorio de los diferentes sujetos del sistema internacional en el marco de las normas en vigor, muy en particular la Carta de las Naciones Unidas y sus principios, que tienen la consideración de normas generales. Conviene tener en cuenta que los patrocinadores de la obligación no han presentado hasta ahora propuestas para incorporarla al texto de la Carta. Se trata de un problema de mentalidad, conciencia y voluntad, más que de desarrollo normativo.

Deben rechazarse, en todo caso, las propuestas que debilitan el alcance normativo de los principios de no intervención y prohibición del uso de la fuerza (v. par. 51, 489) alegando muy respetables objetivos si no van acompañadas de una afirmación cabal de multilateralismo representativo institucionalizado, pues podrían limitarse a dar cobertura retórica a las prácticas más miserables del pasado. En este sentido los planteamientos *principalistas* de los Estados Unidos y de algunos de sus socios, sedicentemente basados en la defensa de los derechos humanos, han carecido frecuentemente de credibilidad, teniendo en cuenta la catadura de sus acciones.

Desde este punto de vista, las disposiciones de la Carta sobre uso de la fuerza son satisfactorias; el Capítulo VII da plenos poderes al Consejo para hacer frente a las amenazas de toda índole y, en este sentido, “la tarea no consiste en encontrar alternativas al Consejo de Seguridad como fuente de autoridad, sino en lograr que funcione mejor” (Kofi Annan, *Un concepto más amplio...*, 2005).

En esta dirección la *Cumbre Mundial 2005*, tras afirmar la responsabilidad de cada Estado en proteger a su población, declara que “la comunidad internacional, por conducto de las Naciones Unidas, tiene también la obligación de usar medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos, incluso con arreglo a los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones civiles del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad”. Y añade: “En este contexto, reconocemos nuestra responsabilidad compartida de adoptar medidas colectivas, de manera oportuna y decisiva, por conducto del Consejo de Seguridad con arreglo al Capítulo VII de

la Carta, y en cooperación con las organizaciones regionales pertinentes, si los medios pacíficos no son adecuados y las autoridades nacionales carecen de la voluntad o la capacidad para proteger a su población” (res. 60/1).

Para poner en práctica las decisiones de la *Cumbre mundial 2005*, el Secretario General sometió a la Asamblea en 2009 un informe (*Hacer efectiva la responsabilidad de proteger*, A/63/677) que esboza una estrategia sobre tres pilares: la responsabilidad primaria del Estado soberano de proteger a la población, la asistencia internacional para reforzar su capacidad a tal efecto, y la respuesta colectiva “oportuna y decisiva” en el caso de que no lo haga. La Asamblea *tomó nota* del informe, tras debatir la cuestión (res. 63/308), que seguirá examinando.

Seamos más analíticos:

1) Ha de encarecerse el papel de la prevención. Es obvio que disponer de una mejor información y capacidad para analizarla permitiría la alerta temprana sobre conflictos en ciernes, ejercer una diplomacia de buenos oficios y mediación mediante representantes especiales (a condición de vencer la resistencia de gobiernos poco dispuestos en general a someter sus diferencias domésticas a un escrutinio internacional) e, incluso, despliegues preventivos de *observadores, cascos azules* y policía. Pero ha de ponderarse adecuadamente cuando un punto merece ser incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad. Ha de tenerse en cuenta que la *responsabilidad de proteger* se predica en supuestos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra y depuración étnica, desaconsejándose su extensión a otras calamidades a fin de no banalizar la respuesta. Así, por ejemplo, la ejecución del plan gubernamental de demolición de los poblados de chabolas alrededor de Harare, la capital de Zimbabwe, sin medidas complementarias para el realojo de sus misérrimos *propietarios*, ¿era un asunto para el Consejo, asumiendo su *responsabilidad primordial* en el *mantenimiento de la paz y seguridad internacionales* (la *responsabilidad de proteger*) o se trataba de aprovechar a los *chabolistas* para *ir a por Mugabe*, el Presidente demonizado y demonio, en el punto de mira del Reino Unido (y de los Estados Unidos)?

2) Según el Secretario General sería recomendable que el Consejo de Seguridad apruebe una resolución en que, tras reafirmar su derecho a utilizar la fuerza militar, *incluso de forma preventiva*, para preservar la paz y la seguridad internacionales, especialmente en casos de genocidio, depuración étnica y otros crímenes de lesa humanidad, exponga las directrices, especialmente las de gravedad de la amenaza, objetivo de la acción, proporcionalidad de la respuesta y posibilidad razonable de éxito, que han de gobernar su decisión. Se insta, además, a los miembros permanentes del Consejo a que se comprometan, individualmente o mediante un acuerdo político, a abstenerse de recurrir al veto en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos (pero la *Cumbre Mundial 2005* no fue capaz de incluir esta invitación en su documento final, res. 60/1).

3) Hay que disponer de mecanismos de control eficaces sobre operaciones autorizadas a organizaciones regionales, Estados y grupos de Estados.

4) Después de Kosovo ha habido propuestas para legalizar el recurso a la fuerza armada al margen de la autorización del Consejo en situaciones extremas de depuración étnica a gran escala o grandes pérdidas de vidas humanas, vinculadas con la incapacidad del Consejo de Seguridad para tomar las medidas efectivas que la *comunidad internacional* (es decir, sus proponentes) desea (v., por ej., Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía del Estado, CIISE, *Informe sobre la responsabilidad de proteger*, 2001; *UK Paper on International Action in Response to Humanitarian Crises*, 2001; Países Bajos, Comentarios al proyecto de arts. de la CDI sobre *la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, 2001). El mismo *Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio* (2004), influido por estas propuestas, admite que “en algunas situaciones urgentes” tal vez haya que recabar la autorización del Consejo “una vez comenzadas las operaciones”, lo que se refleja en el informe del Secretario General (*Un concepto más amplio...*, 2005) cuando se refiere al examen de una situación por el Consejo para “autorizar o ratificar el uso de la fuerza armada” (énfasis añadido). Estas propuestas no han contado con el aval de la Asamblea General ni del Consejo de Seguridad. El Estado *fallido* no debe servir, bajo ninguna circunstancia, para la intervención armada de un Estado o grupo de Estados, en organización regional, alianza o coalición de fortuna, fuera del marco de la Carta de las Naciones Unidas; esto es, la fuerza armada ha de ser autorizada por el Consejo de Seguridad o, en las circunstancias previstas por la resolución *Unión Pro Paz* (AG, res. 377-V), por la Asamblea General.

Conviene recordar que, a pesar de sus evidentes limitaciones, el principio de *no intervención* en los asuntos internos de un Estado se consagró trabajosamente por la acción de *los más débiles* sobre un fondo histórico de intervenciones de *los más fuertes*, que —como sabemos— buscaron su justificación en muy nobles objetivos. Las llamadas *intervenciones de humanidad* forman un renglón bien conocido del *Derecho Internacional de los Países Civilizados* sobre los que se asentó el colonialismo y el imperialismo y no se trata de volver sobre ellos reciclando la semántica y explotando nuevas tecnologías.

Los crímenes internacionales

CXXXIX. LA RESPONSABILIDAD PENAL INTERNACIONAL DEL INDIVIDUO

582. Los crímenes y su persecución

El individuo, y no ya sólo el Estado, puede incurrir en responsabilidad internacionalmente exigible cuando incumple obligaciones del Derecho Internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario dentro de comportamientos tipificados como crímenes de Derecho Internacional o crímenes internacionales.

Los crímenes internacionales más graves (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) responden a tipos que cabe entender consolidados en la actualidad. El punto puede ser debatido por lo que se refiere a la *agresión* (v. par. 592, 593), pero tratándose de los otros cabe afirmar que la Comisión de Derecho Internacional (CDI), al elaborar, tras medio siglo de esfuerzos, un proyecto de *Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad* (1996, arts. 16-18 y 20), y la Conferencia de Roma, al adoptar el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998, arts. 5-10) y, luego, al perfilar los *elementos del crimen*, realizaron un extraordinario trabajo de codificación y desarrollo normativo que ha acabado inspirando la acción legislativa en numerosos países cuyos tipos criminales se han adaptado a los del Estatuto, materialmente o por referencia. Después de instruir la acción legislativa, las normas internacionales permanecen como parámetros de interpretación de los tipos penales y facilitan la aplicación del principio de *equivalencia* entre los tipos incorporados por los diferentes ordenamientos estatales (v. en España, *Scilingo*, AN, s. 16/2005 y TS, s. 1 de octubre de 2007, en relación con el crimen de lesa humanidad, que se tipifica como tal sólo en el CP que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, art. 607 *bis*).

La respuesta sobre cómo hacer efectiva esa responsabilidad internacional se debate entre: 1) recurrir a los *órganos estatales*, aplicando en su caso el *principio de jurisdicción universal*; y 2) crear *órganos internacionales* para enjuiciar a los presuntos culpables. En la práctica, hasta fecha reciente eran los órganos estatales los que asumían en exclusiva esta tarea, que tiene su talón de Aquiles allí donde los presuntos criminales forman parte del aparato del Estado o encuentran en éste —y también en el medio social— una cobertura para sus actos. A eso hay que añadir las limitaciones *de iure* y *de facto* de la jurisdicción estatal basada en el principio de universalidad. De ahí que —sobre todo pensando en los *grandes criminales*— se haya venido sosteniendo de antiguo, antes incluso

de las experiencias históricas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio (donde los vencedores de la Segunda Guerra Mundial juzgaron a los vencidos), la creación de un Tribunal Penal Internacional que vendría a complementar las funciones encomendadas de ordinario a los órganos estatales. Por su carácter permanente, general y universal este Tribunal no merecería las críticas recibidas por tribunales *ad hoc* establecidos a remolque de los acontecimientos para actuar selectivamente, es decir, con criterios discriminatorios inducidos por el poder político. Ha habido que esperar hasta los últimos años del siglo XX para ver adoptado el texto que ha dado lugar a su nacimiento al comenzar el siglo XXI, con limitaciones y un futuro con puntos suspensivos.

XXI. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

583. *Los tribunales 'ad hoc', subsidiarios del Consejo de Seguridad*

Una vez ajusticiados los criminales de guerra de los países vencidos, Naciones Unidas dio carpetazo a cualquier proyecto de creación de un tribunal internacional. Así, en 1947 la Asamblea General (res. 177 II) rechazó la aprobación del tribunal propuesto como apéndice al proyecto de Convención sobre el Genocidio y encargó a la CDI que se limitase a preparar la formulación de los llamados *principios de Nuremberg* y un proyecto de Código sobre delitos contra la paz y la seguridad internacionales. Los *principios* se formularon en 1950 y hubo un proyecto de Código en 1954, que consumió decenios de maduración política. Sin embargo, a comienzos de la última década del siglo XX, sendos conflictos étnicos, primero en Yugoslavia y luego en Ruanda, condujeron a quienes habían obstaculizado sistemáticamente la creación de un tribunal internacional, a crear dos de lo mismo para, como antaño, hacerse cargo de crímenes localizados en un espacio y en un tiempo determinados. Fue así que el Consejo de Seguridad, actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, estableció (res. 808 y 827, de 1993) un tribunal penal internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia (TPIY) y otro (TPIR) para el enjuiciamiento de los responsables de los crímenes en Ruanda (res. 955, de 1994).

La creación de estos tribunales mediante una resolución del Consejo fue justificada por la necesidad de *poner fin* a una situación que *amenazaba la paz y seguridad internacionales*. Se consideró que la creación de un órgano judicial para satisfacer los objetivos contemplados por el Capítulo VII de la Carta *cabía* dentro de las medidas no armadas a las que se refería el artículo 41, siendo puramente ejemplificativas las que allí se mencionaban *eo nomine* (v. TPIY, *Tadic*, apelación, 1995) (v par. 512). La decisión del Consejo, pese a constituir una medida necesaria para intentar, al menos, el castigo de los culpables de crímenes particularmente odiosos, no dejó de percibirse como una actuación política para

paliar errores y omisiones en el manejo de estos conflictos y responder a la presión de la opinión pública.

La competencia de estos tribunales se encuentra limitada tanto por razón de la materia, como por razón de la persona, tiempo y lugar: *Ratione materiae* pueden conocer sólo de las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario enumeradas en sus respectivos estatutos, que son las consideradas como tales por el Derecho Internacional general. *Ratione personae* los estatutos destacan la responsabilidad individual de los autores con independencia de su cargo político o militar y del hecho de que su actuación responda al cumplimiento de una orden gubernamental o de un superior jerárquico. *Ratione loci* la competencia se concreta en los actos realizados en el territorio Yugoslavia y de Ruanda, pero la del TPIR abarca los actos de planificación y preparación del genocidio realizados fuera de Ruanda, así como las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en los campos de refugiados situados en los Estados vecinos. *Ratione temporis* la competencia del TPIY comprende los actos cometidos del 1 de enero de 1991 en adelante; la del TPIR los cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994. La actuación de estos tribunales puede ser concurrente con la de los nacionales, pero se les concede primacía sobre estos y el carácter de cosa juzgada de sus sentencias.

Todos los Estados miembros de Naciones Unidas están obligados a cooperar con ellos en términos que trascienden la normal cooperación y asistencia judicial, abarcando ámbitos que van de lo policial a lo penitenciario, para hacer posible y eficaz su labor. Esta obligación, creada mediante una resolución del Consejo de Seguridad, ha debido incorporarse para su cumplimiento a los ordenamientos estatales y ha exigido, dado su alcance, la adopción de medidas legislativas o reglamentarias. En España la LO 15/1994 vino a cumplir estas exigencias en relación con la resolución 827 (Yugoslavia), cuyo texto, además, fue publicado en el BOE. Respecto del Tribunal para Ruanda, en cambio, sólo se ha procedido a la publicación oficial de la resolución 955.

A fin de acelerar las tareas de estos tribunales el Consejo de Seguridad fue ampliando el número de sus magistrados, creó además los magistrados *ad litem* asignados a casos concretos en las salas de primera instancia (2000) y desdobló la Fiscalía común para establecer un Fiscal para el TPIR (2003). En ese momento el Consejo (res. 1503) requirió de ambos tribunales la adopción de medidas para ir cerrando sus actuaciones. En 2004 (res. 1534) el Consejo aspiraba a que así fuera en 2010, lo que suponía la transferencia a los tribunales estatales de los crímenes imputados a acusados de rango intermedio o subalterno. No obstante, el hecho de que algunos entre los más altos responsables permanezcan huidos y se dudase de la imparcialidad, ecuanimidad e independencia de algunas jurisdicciones estatales generaba ciertas aprensiones sobre el calendario, impuesto por el cansancio de los contribuyentes y la devaluación política de las actuaciones judiciales. Los tiempos se han ralentizado y actualmente el Consejo aspira a que ambos tribunales puedan *cerrar* el 31 de diciembre de 2012 (res. 1931 y 1932, de 2010).

584. Los tribunales 'ad hoc' creados por acuerdo entre Naciones Unidas y un Estado miembro

La creación de tribunales *ad hoc* como órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad no es la única opción imaginable como alternativa a un tribunal penal internacional permanente. Estados que tratan de organizarse con un nuevo tejido institucional bajo el imperio de la ley han solicitado y concluido con Naciones Unidas acuerdos para la creación y financiación de tribunales *ad hoc* de naturaleza *mixta* (Sierra Leona, Líbano), o de salas *ad hoc* dentro de la estructura judicial local (Camboya). Estas iniciativas son, en principio, estimables, aunque puede advertirse en el caso del Líbano (con sede fuera del país) un acusado toque intervencionista unido a las dudas sobre su constitucionalidad y, en el de Camboya, donde los crímenes se remontan a más de treinta años atrás, una notable hipocresía. Por otro lado, una vez creada y operativa la Corte Penal Internacional (v. par. 585), estas iniciativas sólo parecen justificadas cuando se trata de abarcar casos que escapan material, temporal, espacial o subjetivamente a su competencia; de no ser así, cabe sospechar que su creación puede alimentarse del afán, soterrado o no, de ningunear a la Corte.

Se trata, ahora, de tribunales *ad hoc* de *segunda generación*, como los denomina el Secretario General de Naciones Unidas. Son internacionales en la medida en que su fundamento legal reposa sobre un tratado. También se diferencian del TPIY y del TPIR porque la composición de sus órganos es en parte nacional y en parte internacional, y la financiación de su presupuesto no responde a cuotas prorrateadas entre los miembros de la Organización, sino que su parte *internacional* ha de cubrirse con contribuciones voluntarias y, en momento críticos, con aportaciones puntuales de la ONU, lo que no deja de plantear dificultades.

El Tribunal de Sierra Leona fue creado para juzgar a las personas sobre las que recae la *mayor responsabilidad* por las violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en este país desde el 30 de noviembre de 1996 (fecha de la firma del Acuerdo de Paz de Abidjan); las salas especiales en Camboya para enjuiciar a los más altos dirigentes aún vivos de la Kampuchea Democrática, responsables de crímenes cometidos entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, que acabaron con cerca de dos millones de personas, un tercio de la población; el tribunal especial para el Líbano a fin de juzgar a los responsables del atentado que en febrero de 2005 costó la vida al ex jefe de gobierno, Rafiq Hariri, y a otras veintidós personas, así como de otros atentados similares entre octubre de 2004 y diciembre de 2005 (o cualquier otra fecha posterior que decidan las partes) si el tribunal determina que guardan relación entre sí. En este caso la falta del respaldo necesario en el Consejo para calificar los hechos como crímenes de lesa humanidad hace que el Derecho aplicable sea el libanés.

Los tribunales de Sierra Leona y Líbano cuentan con Salas de Primera Instancia (compuesta cada una por tres magistrados), Salas de Apelaciones (de cin-

co magistrados), Oficina del Fiscal y Secretaría. El Tribunal del Líbano cuenta, además, con juez de instrucción y Oficina de Defensa. El Secretario General de Naciones Unidas designa a dos de los miembros de las Salas de Primera Instancia, a tres de los miembros de la Sala de Apelaciones, al Fiscal, al Secretario (al juez de Instrucción y al jefe de la Oficina de Defensa). Los terceros Estados no están obligados a cooperar con ellos a menos que el Consejo de Seguridad lo ordene, invocando el Capítulo VII de la Carta. En esto están en desventaja con el TPIY y el TPIR. La ejecución de penas puede llevarse a cabo en terceros países dispuestos a recibir condenados mediando los oportunos acuerdos.

En la medida en que la jurisdicción de estos tribunales, aunque preferente, es concurrente con la de los tribunales internos, la dualidad de procedimientos, penas e instancias de ejecución favorece, en general, a los criminales *pata negra*, pues (como el TPIY y el TPIR) ofrecen de hecho mayores garantías de defensa, disfrutan de mejores instalaciones, excluyen la pena de muerte y controlan más adecuadamente el cumplimiento de las penas. De ahí el riesgo de que una búsqueda de ejemplaridad acabe en la percepción pública de un privilegio.

En Camboya se han creado salas especiales integradas en su estructura judicial. Se trata, pues, de un tribunal estatal con algunos componentes internacionales. Si los tribunales para Sierra Leona y Líbano han sido aprobados por el Consejo de Seguridad, las Salas de Camboya lo han sido por la Asamblea General. La Secretaría General, que temía que el “precario sistema judicial” camboyano acabaría arrastrando al descrédito a las salas especiales, se resistió a entender que Camboya quería ser *asistida* en la administración soberana de justicia, no *sustituida*. En el sistema convenido los magistrados camboyanos son mayoría frente a los internacionales, pero las decisiones han de ser adoptadas por mayorías reforzadas. Asimismo, Fiscal y Juez de Instrucción están duplicados, uno nacional y otro internacional, lo que obliga a formar una Sala de Cuestiones Preliminares para zanjar sus diferencias. Todos los nombramientos son hechos por el Poder Judicial de Camboya con un derecho de presentación de candidatos del Secretario General.

Un componente internacional en la administración de justicia ha habido en territorios bajo administración de Naciones Unidas, como Timor Leste y Kosovo (aunque los crímenes cometidos en la provincia serbia caen bajo la jurisdicción preferente del TPIY).

CXLI. EN PARTICULAR, LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

585. Creación, composición, organización

En 1992 la Asamblea General (res. 47/33) pidió a la CDI que diese absoluta prioridad a la elaboración del proyecto de estatuto de una jurisdicción penal internacional general. Concluido en 1994, el proyecto de la Comisión sirvió de

base a los trabajos del Comité creado por la Asamblea (res. 50/46, de 1995) para preparar el establecimiento de la Corte. Partiendo de un texto refundido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional se adoptó en una Conferencia intergubernamental, celebrada en Roma, el 17 de julio de 1998, con ciento veinte votos a favor, siete en contra (Estados Unidos, Israel, China, Iraq, Libia, Qatar y Yemen) y veintiuna abstenciones. Su entrada en vigor, condicionada al consentimiento de sesenta Estados, se produjo el 1 de julio de 2002 y en la primavera de 2003 quedó constituida la Corte.

Tal y como establece el Estatuto de Roma (art. 2) la Corte es una institución permanente, con personalidad jurídica internacional, vinculada a Naciones Unidas por un acuerdo (en vigor desde el 4 de octubre de 2004).

La Corte está actualmente compuesta por dieciocho magistrados. Las condiciones de elegibilidad son las habituales: nacionales de los Estados partes de reconocida competencia profesional e integridad moral amén, se añade, de buenos conocedores de una de las lenguas de trabajo de la Corte (inglés y francés). Los Estados partes tendrán en cuenta la necesidad de que en la Corte haya una representación de los principales sistemas jurídicos del mundo, una distribución geográfica equitativa, y —he aquí la novedad— una representación *equilibrada* de magistrados hombres y mujeres. Las propuestas de los Estados partes pueden concretarse en nacionales de otro Estado parte, pero no podrá haber dos magistrados de la misma nacionalidad. El mandato es de nueve años, sin reelección, produciéndose la renovación por terceras partes cada tres años (art. 36).

En su organización interna la Corte está integrada por cuatro órganos: Presidencia, Secciones y Salas compuestas por magistrados, Fiscalía y Secretaría. Todas las personas que los integran gozan de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de sus funciones (art. 48). La sede de la Corte se encuentra en La Haya, aunque puede celebrar sesiones en otro lugar cuando lo considere conveniente (art. 3)

586. Competencia

Ratione materiae la competencia de la Corte se concentra en los crímenes internacionales más graves (*core crimes*), a saber, la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, en particular cuando formen parte de un plan o política o se cometan en gran escala (arts. 5-8), si bien la inclusión del crimen de agresión es, por ahora, puramente nominal (arts. 8 *bis*, 15 *bis* y 15 *ter*) (v. par. 592) y respecto de los crímenes de guerra puede verse limitada, pues el artículo 124 (una cláusula *opting out*) (v. par. 192) permite a los Estados, al devenir contratantes, efectuar una declaración (como hicieron Colombia y Francia) excluyendo la jurisdicción de la Corte por un periodo de siete años respecto de los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus nacionales. Esta cláusula ha sido mantenida por la Conferencia de revisión

(Kampala, 2010) para los nuevos contratantes (como una de esas primas que se ofrecen a quienes cambian de banco su fondo de pensiones) y sólo será revisada en 2015.

Ratione temporis la competencia de la Corte queda constreñida a los crímenes cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto (art. 11), algo que se ve reforzado cuando *ratione personae* se afirma que nadie (en todo caso una persona mayor de dieciocho años al cometer el crimen) será penalmente responsable por conductas anteriores a esta fecha (arts. 24 y 26)

La actuación de la Corte, salvo que sea el Consejo de Seguridad —actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta— quien formule la denuncia y ordene una investigación (art. 13 *b* en relación con el 12.2) (v. par. 588), se hace depender del consentimiento del Estado donde se ha cometido el crimen o, *alternativamente*, del de la nacionalidad de los imputados (artículos 12-15), consentimiento que se deduce de la condición de parte en el Estatuto o puede darse por los Estados no partes respecto de un caso concreto. El Estatuto no ha llegado a afirmar la jurisdicción universal de la Corte, pero tampoco ha accedido a limitarla a los crímenes cuyos elementos territoriales y personales activos se *acumulen* en Estados partes, como pretendían Estados Unidos y otros países a fin de *resguardar* de la competencia de la Corte, quedando al margen del Estatuto, a sus nacionales.

587. Mecanismos de activación

Tres son las vías —o *mecanismos de activación*— de la jurisdicción de la Corte: 1) la remisión de una situación al Fiscal por el Consejo de Seguridad, actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta; 2) la remisión al Fiscal por un Estado parte de una situación en que parezcan haberse cometido crímenes estatutarios, a fin de que el Fiscal la investigue; y 3) la actuación de oficio del Fiscal autorizado al efecto por la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 13-15).

Hasta ahora la Corte ha abierto actuaciones en un caso por remisión del Consejo de Seguridad (en relación con la situación de Darfur), en tres por iniciativa de Estados partes (RD del Congo, Uganda y República Centroafricana) y en uno por iniciativa del Fiscal con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares (la situación en Kenia). Sólo una de las causas se encuentra en primera instancia (*T. Lubanga*, de RD del Congo). Todas las demás en que los imputados están a disposición de la Corte se encuentran en fase preliminar (*K. Katanga et al.* de la RD del Congo; *J.P. Bemba*, de la República Centroafricana; *Banda y Jerbo*, del Sudán). En una de las causas (*Idris Abu Garda*, del Sudán) la Sala de Cuestiones Preliminares ha rehusado confirmar los cargos por crímenes de guerra por considerar insuficiente la prueba presentada. Los imputados en las demás causas están técnicamente *huídos*, al no haber sido cumplimentadas las órdenes de arresto (se trata de *Joseph Kony* y otros dirigentes del *Ejército de Resistencia del Señor*, que en Uganda tratan de establecer una teocracia basada en los diez mandamientos que ellos no cumplen, con decenas de miles de muertos y

millones de personas desplazadas; del congoleño *B. Ntaganda*; y del Presidente del Sudán, *Omar Al Bashir*, acusado de crímenes de guerra y contra la humanidad (2009) y de genocidio (2010), así como de su ministro *Ahmad Ahrun* y de uno de los jefes de sus milicias *Janjawid*, *Alí Kishaib*. La situación en Kenia está en fase de investigación.

588. Relación con el Consejo de Seguridad

Como acabamos de mencionar, el Consejo de Seguridad está facultado por el Estatuto para, actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta (acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), remitir al Fiscal una situación para que investigue la posible comisión de crímenes internacionales (art. 13 *b*). Se ha interpretado que en este supuesto es irrelevante que los Estados implicados sean o no partes en el Estatuto, por lo que teóricamente se cerrarían las rendijas a la creación de tribunales *ad hoc* en el futuro. El Fiscal, una vez notificado vía Secretario General de Naciones Unidas de la resolución del Consejo, cuenta con la capacidad discrecional, bajo la supervisión en su caso de la Sala de Cuestiones Preliminares, para iniciar o no una investigación, atendiendo a la información recibida, la admisibilidad de la causa de conformidad con el artículo 17 del Estatuto y el interés de la justicia (art. 53).

Pero el Estatuto concede al Consejo una segunda facultad que, según expresó la India, es “simiente de su destrucción” por la dependencia que impone a la Corte respecto de las decisiones políticas de aquél. El artículo 16 del Estatuto faculta, en efecto, al Consejo para, mediante resolución aprobada con arreglo al Capítulo VII de la Carta, *pedir* (esto es, *ordenar*) a la Corte que suspenda por un plazo máximo de doce meses, renovable, una investigación o enjuiciamiento ya iniciados. Esta facultad ya ha sido utilizada, como veremos (v. par. 590), de manera abusiva. La suspensión de actuaciones judiciales puede plantear problemas en relación con el respeto de los derechos de los imputados (privación de libertad, dilación en la administración de justicia), la protección de testigos y víctimas, la obtención de pruebas, que habrán de encontrar respuesta.

589. Relación con las jurisdicciones estatales

La *competencia* de la Corte es *complementaria* de las jurisdicciones nacionales (Estatuto, preámbulo, párrafo 10^º, art. 1) en un doble sentido: 1) los tribunales estatales han de proveer a la persecución de los crímenes que la Corte no asume en su Estatuto o no admite a trámite por no considerarlos de la *suficiente gravedad*; 2) dentro del espacio compartido la Corte, a diferencia del TPIY y del TPIR, no goza de prioridad, sino que es más bien subsidiaria de los tribunales estatales, en la medida en que el ejercicio de su jurisdicción está condicionado a la falta de actuación efectiva de aquéllos. No en vano tres de los cuatro motivos que provocan una decisión de inadmisibilidad (Estatuto, art. 17) versan sobre

actuaciones de los tribunales nacionales que mediante la investigación, el enjuiciamiento o el sobreseimiento pueden impedir la actuación de la Corte. La Conferencia de revisión (Kampala, 2010, res. 1) ha recalcado la responsabilidad *primaria* de las jurisdicciones estatales y la necesidad de intensificar la asistencia internacional y la ayuda mutua a fin de fortalecerlas.

La competencia de la Corte está, pues, destinada a paliar las debilidades y carencias de las jurisdicciones nacionales que mantienen intactas sus posibilidades de actuación respecto de todos los crímenes de competencia de la Corte. Se trata, eso sí, de una *subsidiariedad crítica* o —en los términos de la declaración de Kampala (res.1)— una *complementariedad positiva*, pues la Corte puede asumir un asunto si considera que no hay a nivel estatal disposición o capacidad para actuar, o que el juicio realizado ha obedecido al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, no ha sido instruido de forma independiente o imparcial o lo ha sido de manera incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3).

Además, el Estatuto prevé la inhibición del Fiscal en favor de los Estados si se tiene conocimiento de que alguno está llevando o ha llevado a cabo una investigación sobre el asunto sometido a la Corte, a menos que la Sala de Cuestiones Preliminares decida a petición del Fiscal autorizar la investigación (art. 18). Téngase en cuenta que los Estados partes y aquellos que ejercerían normalmente su jurisdicción pueden solicitar al Fiscal que se inhiba si, dentro del mes siguiente a la notificación por éste de su decisión de iniciar una investigación, comunican que están llevando o han llevado a cabo una investigación respecto de los actos a los que se refiere la notificación.

590. La hostilidad activa de los Estados Unidos

En 1996 D.J. Scheffer, embajador de la Administración Clinton sobre *War Crimes Issues*, sostenía la necesidad de crear una Corte permanente con jurisdicción sobre los más graves crímenes internacionales. El problema es que ya entonces dicha Corte se percibía por Estados Unidos como un instrumento del Consejo de Seguridad y, en último término, como una herramienta de su política exterior. Cuando una concepción tan politizada de la represión del crimen se desplomó en la Conferencia de Roma, Estados Unidos trató de acorazarse para que la Corte no pudiera actuar en contra de sus intereses.

De ahí que intentara la inclusión en el Estatuto de una moratoria decenal renovable sobre el crimen de genocidio, una exclusión de los crímenes cometidos por personas respecto de las cuales el Estado de su nacionalidad declarara que habían sido ejecutados “en el ejercicio de funciones oficiales”, la exigencia de que la aceptación del país de la nacionalidad del acusado fuera *conditio sine qua non* del ejercicio de jurisdicción, la autorización por el Consejo de Seguridad de investigaciones y procesamientos, la posibilidad de formular reservas al Estatuto... Aunque la actitud de Estados Unidos (y de otros países) aconsejó moderar el

texto a fin de atraer su voluntad, hubo que plantarse llegados a un cierto punto. Fracasadas sus pretensiones, Estados Unidos votó en contra. A partir de ahí lo más primoroso del pensamiento neoconservador urdió la patraña de la *ilegitimidad* de la Corte, de su falta de *accountability*, rehén de las ONG, interpretando maliciosamente el texto y dando por supuesto en jueces y fiscales una inclinación prevaricadora contra los Estados Unidos.

El 31 de diciembre de 2000 Estados Unidos, como Irán e Israel, firmó *in extremis* el Estatuto. Fueron los *signatarios del último día*. Así podían participar en los trabajos preparatorios de su desarrollo con el propósito de limitarlo. Pero con Georges W. Bush en la Presidencia la diplomacia retardataria dio paso a la confrontación. Tras desembarazarse de las obligaciones de todo signatario (art. 18 de la CV sobre Derecho de los Tratados) (v. par. 163), comunicando al depositario, el Secretario General de las Naciones Unidas, su intención de no ratificar el Estatuto (6 de mayo de 2002), la Administración norteamericana articuló en torno a tres ejes su política de *aislar*, de dejar en *la oscuridad* a la Corte: 1) la presión sobre el Consejo de Seguridad a fin de obtener resoluciones que garanticen que la Corte se abstendrá de actuar sobre sus nacionales; 2) la conclusión de tratados bilaterales de no extradición o entrega a la Corte; y 3) el establecimiento de una legislación interna que sancione a los desafectos y permita proteger eficazmente al personal civil y militar de los Estados Unidos en el extranjero. Veamos en que se ha concretado.

1) El 12 de julio de 2002, tras vetar la renovación de la Misión de las Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina (UNMIBH) y advertir del eventual bloqueo del pago de su cuota en el presupuesto de operaciones de mantenimiento de la paz (v. par. 518), Estados Unidos consiguió que el Consejo, invocando el artículo 16 del Estatuto, requiriera de la Corte en los términos más genéricos abstenerse de cualquier actuación “en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañen la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes” durante un período de doce meses a partir del 1º de julio de 2002 (res. 1422). A continuación, el mandato de la UNMIBH fue renovado (res. 1423).

Este requerimiento, hecho cuando la Corte ni siquiera se había constituido, fue reiterado al año siguiente en los mismos términos (res. 1487, de 2003), y no lo fue en 2004 porque cuando Estados Unidos circuló el correspondiente proyecto la divulgación de las violaciones del *Derecho de Ginebra* y de derechos humanos fundamentales por sus fuerzas en Iraq y en otros países le impidió contar con la mayoría necesaria (v. par. 565, 566).

Salta a la vista que estas resoluciones suponían una clara desviación de poder, al dictarse al amparo del Capítulo VII de la Carta pese a la inexistencia de una situación que amenazase la paz y la seguridad internacionales, y un aprovechamiento torticero de la facultad reconocida por el artículo 16 del Estatuto, limitada a la suspensión de investigaciones o enjuiciamientos *ya iniciados*

por la Corte que pudieran entorpecer o causar perjuicio a su actuación. Cabe sugerir que, en tales circunstancias, estas resoluciones trasladaban a la Corte un mensaje político, pero carecían de efectos jurídicos; para colmo, eran innecesarias, habida cuenta de la preferencia de los órganos estatales para investigar y perseguir los crímenes (art. 17 del Estatuto), a menos que el propósito de la Administración norteamericana fuera la impunidad de sus muchachos. Particularmente desairada ha de considerarse la posición en el Consejo de sus miembros europeos, partes en el Estatuto de Roma que, además, debían haber observado la *Posición Común* adoptada por la UE en el marco de la PESC (2001/443 y 2002/474).

Esta política del Consejo, inducida por Estados Unidos, se extendió después a las autorizaciones *uti singuli* del despliegue de fuerzas multinacionales (así, res.1497, de 2003, relativa a la misión en Liberia) con consecuencias aún peores, pues no contento el Consejo con excluir a la Corte, *decidió* en relación con los actos de dichas fuerzas que “los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea parte del Estatuto de la Corte *quedarán sujetos a la jurisdicción exclusiva de ese Estado aportante*” de no mediar renuncia expresa, despachando así con la mayor desenvoltura la jurisdicción del Estado territorial o de la nacionalidad de las víctimas. Una cláusula similar se encuentra incluso en la resolución 1593 (2005) por la que el Consejo remitió al Fiscal de la Corte la situación de Darfur, al tiempo que establecía la Misión de las Naciones Unidas para el Sudán (UNMIS, res. 1590) y eso es lo que desea Estados Unidos resaltar, que sus nacionales en Sudán están al abrigo de la Corte y de cualquier tribunal extranjero, para justificar haber *permitido* con su abstención (que también fue la de China, Brasil y Argelia) la remisión a la Corte de un asunto que su mismo Presidente había calificado de genocidio. Flaco servicio, pues, a la autoridad de la Corte y a la legitimidad de las operaciones de mantenimiento de la paz, sometidas a reglas jurisdiccionales discriminatorias. Así las cosas, cabe sugerir que la Corte no estaría *obligada* por tales resoluciones.

Pero la resolución 1593 (2005) del Consejo aún fue más mortificante. El Consejo invoca “el Capítulo VII de la Carta” como fundamento de su decisión, pero no menciona el artículo 13 *b* del Estatuto, que es la disposición que habilita su iniciativa, a menos que se entienda que el Consejo no pretende servirse de este mecanismo de activación de la jurisdicción de la Corte, sino sólo facilitar información al Fiscal para que, si lo estima oportuno, inicie una investigación de oficio. Esta omisión es más llamativa porque el preámbulo de la resolución sí recuerda expresamente los artículos 16 y 98.2, de infausta cita. Para mayor *inri*, si bien la parte dispositiva de la resolución obliga a Sudán y a las partes implicadas en el conflicto a cooperar con la Corte, a los demás sólo los *exhorta* a hacerlo, después de reconocer que “los Estados que no son partes en el Estatuto de Roma no tienen obligación alguna” al respecto; la puntilla la da la imputación de los gastos de la actuación de la Corte a las Partes en el Estatuto de Roma y

a contribuciones voluntarias, apropiándose el Consejo de una competencia que, en su caso, corresponde a la Asamblea General (art. 115 *b* del Estatuto; Acuerdo con NU, art. 13).

2) La política norteamericana contra la Corte se basa también en la conclusión de tratados bilaterales por los que las partes se comprometen a no atender las solicitudes de detención y entrega de sus nacionales, forzando la interpretación del artículo 98.2 del Estatuto, según el cual la Corte no puede exigir la entrega de una persona si con ello el Estado requerido se ve forzado a actuar de forma incompatible con las obligaciones que le impone un acuerdo internacional. Teniendo en cuenta que la *obligación general de cooperar* con la Corte (arts. 86 ss. del Estatuto; en España, LO 18/2003) es el punto de partida, cabe sugerir que el artículo 98.2 respondía a la necesaria toma en consideración de obligaciones convencionales anteriores al Estatuto y no pretendía ser una fuente habilitadora de acuerdos posteriores cuyo objeto era torpedear un principio esencial para la mejor satisfacción de su objeto y fin.

Las críticas deben dirigirse en todo caso a los Estados que eran signatarios e, incluso, partes en el Estatuto, obligados a abstenerse de actuar de manera que pudieran frustrarlo. En una circunstancia así la Corte podría constatar el incumplimiento de la obligación de cooperación, remitiendo la cuestión a la Asamblea de Estados partes (art. 87.7), un gesto probablemente testimonial cuando ronda el centenar el número de acuerdos negociados por Estados Unidos, casi la mitad con Estados que han ratificado el Estatuto. En el ámbito de la OTAN bastaba la red de acuerdos ya existentes, multilaterales y bilaterales, para facilitar a Estados Unidos lo que pedía. De ahí que la actitud de algunos miembros de la Unión Europea, contemporizadora con la política de celebración de estos acuerdos (*Principios rectores de la UE en relación con...*, 30 de septiembre de 2002), tenía para Estados Unidos el valor de exhibir frente al resto del mundo que incluso los adalides de la Corte entraban en su juego.

3) Por último, la *American Servicemembers Protection Act* (ASPA), que entró en vigor el 2 de agosto de 2002, prohíbe la cooperación económica y administrativa (jueces, fiscales y funcionarios) de los Estados Unidos con la Corte mientras no ratifique su Estatuto, suspende la asistencia económica (salvo la humanitaria) y militar a Estados partes en el Estatuto a menos que celebren con Estados Unidos uno de los acuerdos de exclusión de cooperación con la Corte a los que hemos hecho referencia, y prevé, incluso, la posibilidad de intervenir militarmente para *rescatar* a sus nacionales procesados por la Corte; de ahí que se la haya llamado con cierta sorna *ley para la invasión de La Haya*.

591. El futuro de la Corte ¿ya es pasado?

La creación de la Corte ha supuesto un gran avance formal. Su mera existencia puede ejercer un papel disuasorio del crimen en algunas regiones. Su actuación mitigará los efectos discriminatorios que las jurisdicciones nacionales

pueden provocar y contribuirá a la estabilidad de las relaciones internacionales evitando las perturbaciones que ocasiona el enjuiciamiento por tribunales nacionales, especialmente cuando el fundamento de su jurisdicción es el principio de persecución universal. No obstante, ha de subrayarse, una vez más, el papel *complementario* de la Corte respecto de las jurisdicciones estatales *más naturales*, especialmente la del juez del lugar de comisión del crimen o de la nacionalidad de los responsables y/o de las víctimas. La Corte debería reservarse para las manifestaciones más graves de los crímenes. Su eficacia dependerá muy especialmente, de la colaboración que le presten los Estados Partes, supuesta una participación realmente universal. Y es ahí donde se advierte una situación crítica o, por lo menos, delicada.

Aunque el Estatuto cuenta actualmente con ciento trece Estados partes dista aún de la conveniente universalidad. No se trata sólo de una cuestión de número, sino de representatividad y actitud. Además de Estados Unidos, permanecen al margen Israel, China, India, Rusia, los países árabes (salvo Jordania) y un buen número de países islámicos (como Indonesia, Irán Iraq y Paquistán). Entre los latinoamericanos faltan Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití y Nicaragua.

Por otro lado, si nos abocamos a la actividad de la Corte desde su constitución advertimos que en la actualidad hay un solo caso en fase de enjuiciamiento, pocos presos a disposición de la Corte, muchas órdenes de arresto incumplidas, la cooperación de los Estados partes no parece satisfactoria, incluso la del Consejo de Seguridad falla en una situación, la de Darfur, que él mismo remitió a la Corte. Darfur es un *test* para la credibilidad de esta institución, si no quiere acabar siendo un ente financiado por los miembros de la Unión Europea para perseguir a los *pobres diablos* que han perdido sus *padrinos* al sur del Sáhara. Los informes que brinda regularmente el Fiscal de la Corte ante el Consejo sobre la situación en Darfur revelan la falta de cooperación del Gobierno del Sudán y de otros gobiernos para hacer efectivas las órdenes de arresto de la Corte contra el Jefe del Estado, Omar Al Bachir y otros dirigentes sudaneses. El Consejo se ha limitado en todos estos años a formular una declaración retórica por boca de su Presidente recordando las obligaciones del gobierno del Sudán y de las demás partes en el conflicto impuestas por la resolución 1593. Con *amigos* como los del Consejo la Corte no necesita enemigos. Nada de adoptar *sanciones* personales. Y pudo ser peor. Desde la Unión Africana, la Liga Árabe o la Conferencia Islámica no sólo se niega la cooperación con la Corte, sino que se clama para que el Consejo la llame al orden recurriendo al artículo 16 del Estatuto.

A lo anterior se añaden los desencuentros del Fiscal y las Salas sobre el tratamiento y traslado a la defensa de los documentos y la información sobre testigos protegidos de que dispone la Fiscalía, que ha provocado ya algunos incidentes procesales que la Corte debería haberse ahorrado en estos años de incertidumbre sobre un futuro que, tal vez, está quedando atrás.

CXLII. EL CRIMEN DE AGRESIÓN

592. *Un crimen en suspenso*

El Estatuto de la Corte Penal Internacional dejó abierta la definición del crimen de agresión ante el desacuerdo radical entre los que buscaban restringirla, sometiendo además su aplicación al control previo del Consejo de Seguridad, y los que, en dirección contraria, reclamaban una definición amplia y libertad de la Corte Penal en su persecución. A diferencia de los otros crímenes —genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra— (arts. 5.1, *a, b y c*, 6, 7 y 8) sobre los que puede ejercer la Corte su competencia desde la entrada en vigor del Estatuto (el 1 de julio de 2002), el ejercicio de competencia sobre el crimen de agresión quedó en suspenso, pendiente de la aprobación de una disposición en que “se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará...” (art. 5.2). El asunto acabó, como era natural, en un grupo de trabajo que, tras innumerables reuniones, pudo ofrecer a la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto (Kampala, 2010) un proyecto de artículos bastante consensuado, con base en el cual la Conferencia ha adoptado los textos requeridos por el artículo 5.2 del Estatuto, que ahora se suprime.

593. *La definición*

Contándose con la definición autoritativa de agresión que figura en el anexo de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, no faltaron las propuestas para definir el crimen según los términos genéricos del artículo 1 de dicha definición (calzado en la horma del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas); o para copiarla, con la lista indicativa de actos de agresión que figura en su artículo 3, incluso acrecida. Frente a estas propuestas, los Estados que trataban de imponer el control absoluto del Consejo de Seguridad sobre las actuaciones de la Corte propusieron, una vez más, definiciones restrictivas del crimen.

Una opción limitada a la *guerra de agresión*, formalizada por Rusia, no disgustó a los demás miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Contaba en su haber con el hecho de que fue este el *crimen contra la paz* perseguido en Nüremberg (y en Tokio), el único que podía reclamar para sí, según sus patrocinadores, una naturaleza jurídica consuetudinaria oponible *erga omnes* (v. par. 146). Otra opción restrictiva fue protagonizada por Alemania al pretender circunscribir el crimen al ataque armado cuyo objeto sea la *ocupación militar* o la *anexión territorial*. De aceptarse este punto de vista la destrucción de un país a distancia o desde el aire sin intención de poner el pie en él no sería susceptible de persecución criminal. Fue una coincidencia que esta propuesta se formulara unos meses antes del bombardeo aéreo de Serbia por algunos miembros de la OTAN, Alemania uno de ellos. Posteriormente, Alemania sostuvo que el crimen de agresión presuponia un ataque armado *en gran escala* contra la integridad territorial de otro Estado *manifiestamente* injustificado en Derecho Internacio-

nal. De esta manera pretendía subrayar la importancia o gravedad del ataque y la indudable ilegalidad en que se producía, dos cualificaciones presentes también en las propuestas de otros Estados. Sería interesante considerar como calificarían algunos de los proponentes de estas definiciones ataques armados como el de Israel en la franja de Gaza, en enero de 2009.

La idea del *umbral* a partir del cual la agresión se convierte en crimen es en sí misma razonable; no obstante, también puede parecer redundante en la medida en que la *importancia* y *gravedad* de la agresión: 1) está implícita en los tipos del artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas, donde se menciona el *acto de agresión* a continuación del *quebrantamiento de la paz*; 2) está expresa en la res. 3314 (XXIX), donde “el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de *suficiente gravedad*” es una de las circunstancias pertinentes para que el Consejo de Seguridad concluya “que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada”; y 3) está asimismo expresa en el Estatuto de la Corte Penal, al afirmarse su jurisdicción sobre los crímenes *más graves*.

¿Se pretende ahora sugerir que sólo los actos más graves del más grave de los crímenes más graves deben someterse a la jurisdicción de la Corte? ¿o más bien, lo que va de suyo, que hay usos de la fuerza prohibidos por el Derecho Internacional que sólo cuando traspasan un determinado umbral de gravedad son calificables de agresión, como ya en su día declaró la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua* (1986)? De ser así si hay agresión, hay crimen y su definición sólo requiere determinar quienes se vinculan con la agresión, de qué manera y en qué medida.

El nuevo artículo 8 *bis* del Estatuto, adoptado por la Conferencia siguiendo punto por punto el proyecto del grupo de trabajo, declara (numeral 1) que el *crimen* lo comete quien “estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado...planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que *por sus características, gravedad* y escala constituya una *violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas*” (énfasis añadido; v. tb. Art. 25.3 *bis*, concordante). Se trata, pues, de un crimen de líderes, el *crime de la crème de la crème*, incluidos junto a las autoridades oficiales o institucionales, los representantes de los poderes fácticos; pero para ello no basta con agredir, con violar la Carta; hay que hacerlo a lo grande. La elevación del umbral a partir del cual el acto de agresión puede originar una responsabilidad criminal individual es una de las concesiones en aras del consenso.

Para ayudar a la Corte a interpretar y aplicar esta disposición el artículo 8 *bis* reproduce materialmente en su numeral 2, en párrafos sucesivos, los contenidos de los artículos 1 y 3 de la definición de la agresión que figura en el Anexo de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, combinando así una definición genérica con una lista no exhaustiva de actos de agresión.

Yendo más lejos, se ha adoptado una propuesta acerca de los *elementos* del crimen. En ella ha de destacarse: 1) la afirmación de que la calificación de una

violación como “manifiesta” es *objetiva* (determinándola la Corte, al margen de lo que pudiera bullir en la cabeza del autor); y 2) la exigencia de prueba de que el autor del crimen tuvo conocimiento de las “circunstancias de hecho” que: a) establecían la incompatibilidad de ese uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas, y b) constituían una violación manifiesta de la Carta. No ha de probarse, en cambio, que el autor hubiese llevado a cabo una “evaluación en derecho” de lo uno o de lo otro. Con otras palabras, demostrar que el imputado ha tenido conocimiento del uso de la fuerza no basta; requerir un conocimiento de la normativa y la doctrina jurídica aplicables para evaluar si el uso de la fuerza fue incompatible con la Carta sería, en el polo opuesto, excesivo; hay que quedarse en un plano intermedio, a saber, probar un conocimiento de las circunstancias de hecho que establecen esa inconsistencia (por ej., el hecho de que el uso de la fuerza se dirigía contra otro Estado, la existencia o no de una resolución del Consejo de Seguridad, su contenido, la existencia o no de un ataque previo o inminente por otro Estado). La Conferencia de Revisión ha insistido en que ninguno de los tres elementos (*características, gravedad y escala*) que connotan el uso de la fuerza basta por sí solo para satisfacer el criterio de violación *manifiesta*. Los tres han de tener la *importancia suficiente* para justificar esta determinación. No prosperó la puntualización deseada por algunos aparentes apóstoles del garrote humanitario en el sentido de que los *esfuerzos* para prevenir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y de guerra no constituían violaciones *manifiestas* de la Carta de las Naciones Unidas (v. par. 579, 581).

594. *El ejercicio de la competencia*

Sobre las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte (nuevos arts. 15 *bis* y *ter*) no faltaban las cuestiones abiertas en el proyecto de artículos del grupo de trabajo, especialmente por lo que se refiere a los llamados *filtros jurisdiccionales*. Pero vayamos por partes.

Tratándose de un asunto remitido a la Corte por el Consejo de Seguridad es irrelevante la condición de Parte en el Estatuto enmendado del Estado al que pertenece el presunto agresor, tal como ocurre cuando la remisión se hace atendiendo a los otros crímenes internacionales (*Entendimiento* del artículo 15 *ter*). El problema que al parecer ha preocupado más es determinar si para investigar la presunta agresión la remisión del Consejo debe ser *específica* o si basta con una remisión *general* solicitando la investigación de los crímenes internacionales que hayan podido cometerse o, incluso, si el Fiscal podría investigar la agresión cuando la remisión del Consejo ha sido por otros crímenes (genocidio, lesa humanidad, de guerra). Aunque hay opiniones para todos los gustos, no parece justificada la exigencia de una remisión *específica*, teniendo en cuenta que el Consejo cuenta con la facultad de ordenar al Tribunal la suspensión temporal (por períodos anuales renovables) de una investigación o instrucción iniciadas (art. 16).

El consentimiento del Estado agresor, sea por haber aceptado el Estatuto enmendado, sea por depositar la declaración prevista en el artículo 12.3 del Estatuto es requisito *sine qua non* cuando la intervención del Fiscal se activa por un Estado parte o se produce de oficio (artículo 121.5 del Estatuto). Hay que recordar que tratándose de la agresión, un crimen de líderes, la dimensión territorial se concreta habitualmente en conductas seguidas en el país agresor, aunque sus consecuencias se produzcan en el extranjero (El consentimiento del Estado agresor es, además, obvio en el supuesto de que sean sus propias autoridades las que soliciten la investigación y encausamiento de los presuntos responsables, supuesto ciertamente insólito, pero no descartable cuando se ha procedido a un cambio de régimen dentro del Estado y los nuevos gobernantes tratan de objetivar y distanciarse de la persecución y punición de quienes les precedieron en el ejercicio del poder).

Esta regulación puede ser criticada desde un punto de vista de política legislativa si se trata de facilitar la persecución del crimen, pues no protege debidamente al Estado *víctima* que es parte en el Estatuto enmendado y carece de efecto *disuasorio* sobre potenciales agresores, pero *de lege lata* carece de fundamento la pretensión de hurtarse a ella acudiendo a ingenierías exegéticas más o menos imaginativas, a menos que se formulen declaraciones interpretativas “auténticas” (v. par. 271).

Si el Fiscal inicia una investigación preliminar de oficio o a instancia de un Estado parte sobre crímenes cometidos, en todo caso, después de la entrada en vigor de la enmienda, ¿debe someterse su continuación a alguna forma de autorización o *filtro jurisdiccional*?

La cuestión más peliaguda (y la respuesta más controvertida) es, de nuevo, el papel del Consejo de Seguridad. Frente a quienes consideran que el ejercicio independiente de la función judicial reclama que se mantenga al margen, se levantaban otros —muy especialmente los voceros de los miembros permanentes del Consejo (como Rusia) y quienes aspiran a serlo (como Alemania)— que sostenían que el ejercicio de dicha función depende inexcusablemente de la previa calificación de los hechos por el Consejo.

Lo primero que hay que advertir a la hora de pronunciarse es que el Estatuto de la Corte requiere sólo que la disposición definiendo el crimen de agresión y las condiciones de ejercicio de la competencia de la Corte sea “compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 5.2). Eso sería así aunque el Estatuto callara, en virtud de la prevalencia de las obligaciones de la Carta (art. 103); por lo demás, ya en el Estatuto se reconocen al Consejo de Seguridad, como acabamos de ver, algunos poderes formidables, como el que le faculta para pedir (realmente, ordenar) a la Corte la suspensión de una investigación o un enjuiciamiento (art. 16).

Dicho esto, es absolutamente impropio sostener la competencia exclusiva del Consejo de Seguridad en la calificación de la agresión, previa a la persecución judicial del crimen, arguyendo que no hay otra solución. Extender los poderes

del Consejo en relación con la actividad de la Corte es, desde luego, posible; pero el Estatuto no obliga a ello.

Por supuesto, la declaración por el Consejo de que determinados hechos son una agresión desbrozará el camino de la Corte, aun conservando su competencia para reconsiderar dicha calificación a sus propios fines. Asimismo, una declaración del Consejo en sentido contrario haría muy difícil la persecución penal de los sujetos a los que se hayan imputado los hechos. Pero si lo primero es altamente improbable, lo segundo es casi inverosímil. El Consejo es un órgano político que vota resoluciones políticas atendiendo a consideraciones que, de ser sustentadas por un juez, estimaríamos tal vez prevaricadoras.

Realmente quienes predicán la intervención previa y vinculante del Consejo de Seguridad, lejos de tratar de proteger sus competencias según la Carta de las Naciones Unidas, lo que persiguen es extender al Estatuto de la Corte el privilegio del veto de sus miembros permanentes y la impunidad para ellos y sus protegidos. Exigiendo la calificación del Consejo la Corte se convierte en su herramienta judicial cuando la resolución se aprueba y, cuando no, queda a la merced de cada uno de los miembros permanentes.

Finalmente la Conferencia de Revisión ha logrado el consenso. La primera obligación del Fiscal es verificar si el Consejo de Seguridad ha determinado la comisión de un acto de agresión por el Estado concernido. En caso afirmativo podrá actuar, respetando los límites y condiciones que el Estatuto marca para todos los crímenes sobre los que la Corte posee competencia. De no ser así, hay quienes proponían pararse ahí, inmovilizando cualquiera investigación. Pero los partidarios de seguir adelante han prevalecido, de manera que si transcurridos seis meses (y a algunos les parecía mucho) desde que fue notificado, el Consejo no se ha pronunciado, el Fiscal puede actuar con la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte (que es, por otro lado, un requisito aplicable a cualquier investigación iniciada de oficio por el Fiscal, art. 15 del Estatuto). Las propuestas de deferir la autorización a la Asamblea General de las Naciones Unidas o a la Corte Internacional de Justicia han sido desechadas. En todo caso, la determinación de que hubo un acto de agresión hecha por un órgano ajeno a la Corte no coarta su libertad para llegar a sus propias conclusiones.

595. La entrada en vigor del Estatuto enmendado

La interpretación de los artículos 121 y 123 del Estatuto, rectores de su enmienda y revisión, ha dado pie a las más variadas propuestas, debatidas hasta la extenuación en el seno del grupo de trabajo especial, particularmente las aplicadas a los números 4 y 5 del artículo 121. La conciencia sobre las rigurosas consecuencias de su aplicación según el canon de interpretación consagrado en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (v. par. 269-273) ha animado las más diversas *ingenierías creativas* para salir por la

tangente a fin de facilitar la operación. Excede a una obra de estas características entrar en su consideración, por lo que nos limitaremos a exponer las reglas consensuadas por la Conferencia.

En la práctica, según prevén los artículos 15 *bis* y *ter* del Estatuto, la competencia de la Corte se ejercerá sobre crímenes cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes y no antes de que a partir del 1 de enero de 2017 se decida por consenso o, en su defecto, por dos tercios de Estados Partes, dicho ejercicio. Cumplidas ambas condiciones el Estado parte en el Estatuto que quiera evitar el ejercicio de esta competencia deberá depositar una declaración de no aceptación en la Secretaría de la Corte (que podrá retirar en cualquier momento). No puede ejercerse competencia cuando el crimen se imputa a un nacional o ha sido cometido en el territorio de un Estado que no ha aceptado la enmienda (sea por no ser parte en el Estatuto, sea porque, siéndolo, ha formulado la declaración de no aceptación). Estas limitaciones no afectan a los asuntos que hayan sido remitidos a la Corte por el Consejo de Seguridad (art. 15 *ter*.1 en relación con el 13 *b*).

En el pasado hemos asistido a la persecución y condena de los autores de una guerra de agresión como crimen contra la paz. Fue en Nüremberg y en Tokio al término de la Segunda Guerra Mundial. Por aquél entonces ni siquiera todos los jueces que formaron parte de los tribunales militares internacionales estuvieron de acuerdo en que la censura moral de la guerra de agresión se había transformado ya en una censura jurídica. Sesenta años después esas dudas parecen despejadas. Pero esta constatación carece de relevancia práctica si no existe el órgano competente para enjuiciar el crimen y castigar a sus responsables. En Kampala se ha dado un pequeño paso en la buena dirección, simbólico, cuya operatividad es apreciable en milímetros. Los agresores, los estrategas del crimen, pueden dormir tranquilos. Morirán de otra cosa. Hasta puede que la agresión no sea realmente un crimen, sino sólo un punto de vista y sólo quepa proceder contra quienes, ejecutando ese punto de vista, cometen crímenes de guerra que no puedan ser salvados desde otros puntos de vista apreciados judicialmente, o crímenes de lesa humanidad, una posibilidad abierta cuando calificamos la acción de terrorista.

CXLIII. CRÍMENES INTERNACIONALES, JUECES ESTATALES

596. *Una cuestión discutida*

Que los jueces del Estado en que se ha cometido el crimen gozan de competencia es indudable. El principio de territorialidad lo avala. Incluso el Derecho Internacional *obliga* a ello (v., por ej., Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, art. 6). Tampoco se discute la competencia de los jueces del país de nacionalidad o residencia de los sujetos presuntamente responsa-

bles (basada en el principio de personalidad activa) y cuenta con adeptos la competencia de los jueces del país de nacionalidad o residencia habitual de las víctimas (basada en el principio de personalidad pasiva). Pero ¿cabe afirmar —y en qué medida— la competencia de los jueces de un Estado cuando los hechos se han producido en el extranjero y los sujetos implicados, activos o pasivos, carecen de conexión con él? Con otras palabras, ¿es conforme con el Derecho Internacional una competencia fundada en el principio de persecución universal? (v. par. 36-40).

La Corte Internacional de Justicia no ha tenido la oportunidad de pronunciarse todavía, aunque podría hacerlo en casos pendientes (*Ciertos procedimientos penales...*, República del Congo c. Francia, 2003-; *Perseguir o extraditar*, Bélgica c. Senegal, 2009-); pero la respuesta del TPIY ha sido afirmativa (*Furundzija*, 1998), como lo es la opinión doctrinal mayoritaria desde los tiempos (1935) en que la *Harvard Research in International Law* se ocupó de esta cuestión.

En el *proyecto Harvard* la persecución universal se vinculaba al *iudex apprehensionis*, al juez del lugar en que se encontraba y era arrestado el presunto culpable. Sin embargo, la presencia del inculpado no es imprescindible —aunque siempre sea conveniente— para la *instrucción* del proceso; de ahí que en los *Principios de Princeton* (2001), enunciados por un grupo de autorizados expertos, se sostenga que dicha presencia es condición sólo para el *ejercicio* de la jurisdicción, declarándose que sobre esta base puede solicitarse la extradición de un presunto criminal. Asimismo, la Resolución adoptada por el *Instituto de Derecho Internacional* (Cracovia, 2005), tras afirmar inequívocamente el fundamento de la jurisdicción universal en el Derecho Internacional consuetudinario, excluye los actos de instrucción y las solicitudes de extradición cuando exige la presencia del sospechoso en el territorio (nave, aeronave...) del Estado que lo persigue.

597. La proclamación de una competencia universal, un derecho soberano

Si no existe, por ahora, una norma internacional general que *obligue* a los Estados a incorporar el principio de jurisdicción universal a sus leyes, tampoco existe norma internacional general que lo *prohíba*. Con otras palabras, los Estados estarían *facultados* para fundar en dicho principio la competencia de sus jueces en relación con estos crímenes. Si y en qué medida lo hagan dependerá de sus *policies*, determinadas, *inter alia*, por la relevancia que concedan a la protección de los derechos humanos y la incidencia que la persecución de los crímenes pueda tener en sus objetivos de política exterior.

Partiendo de esta *facultad* los Estados pueden *obligarse* mediante tratados a ejercerla y ese es el caso de los crímenes de guerra, pues los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977 (v. par. 560, 563) implican la obligación de las Partes de juzgar a los presuntos criminales arrestados en un territorio

bajo su jurisdicción, con independencia del lugar de comisión de los hechos, de las circunstancias personales de los implicados y de la existencia o no de una demanda de extradición (v., por ej., arts. 146 y 147 del IV Convenio y art. 85 del Protocolo Adicional I).

Una forma de avanzar sería extender mediante tratados esta obligación a otros crímenes internacionales. Pero, por ahora, lo que revela la práctica es una liberal y un tanto ambigua aceptación de *cualquier otra jurisdicción ejercida de conformidad con las leyes estatales*, sin extraer de su ejercicio ninguna otra consecuencia (v., por ej., Convenio contra la Tortura, 1984, art. 5.3).

598. La concurrencia de la competencia universal con la competencia fundada en los principios de territorialidad y personalidad

La posición del juez —llamémoslo así— *universal* debe entenderse *complementaria* o *coadyuvante* de la del juez *territorial* o de los jueces que fundan su jurisdicción en los principios de personalidad activa o pasiva, no sólo porque lo exige la ley estatal en ocasiones, sino porque lo impone el sentido común y el de la oportunidad en todas ellas. Los jueces del lugar donde ocurrieron los hechos, más aún si están conectados por nacionalidad o residencia habitual con los implicados, son los jueces *naturales* de estos crímenes, debiendo dárseles prioridad y un cierto tiempo antes de sacar conclusiones sobre su voluntad, capacidad e independencia de actuación (v. IDI, Cracovia, 2005). Esta concurrencia de jurisdicciones estatales es similar a la que se produce con la Corte Penal Internacional. Los términos en que el Estatuto de la Corte afronta esta situación (art. 17) son válidos para regular las relaciones entre el juez *universal* y otros jueces estatales competentes, el *territorial* en particular (v., en España, AN, 16/2005).

Ciertamente, si sólo cabe perseguir a los criminales acudiendo al juez *universal* la situación debe ser pésima. Falla la Corte Penal Internacional, que se mueve dentro de límites subjetivos, objetivos y temporales insuperables y puede ser, incluso, paralizada por decisiones políticas del Consejo de Seguridad (art. 16 del Estatuto) (v. par. 588, 590); y fallan, por supuesto, los jueces de los países conectados con el crimen. Cuando son sus agentes los responsables apenas es posible concebir en ellos un poder judicial capaz, dotado, independiente y decidido a actuar.

También puede ocurrir que en procesos de transición hacia un régimen democrático los pilotos del cambio pretendan sustituir la justicia por el mero enunciado de la verdad histórica, amnistiando a los culpables. Pero no cabe reconocer efectos extraterritoriales a las leyes de amnistía o de *punto final*. Más aún, la promulgación de tales leyes, al ofrecer cobertura a responsables de crímenes muy graves, constituye en sí misma un ilícito internacional. En *Furundzija* (1998) el TPIY consideró que un Estado que amnistía un crimen (de torturas) compromete su responsabilidad internacional y existe una obligación de los terceros de no reconocer dicho acto.

599. *La relación entre el principio de universalidad y el principio ‘aut dedere aut iudicare’*

Numerosos tratados que instrumentan la cooperación internacional en la lucha contra los crímenes internacionales y otras formas de delincuencia internacional han adoptado la regla según la cual el juez del lugar en que es arrestado el presunto responsable (el *iudex apprehensionis*) ha de conocer del caso si por una u otra razón rehúsa la extradición solicitada por uno de los países cuya competencia se considera *obligatoria*.

Esta regla de *entregar o juzgar —aut dedere aut iudicare (aut punire* decía Grocio en tiempos menos atentos a la presunción de inocencia)— está hoy tan generalizada que la CDI sopesa su codificación; incluso hay ante la Corte Internacional de Justicia planteada una demanda que la obligará a un pronunciamiento (*Perseguir o extraditar*, Bélgica c. Senegal, 2009-). Pero la regla *aut dedere* no debe confundirse con el principio de persecución universal, a pesar del nexo que se advierte entre ellos.

La regla *aut dedere* parte de la premisa del interés de un Estado conectado con el crimen —por ser el lugar de comisión de los hechos, o de la nacionalidad o residencia de los sujetos implicados, o por un interés específico de protección y defensa— de perseguir a individuos que localiza en el territorio de otro Estado, al que solicita la extradición. Para evitar la impunidad en estos casos se ha tejido una tupida red de tratados en que las partes se obligan a perseguir en el foro a las personas reclamadas por otro Estado cuya extradición, por una u otra causa, no se conceda (*principio de sustitución*). Se trata, pues, de *garantizar la universalidad en la represión dentro de un marco de jurisdicción no universal*. La consecuencia es que si no hay petición de extradición (o se deniega a un solicitante cuya competencia no es según el mismo tratado *obligatoria*) no hay obligación de juzgar.

No obstante, cabría avanzar en esta línea incorporando la jurisdicción universal a los fundamentos que *obligan* a la aplicación de la regla *aut dedere*. En la práctica que interesa a España ya ha habido casos de concesión de extradición por crímenes internacionales de los que conocían jueces españoles con base en el principio de universalidad (*Judicial Committee of the House of Lords*, caso Pinochet, 1998; México, caso Cavallo, 2001). Si la práctica convencional relativa a esta regla originase una norma general, el *iudex apprehensionis* de un presunto responsable de genocidio o de crímenes contra la Humanidad estaría obligado en todo caso, incluso a falta de tratados, a aplicarla, como lo está cuando de crímenes de guerra se trata (v. CDI, proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, 1996, art. 9).

600. *Asaltos a la competencia universal*

Mientras la persecución universal se puso al servicio de los casos (*Eichmann, Demjanjuk...*) en que se daba caza a responsables de los campos de exterminio

nazis, no se levantó la voz; pero una vez que, en la década de los noventa, las leyes estatales que acogen el principio de jurisdicción universal comenzaron a ser seriamente aplicadas, urgidas sobre todo por ONG humanitarias que pasaban las cuentas de los viejos atropellos de las juntas militares y de los tiranos latinoamericanos, o de las tragedias más recientes, de los Balcanes a Ruanda y la región de los Grandes Lagos, el principio ha sido puesto en entredicho por algunos gobiernos, conocidos políticos y fabricantes más o menos interesados de opinión.

La oposición al principio de persecución universal congrega a una feligresía relativamente numerosa en la que Estados Unidos (para el que, con centenares de miles de soldados en armas más allá de sus fronteras, no hay tribunal extranjero bueno) se da la mano con países en desarrollo que consideran que la aplicación del principio de universalidad no sólo perturba los procesos de transición pacífica a regímenes democráticos que sólo corresponde hacer a los pueblos afectados, sino que es de dirección única *Norte-Sur*. El ejercicio de jurisdicción sobre esta base perturbaría las relaciones bilaterales (entre quienes *ponen* los procesados y quienes *ponen* los jueces) sin garantizar, finalmente, una administración eficaz de justicia.

La primera llamada a rebato provino de Chile con ocasión del arresto en Londres del general Pinochet al efecto de su extradición a España, el 16 de octubre de 1998. Una fuerte presión se ha venido ejerciendo desde entonces, tanto en el plano interno como en el internacional, a fin de restringir, con medidas legislativas o sobrevenidas exégesis judiciales, el alcance del principio de persecución universal, allí donde ha sido establecido. Lo ocurrido en los últimos años en países como Bélgica o España es muy ilustrativo.

601. En España, en particular

El texto del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en vigor (hasta el 5 de noviembre de 2009), fundamento de la jurisdicción universal en el Derecho español, no era, desde luego, técnicamente, una disposición modélica, mezclado el genocidio con una serie heterogénea de delitos, emboscados los crímenes de guerra bajo una alusión genérica a los “tratados o convenios internacionales” que obligan a perseguirlos en España, ignorados los crímenes de lesa humanidad (que sólo se tipifican en 2004), lo que obligaba a interpretaciones audaces de otros tipos, como el mismo genocidio o el terrorismo, incluidos en esta disposición.

602. Las escaramuzas judiciales

Los primeros asaltos al principio de universalidad se produjeron en la arena judicial, fracasando finalmente. Se trató de una aventura que involucró a la Audiencia Nacional, que quería evitar su transformación en juzgado de guardia del

planeta, al Tribunal Supremo, dispuesto a una interpretación *contra legem* del artículo 24.3 de la LOPJ que evitara al legislador el fastidio de *rectificar* y, por último, al Tribunal Constitucional, decidido a *dejar las cosas en su sitio*.

Si en 1998 (y aún antes) la Audiencia Nacional había afirmado enfáticamente el principio de universalidad para respaldar su competencia sobre los crímenes presuntamente cometidos por las Juntas militares chilena y argentina en los años setenta y ochenta del pasado siglo (aa. de 4 y 5 de noviembre), a finales del 2000, tratándose de crímenes ocurridos en Guatemala, aun manteniendo el principio, negó la instrucción mediante una interpretación muy rigurosa de la subsidiariedad (a. de 13 de diciembre).

La decepción de los denunciados fue aún mayor cuando el Tribunal Supremo corrigió a la Audiencia en sentido diametralmente opuesto a sus pretensiones. En la sentencia 327/2003, de 25 de febrero, en efecto, el Tribunal Supremo asume la tesis (coincidente con la del gobierno de Chile en el caso Pinochet) de que el principio de persecución universal no tiene fundamento en normas generales del Derecho Internacional, entendiéndose que sólo mediante tratados (que no existen) podría establecerse en relaciones *inter partes*. Según el Tribunal el mismo principio de subsidiariedad implica un juicio sobre la capacidad de administrar justicia de un Estado extranjero que sería incompatible con los principios de igualdad soberana y de no intervención en los asuntos internos de otros Estados (v. par. 42, 48) y repercutiría en el ámbito de las relaciones internacionales, que es prerrogativa del Gobierno (art. 97 de la Constitución). No sin habilidad, el Tribunal transfigura el precepto legal cuando afirma que la persecución de crímenes cometidos en el extranjero sólo procedería si se aplicase: 1) la regla *aut dedere aut iudicare* en supuestos en que se deniega la extradición, 2) si han sido víctimas nacionales españoles (lo que, al haberlos, condujo a una admisión parcial del recurso) ó 3) si intereses españoles relevantes han sido perjudicados.

Recurrida la sentencia del Tribunal Supremo en amparo, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, dejó las cosas en su sitio, al entender violado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). La Ley española, dice el Tribunal Constitucional, instaura, en términos conformes con las normas internacionales, un principio de jurisdicción universal *absoluta*, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción. Es un criterio de razonabilidad procesal y político-criminal, y no una ordenación jerárquica, la que favorece la prioridad del *iudex loci delicti commissi*. Ha de bastar con que, de oficio o por la parte actora, se aporten indicios serios y razonables de la inactividad judicial que acrediten una falta de capacidad o de voluntad para la persecución efectiva de los crímenes. La Audiencia Nacional se ha excedido al requerir de los denunciados la acreditación plena de la imposibilidad legal o de la prolongada inactividad del juez territorial. La interpretación del Tribunal Supremo supone, por otro lado, “una reducción *contra legem* a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran

palmariaamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho Internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación *de facto* del art. 23.4 LOPJ”.

Las consecuencias no se hicieron esperar. La Audiencia Nacional, no sólo hubo de revisar su anterior *doctrina* (3 de noviembre de 2005) sino que, acto seguido, tuvo que admitir a trámite las denuncias por genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala entre 1978 y 1986 (a. de 21 de febrero de 2006) y también (a. de 10 de enero de 2006) las denuncias contra el ex-Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo Primer Ministro, Li Peng, y otros jefes chinos por presunto genocidio en Tibet, revocando la previa decisión de inadmisión (a. de 5 de septiembre de 2005) del Juzgado de instrucción. Asimismo, el Tribunal Supremo hubo de revocar en casación (s. 645/2006, de 20 de junio) la decisión de la Audiencia Nacional (29 de abril de 2005, anterior a la s. del Tribunal Constitucional) que no había admitido a trámite una querrela por genocidio y torturas planteada por seguidores de la secta *Falun Gong* contra dirigentes de la República Popular.

Descartada la actuación de la Corte Penal Internacional y del juez territorial, sólo cabe rechazar la jurisdicción cuando se pretenda utilizar “en ejercicio abusivo del derecho”, parámetro éste —el del *abuso*— de no fácil aplicación. La Audiencia Nacional trató de precisarlo cuando (a. de 10 de enero de 2006) hizo referencia al absoluto carácter extranjero de un asunto por ser *distante* y a la exigencia de que el querellante pruebe un interés directo o relación con él. El Tribunal Supremo, por su parte, se ajustó a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional arrastrando los pies y llamando a un “diálogo interjudicial” conducente a la reconsideración por el guardián de la Constitución de sus afirmaciones (ss. 645/2006; 1240/2006; 798/2007). Mientras, el Tribunal Constitucional se reafirmaba en sus posiciones (s. 227/2007).

603. Acometida legislativa

Una vez que se llegó a la conclusión de que era imposible reducir el alcance del principio de universalidad mediante la exégesis judicial, el *establecimiento político* convino en tomar la senda de la enmienda del artículo 23.4 de la LOPJ.

Gobernando los *populares* ya se había aprovechado la formación de la Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional (LO 18/2003, de 10 de diciembre) para introducir una primera cortapisa legal a la operación del principio. Su artículo 7 excluye una actuación de oficio de los órganos judiciales y del Ministerio Fiscal españoles en relación con hechos sucedidos en otros Estados cuyos presuntos autores no sean españoles y para cuyo enjuiciamiento pudiera ser competente la Corte, y dispuso que de formularse al respecto una denuncia

o querrela los órganos españoles se limitarán a informar al denunciante o querrelante de la posibilidad de acudir directamente al Fiscal de la Corte. Sólo en el caso de que éste no abra una investigación o la Corte acuerde la inadmisibilidad del asunto cabría afirmar la jurisdicción de los jueces españoles en los términos previstos en el artículo 23.4 de la LOPJ.

Ahora la primera impresión que produce la enmienda, ya consumada, del artículo 23.4 de la LOPJ es que algo tuvo que ver con las circunstancias diplomáticas del momento, a saber: 1) la admisión a trámite (5 de agosto de 2008) de una segunda querrela contra altos dirigentes de la RP China a cuenta de los disturbios ocurridos el 14 de marzo de ese mismo año en Lasha; 2) la admisión a trámite (29 de enero de 2009) de una querrela contra el ministro de defensa, Benjamín Ben Eliezer, y seis mandos militares por crímenes de guerra resultantes de un bombardeo ejecutado por Israel en Gaza en julio de 2002; y, 3) la apertura de un procedimiento (27 de abril de 2009) por torturas de presuntos terroristas en Guantánamo y en otros campos de internamiento fuera del territorio, pero bajo control, de los Estados Unidos. Añádanse a la lista la admisión a trámite de querrelas por presuntos crímenes cometidos por Marruecos en Sahara Occidental (octubre de 2007) o por los responsables actuales del gobierno de Ruanda (6 febrero de 2008)... Diríase que el Gobierno socialista se concierta con el principal partido de la oposición, arropados por los nacionalistas *moderados* (PNV, CiU), cuando la amenaza de procesos criminales contra dirigentes y antiguos dirigentes de grandes potencias o de países *amigos* se hace política, diplomática y comercialmente molesta.

Para *vestir* la enmienda se dice, en la exposición de motivos, que con ella se trata de homologar la ley con el “entorno” europeo y “racionalizar” la jurisdicción universal, habida cuenta, se afirma por los voceros de la mayoría, de los conflictos originados por el uso “poco prudente, aunque bien intencionado” que se ha hecho de la regulación en vigor, que ha conducido a una afirmación de jurisdicción ilimitada. Publicada oficialmente el 4 de noviembre, la Ley entró en vigor al día siguiente.

604. El nuevo texto legal: un paso atrás de conveniencia

El nuevo texto legal tiene un acierto indudable al incorporar los “crímenes de lesa humanidad” a la relación de tipos criminales que recoge el artículo 23.4 de la LOPJ, evitando anteriores ejercicios de funambulismo exegético. Los crímenes de guerra siguen sin ser mencionados expresamente, pero ahora la referencia que se hace a los delitos que “según los tratados y convenios internacionales” deben ser perseguidos en España es reforzada al señalarse “en particular, los convenios de Derecho Internacional humanitario y de protección de los derechos humanos”. Obviamente, entre estos convenios están los de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977.

Dicho esto, el texto resultante de la enmienda mixtifica y limita el alcance de la jurisdicción universal. La *mixtifica* porque trasunta en ella el principio de personalidad pasiva (víctimas españolas) e, incluso, un principio de enunciado ambiguo y deslizante (la existencia de un vínculo de conexión relevante con España). La *limita* porque, en adelante, el ejercicio de jurisdicción sobre presuntos crímenes cometidos en el extranjero sin conexión relevante con España ni víctimas españolas exigirá probar que los responsables se encuentran en España. Esta exigencia, que concreta el juez universal en el *iudex apprehensionis*, era aplicable a los crímenes de guerra, según las previsiones de los “tratados o convenios” en que es parte España; ahora, con la enmienda, la exigencia se generaliza.

Además, el nuevo texto advierte que el ejercicio de jurisdicción se condicionará en todo caso a que no se haya iniciado procedimiento que suponga investigación y persecución efectiva en un tribunal internacional o en “otro país competente” (el país de comisión del crimen o vinculado con sus sujetos activos). Y si un procedimiento de estas características se inicia cuando ya está en curso otro en España, se pronunciará un sobreseimiento provisional en nuestro país. De hecho, ya antes, se había vivido una situación así con Ricardo Miguel Cavallo, extraditado de México a España y re-extraditado a la Argentina pocos meses antes de que se le abriera juicio oral por crímenes contra la humanidad.

Los críticos de la reforma han observado que no se especifica que ha de ser *penal* el procedimiento que impediría el ejercicio de competencia por los jueces españoles, pero cabe entenderlo implícito en el texto. También recelan de la vara de medir la *eficacia* de un procedimiento extranjero, especialmente si es *sobrevenido*. Pero creo que estos recelos estarán justificados sólo si la apreciación de esta circunstancia, en lugar de quedar en manos de los jueces, se entrega al Ministerio Fiscal, llamado a activar, en exclusiva, en otros países (como Alemania, Bélgica o Canadá) la persecución criminal basada en el principio de universalidad.

A la luz de estas consideraciones no se justifican las acusaciones de que con el texto enmendado España ha decidido incumplir sus obligaciones internacionales y *renegar* de la justicia universal. No han de confundirse norma y política legislativa. Sí puede sostenerse con razón que el texto enmendado significa un “retroceso”, un “paso atrás”. Si este texto hubiera estado en vigor hace diez años el general Pinochet no hubiera podido ser procesado por la Audiencia Nacional.

Por otro lado, la trascendencia de la materia aconsejaba un debate público y parlamentario en sus mismos términos, y no *aprovechar* la creación de la Oficina Judicial que se estaba tramitando en las Cortes para colar de matute la enmienda del artículo 23.4 de la LOPJ. No ha dejado de apuntarse, con perspicacia, la singularidad de una modificación legislativa que no resulta de un proyecto de ley aprobado en Consejo de Ministros y que es instada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y no por el de Justicia. De ahí la impresión del debate apresurado, impuesto por presiones diplomáticas, y la lamentación

de no haber procedido con calma y objetividad a una reforma que, mejorada técnicamente, podría haber obtenido más amplios apoyos, aun manteniendo su línea restrictiva.

Restringir el ámbito de aplicación de la jurisdicción universal a los casos en que los presuntos responsables se encuentren en España cuando ha de iniciarse la instrucción es una opción que puede sustentarse en intereses legítimos de naturaleza diversa, o en evitación del recurso sistemático a los jueces españoles como caja de resonancia mediática de supuestos altamente politizados de azarosa e insuficiente instrucción a larga distancia. El Gobierno podría haber asumido un debate abierto sobre objetivos compartidos con el principal partido de la oposición. Pero ha debido sentir mala conciencia al reformar una ley avanzada, pero caótica e imprecisa, por otra, que sigue siendo caótica e imprecisa, pero es regresiva, y ha querido pasar por ella como si las plantas de sus pies se deslizaran sobre brasas avivadas por el Partido Popular en un camino que consideraba necesario recorrer, una vez que ya no eran los *miserables* del mundo en desarrollo, sino gentes de la *buena sociedad*, las incluidas en la lista de presuntos criminales. La experiencia demuestra que los amigos y conocidos de alto copete, incluso democráticos, no son ajenos a los crímenes de guerra (lo que explicaría la *pedagogía a la inversa* que supone su omisión *expressis verbis* de la ley).

No es plato de gusto para el gobierno socialista reconocer que los valores morales recortan su vuelo en beneficio de intereses materiales, aunque se presenten revestidos de seda como las monas. Pero no es correcto escamotear la realidad con trampas como la de presumir que los gobiernos democráticos son intrínsecamente incompatibles con el crimen, o deslizando la idea de que, como tienen *capacidad* para perseguirlo, también tienen la *voluntad* de hacerlo si advierten serios indicios de criminalidad. Cuando se asumen estas coartadas ha de darse la razón a quienes consideran el artículo 23.4 revisado de la LOPJ un paso cómplice en garantizar la impunidad de *amigos y conocidos* con los que se puede hacer negocios. Tampoco es correcto buscar la salvación en la asunción de tareas por la Corte Penal Internacional cuya competencia, *subsidiaria* de la de los jueces estatales, está sujeta a serias limitaciones.

Hay quienes avisan sobre los riesgos que en los procesos de recuperación del estado democrático y de derecho puede suponer *hacer justicia* incluso por los órganos judiciales *naturales*, no digamos ya los *universales*. La justicia se etiqueta en estas situaciones de *transicional* y los expertos tratan de satisfacer a las víctimas y deudos con reparaciones morales y monetarias. Desde esta perspectiva los jueces *no transicionales*, especialmente si el fundamento de su competencia es el principio de jurisdicción universal, resultan incómodos y *desestabilizadores*. De ahí que se trate de presionarlos dañando su imagen, acusándolos de prevaricadores o de formar parte del elenco del *judicial star system*, jueces con impacto mediático que se mueven entre el fervor de las ONG más radicales para servir su propia causa y la de una justicia como instrumento del manejo de la opinión pública. No debemos dejarnos llevar por acusaciones de este tipo, bu-

ceando en los motivos íntimos que pueden anidar en las iniciativas de los jueces cuando éstas se conforman a una recta interpretación de la ley.

Los casos de crímenes internacionales de que conoce la Audiencia Nacional con base en el principio de justicia universal son muy llamativos, pero no son numerosos. Son también complejos y por ahora han dado como resultado una única sentencia de condena (Scilingo). Pero la productividad judicial con base en este parámetro conduce a conclusiones absolutamente engañosas. Instruir un procedimiento penal cuando no es posible —o creíble— allí donde se cuenta con una conexión territorial o personal con el crimen permite mantener viva la memoria, no sólo histórica, sino judicial, y es un acicate para que más adelante los jueces *naturales* retomen el curso de la persecución y la condena de los criminales. No cabe negar el papel positivo que los procedimientos instruidos o en instrucción en España sobre crímenes cometidos en Argentina o Chile ha tenido en la eliminación de las leyes que cerraban la puerta a la acción de los jueces locales o a su reinterpretación. Los criminales, en todo caso, se han visto obligados a permanecer en sus guaridas.

605. El crimen de agresión y los tribunales estatales

Si aceptamos que el crimen de agresión, por su naturaleza, sólo puede ser perseguido ante instancias judiciales internacionales (J. Crawford), estamos muertos (aunque podamos resucitar más adelante). La CDI no llegó a tanto en sus proyectos, pero sí puntualizó que sólo los jueces del Estado nacional de los presuntos implicados podían juzgarlos en defecto o como alternativa a tribunales internacionales (*Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, 1996, art. 8). La Comisión trata de justificar la regla considerando que no se puede arrostrar la cuestión de la responsabilidad individual sin considerar previamente la cuestión de la responsabilidad del Estado, lo que de dejarse en manos de jueces estatales sería contrario al principio fundamental de igualdad soberana (*par in parem non habet jurisdictionem*) y, además, tendría consecuencias graves para las relaciones internacionales. La facultad que se reconoce a los jueces estatales para que juzguen por agresión a sus propios nacionales, estima la Comisión, no obligaría a determinar previamente la agresión cometida por otro Estado y no debería afectar las relaciones con terceros.

La posición de la Comisión parece infundada al hacer de la nacionalidad del agresor la única conexión legitimadora de una jurisdicción estatal porque: 1) presume que son nacionales quienes toman las decisiones que hacen de su Estado un agresor; y, 2) pasa por alto el interés legítimo del Estado agredido a ejercer la jurisdicción si la oportunidad se presenta, interés que puede ser también el de los países de nacionalidad o residencia de las víctimas. El Estatuto de la Corte Penal afirma que “los crímenes más graves... no deben quedar sin castigo” y a tal fin “hay que adoptar medidas en el plano nacional... siendo deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables” (Párrafos cuarto y

sexto del preámbulo del Estatuto de la CPI). Asimismo, la Conferencia de Kampala (2010) ha modificado el encabezamiento del artículo 20.3 del Estatuto sobre la cosa juzgada por otros tribunales para incluir el crimen de agresión junto con los otros crímenes internacionales, y aunque ha advertido que la enmienda sobre el crimen de agresión no ha de interpretarse “en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro Estado”, tampoco le ha puesto coto: “las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que limiten o menoscaben en modo alguno las normas existentes o en desarrollo del Derecho Internacional para fines distintos del presente Estatuto”.

La Comisión es, por otro lado, poco realista al entregar la competencia a los compatriotas del agresor, porque la diseminación fatal de la culpa del agresor al Estado, a sus instituciones, a sus ciudadanos, que probablemente consintieron, autorizaron o jalearon sus actos frente a enemigos tradicionales, tiene un efecto disuasorio, no sólo sobre la administración de justicia, sino sobre la misma previsión legal. ¿Cuántos ordenamientos estatales recogen el crimen de agresión? ¿Cuántos la jurisdicción sobre el mismo?

La actitud restrictiva en el reconocimiento de una competencia estatal para juzgar como agresores a quienes no sean sus nacionales explicaría el desinterés por examinar el alcance de la inmunidad de los agentes de Estados extranjeros presuntamente responsables de este crimen. No deja de ser significativo que cuando el *Instituto de Derecho Internacional* se ocupa del alcance de la competencia universal en materia penal (Cracovia, 2005) ignora la agresión. Asimismo, cuando más adelante (Nápoles, 2009) el *Instituto* define los “crímenes internacionales” en el contexto de una resolución sobre las inmunidades de los Estados y de sus agentes, no la menciona.

606. La inmunidad de los agentes del Estado extranjero

Superadas las dificultades del fundamento de su jurisdicción, los jueces estatales, a diferencia de los *internacionales*, chocan fatalmente con el muro de las inmunidades de los agentes extranjeros en activo, vigorosamente afirmada por la Corte Internacional de Justicia (*Orden de arresto*, 2002). El órgano judicial principal de las Naciones Unidas no desea arriesgar la estabilidad de las relaciones internacionales a las turbulencias de una persecución descentralizada de los crímenes, por abyectos que sean. La cuestión es importante y actual, hasta el punto que en 2007 la CDI decidió incluirla en su programa de trabajo.

Las leyes estatales son, por otro lado, prácticamente unánimes en acoger dichas inmunidades, normalmente mediante una remisión a las normas internacionales, y los jueces han venido conformándose con ellas y, en su defecto, invocando directamente el Derecho Internacional consuetudinario o, cuando procede, los tratados, en particular la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961). En España la Audiencia Nacional ha motivado en dicha

inmunidad la inadmisión a trámite de denuncias planteadas contra Jefes de Estado foráneos (v., por ej., aa. de 23 de diciembre de 1998 relativos a Hassan II y Teodoro Obiang Nguema; 19 de noviembre de 1998, 4 de marzo de 1999 y 4 de noviembre de 2005, relativos a Fidel Castro; 25 de octubre de 1999 sobre Slobodan Milosevic; 15 de junio de 2001, relativo a Alan García y Alberto Fujimori; 24 de marzo de 2003, relativo a Hugo Chávez...Es también interesante el a. de 26 de abril de 1999, de archivo de denuncias contra la OTAN por el bombardeo de Serbia, arguyendo que la supuesta comisión de los delitos reconduciría su atribución a personas pertenecientes a la OTAN, lo que haría aflorar la inmunidad...).

En el plano de la doctrina más autorizada, el *Instituto de Derecho Internacional* (Cracovia, 2005) advierte que su afirmación de la competencia universal en materia penal respecto de crímenes internacionales es “sin perjuicio de las inmunidades establecidas por el Derecho Internacional” (p.6). Más adelante (Nápoles, 2009) el *Instituto* ha declarado que “ninguna inmunidad de jurisdicción, salvo la personal conforme al Derecho Internacional, se aplica en caso de crímenes internacionales” (Art. III.1, énfasis añadido).

Si nos atenemos a las formulaciones que figuraron en sucesivos proyectos de resolución la relación incluiría a Jefes de Estado y de Gobierno, ministros del gobierno central en misión especial, miembros de estas misiones tal como se contemplan en la Convención de 1969, así como de las misiones y delegaciones permanentes en organizaciones y conferencias internacionales y agentes diplomáticos y consulares. Dentro de esta relación se distinguía a los Jefes de Estado y de Gobierno porque su inmunidad operaba dondequiera se encontrasen, mientras que las de los demás se reconocían sólo respecto del país receptor o de tránsito. No faltaban quienes proponían la inclusión de los ministros de relaciones exteriores en la categoría de los jefes de Estados y de gobierno, partiendo de que también a ellos se le reconoce representación del Estado sin plenipotencia en la formación de los tratados (v. par. 158). Los proyectos enfatizaban el carácter abierto de la relación al extender la inmunidad a otras personas que representan al Estado y gozan de inmunidad “conforme a los tratados o al Derecho internacional consuetudinario”. Al final puede acabar gozando de inmunidad *todo el mundo*. Pero si sólo gozan de la inmunidad *los de arriba*, se producirá una discriminación atendiendo al rango jerárquico en detrimento (como siempre) de *los de abajo*. Por más que trate de justificarse la diferencia de trato en que, por debajo de cierto nivel, los motivos que justifican la inmunidad ya no operan, parece contradictorio que se pueda perseguir a los agentes estatales de rango inferior por la comisión de crímenes planificados y ordenados por unos dirigentes políticos que van a quedar a resguardo de cualquier castigo mientras permanezcan en el cargo (J.J. Urbina).

En mi opinión, las aportaciones más interesantes de esta resolución del Instituto son: 1) el recordatorio de que las inmunidades no deberían constituir un obstáculo a las reparaciones a las que tienen derecho las víctimas (Artículo II.2,

segundo inciso). El recordatorio es más testimonial que operativo, pero marca al menos una directriz de comportamiento; y, 2) la declaración expresa de que la inmunidad personal termina cuando termina la función o la misión del beneficiario (artículo III.2).

En sucesivos proyectos, que declaraban la subsistencia de la inmunidad por los actos realizados por sus beneficiarios en ejercicio de sus funciones, se precisaba que los constitutivos de crímenes internacionales no podían ser considerados, bajo ninguna circunstancia, actos realizados en ejercicio de una función del Estado. La puntualización de que el crimen por *razón de Estado* no puede ser cubierto por la inmunidad de jurisdicción cuando se pierde la condición orgánica que la justifica pudo haber tenido también un sentido pedagógico, especialmente para atajar la tentación de sugerir que los Jefes de Estado y de Gobierno deberían gozar de una inmunidad absoluta, no sólo en el cargo sino también después del cargo, si con él no se les va la vida.

Ciertamente esas inmunidades no son un salvoconducto definitivo para la impunidad, pero sí lo son indefinido. Mientras un presunto criminal ocupa un cargo público, cabe rechazarlo en frontera como *persona non grata*, negarle la entrada como miembro de una misión especial, o expulsarlo, pero no cabe procesarlo ni arrestarlo, a menos que el gobierno del país al que representa renuncie a su inmunidad, lo que es improbable.

Las inmunidades no operan frente a tribunales internacionales (Estatutos del TPIY, art. 7.2; TPIR, art. 6.2; CPI, art. 27), pues no les afectan las razones con que se tratan de justificar ante los jueces estatales. El TPIY procesó a Slobodan Milosevic en mayo de 1999, cuando aún ocupaba la Presidencia de la RF de Yugoslavia. La Corte Penal Internacional ha procesado al Presidente del Sudán, Omar Al Bachir, y a uno de sus ministros. No se puede forzar, sin embargo, el deber de cooperación de los Estados en la entrega de una persona si hacerlo es incompatible con sus obligaciones al respecto (Estatuto CPI, art. 98). Y no estamos refiriéndonos sólo a las inmunidades dispuestas por normas generales o consuetudinarias del Derecho Internacional, sino a los racimos de acuerdos que grandes potencias, como Estados Unidos, han suscrito *urbi et orbe* para proteger a sus agentes, civiles y militares, en el extranjero, aunque quepa sugerir que al celebrar tales acuerdos con el Estatuto ya en vigor los Estados que son partes en él infringen obligaciones estatutarias o, por lo menos, actúan en forma contraria al objeto y fin del Estatuto (v. par. 590).

Desde un punto de vista de política legislativa cabría considerar excepciones a la norma. El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos de la persona y la igualdad de los ciudadanos ante la ley chirrían frente a la inmunidad de los agentes extranjeros, especialmente cuando se les imputa un crimen internacional (C. Espósito). El juez Al-Khasawneh, disidente (*Orden de arresto*, 2002), sostuvo que si las normas que prohíben los crímenes internacionales son *ius cogens* deben prevalecer sobre las normas que establecen la inmunidad de jurisdicción de un ministro de relaciones exteriores. También cabría sugerir que la inmuni-

dad no ha de operar frente a los jueces *naturales* (cuya jurisdicción se funda en una conexión territorial o personal con el crimen) aunque se mantenga frente al juez *universal*, o proponer que el Consejo de Seguridad, en ejercicio de sus competencias conforme al Capítulo VII de la Carta, retire la inmunidad de los agentes de un Estado eventualmente implicados en la comisión de crímenes a fin de que sea posible su persecución por jueces estatales. No obstante, hay que aproximarse con prudencia a esta cuestión, porque también las normas sobre inmunidades responden a intereses esenciales de la comunidad internacional y las excepciones, aparte de su carácter intrínsecamente desestabilizador, podrían ser aprovechadas políticamente para hostigar a quienes encarnan la representación de un Estado extranjero más como *enemigos* que como *criminales*.

607. La responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes: la inmunidad del Estado extranjero

En 2005 la Asamblea General (res. 60/147) adoptó unos *principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*. Entre esos principios se proclama el derecho del acceso a la justicia y a un procedimiento justo e imparcial, precisándose que “las obligaciones resultantes del Derecho Internacional para asegurar(lo) deberán reflejarse en el Derecho interno” (Pp. IX, párrafo 12º). Esto es conducente a la previsión en cada sistema legal de las previsiones procesales y sustantivas requeridas para deshacer sus propios entuertos, pero no más. La obligación es expresamente enunciada en diferentes tratados sobre derechos humanos (así, por ej., el Pacto de NU sobre derechos civiles y políticos, 1966, arts. 9.5 y 14.6, o el Convenio contra la Tortura, 1984, art. 14.1). En un plano internacional las víctimas podrán acudir a los remedios que ofrezcan los mecanismos de protección de los derechos humanos (v. par. 538, 546, 553) o requerir de su gobierno el ejercicio de la protección diplomática (v. par. 357-363). ¿Acaso podrán también plantear una acción ante los tribunales de su propio país o de un tercero donde descubra un fundamento de jurisdicción, confiando en que la inmunidad del Estado extranjero no opere?

La Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2005) no comprende las actuaciones penales (la res. 59/38 a la que se aneja la Convención ha creído oportuno puntualizarlo) y, por tanto, no se ocupa de la vidriosa cuestión de la responsabilidad civil del Estado por crímenes imputados a sus agentes (v. par. 420). En realidad, cuando la cuestión aflora en el marco de un problema más general, acaba siendo inevitable excluirla para evitar que acabe arruinándolo todo. Así, cuando el *Instituto de Derecho Internacional* quiso (Nápoles, 2009) aprobar una resolución sobre crímenes internacionales e inmunidades, no tuvo más remedio que dejar fuera las acciones civiles contra un Estado extranjero planteadas por víctimas de

crímenes de los que eran responsables sus agentes. En realidad, el piso estaba deslizando por encontrarse *sub iudice* ante la Corte Internacional de Justicia la demanda interpuesta por la RF de Alemania contra Italia sobre las *Inmunidades de jurisdicción del Estado* (2008). Según la *Corte di Cassazione* (caso *Ferrini*, 2004) un Estado (Alemania) no puede invocar inmunidad en estos supuestos, sea cual sea el lugar de comisión del crimen. El caso tenía que ver con hechos ocurridos durante la segunda guerra mundial. Este criterio había sido confirmado por decisiones posteriores; incluso se estaban ejecutando en Italia sentencias similares de tribunales griegos, relativas a matanzas imputadas a unidades alemanas durante su retirada (1944).

Cuando se considera esta cuestión es necesario apreciar previamente el fundamento de la jurisdicción que trata de ejercerse. Desde luego, cuando la acción contra el Estado extranjero se ejerce allí donde se ha producido la violación grave de un derecho humano fundamental, un atentado a la vida, la aplicación de torturas..., plantearse la cuestión de la inmunidad del Estado es pertinente. Lo mismo cabe decir siempre que se afirma la jurisdicción sobre cualquier otro fundamento conforme con el Derecho Internacional, sea la nacionalidad o la residencia de las víctimas o el principio de jurisdicción universal.

¿Debe impedir la inmunidad el ejercicio de la jurisdicción conforme con normas internacionales? ¿Debe acomodarse la respuesta atendiendo al fundamento de dicha jurisdicción? Reconocida la inmunidad penal del agente extranjero en activo, ¿cabe perseguir al Estado cuyas órdenes cumple? Aunque existe una relación cierta entre el crimen del agente y la responsabilidad del Estado, no parece que los principios que animan la jurisdicción y fijan la inmunidad de aquél deban aplicarse mecánicamente a éste. Si rechazar la inmunidad del Estado en un caso de violación grave de derechos humanos planteado ante los jueces del lugar en que se ha producido el crimen parece más que justificado en sus propios méritos, la cuestión es más compleja cuando se pretende fundar la jurisdicción en la nacionalidad o en la residencia habitual de la víctima y, más aún, en el principio de jurisdicción universal, pues primero debería verificarse que esa competencia existe. Si la respuesta es negativa el discurso sobre la inmunidad está de más.

La extraterritorialidad de la jurisdicción estatal ha de mirarse con circunspección, en particular cuando se invoca el principio de protección de intereses estatales esenciales o se confunden éstos con los de la comunidad internacional en su conjunto. En materia de torturas o de terrorismo no es difícil encontrar supuestos en que se utiliza la acción judicial sobre hechos ocurridos en el extranjero no tanto para reprimir los crímenes como para acosar a países que se consideran *hostiles* (v. par. 428).

Dicho esto, en términos *de lege lata* no cabe sustentar por ahora de manera categórica la existencia de una norma de Derecho Internacional general que ampare la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero cuando la demanda

es motivada por una violación grave de derechos humanos, un crimen internacional, como unas torturas o una ejecución extrajudicial.

Enfrentado a la cuestión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Al-Adsani*, 2001) ha considerado que el derecho de acceso a los tribunales (art. 6 de la Convención Europea) no es absoluto, sino que está sujeto a limitaciones que, sin atacar la esencia del derecho, se postulan como un medio razonable para satisfacer un fin legítimo. En el caso sometido a su consideración el TEDH estima que la limitación de acceso está justificada por el cumplimiento de la norma internacional general que prescribe la inmunidad soberana de los Estados y busca promover las buenas relaciones mediante el respeto de las respectivas soberanías estatales. No obstante, la decisión se tomó por la más estrecha de las mayorías (nueve contra ocho), lo que, en cierto modo, deja las espadas en alto. La minoría, atendiendo a la superior jerarquía de la norma prohibitiva de la tortura, parece decantarse por una afirmación de jurisdicción estatal frente a la que no cabría oponer la inmunidad del Estado extranjero.

Un planteamiento así, con esa u otras motivaciones, permite marcar una tendencia favorable a la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero frente al crimen internacional. No obstante, la argumentación en términos de jerarquía normativa ha sido criticada (C. Tomuschat) por ignorar la distinción entre normas primarias (entre ellas, la que prohíbe la tortura) y secundarias (entre las que figura la inmunidad de jurisdicción) pertenecientes a órdenes separados, como la Corte Internacional de Justicia ha subrayado al afirmar o negar su competencia conforme a fundamentos irreductibles al objeto de una demanda fundada en la violación de normas imperativas (v. par. 475).

En todo caso parece demasiado elemental tratar de establecer una suerte de justicia universal *civil* aplicable a los Estados sobre el molde de la justicia universal aplicable, bajo determinadas condiciones, a los individuos responsables de crímenes internacionales. Sería preferible, pues, acomodar las legítimas pretensiones de las víctimas de un crimen internacional mediante otros mecanismos, en particular, la articulación de tribunales internacionales que diriman estos asuntos, o la reconversión de la protección diplomática para ponerla al servicio de las víctimas, revisando su concepción como un derecho del Estado soberano (v. par. 357). Eventualmente, mientras la inmunidad se considera asentada en una norma segura, cabría salvar el ilícito que supondría ignorarla presentando el ejercicio de jurisdicción como una *contramedida* inducida por el ilícito del Estado demandado, la violación grave de los derechos humanos (v. par. 341). A ver qué pasa.

Información Bibliográfica

A. Sin ánimo de exhaustividad cabe mencionar las siguientes **obras generales** publicadas u objeto de nuevas ediciones en España en los últimos tres años (2008-2010):

M. Díez de Velasco, *Instituciones de DIP*, 17ª ed., Madrid, 2009

J.D. González Campos, L.I. Sánchez Rodríguez y P. Andrés, *Curso de DIP*, 4ª ed. rev., Madrid, 2008

C. Gutiérrez Espada y M.J. Cervell, *El DI en la encrucijada. Curso General de DIP*, 2ª ed. rev., Madrid, 2008

C.B. Jiménez Piernas, *Introducción al DIP. Práctica española*, Madrid, 2009

J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de DIP y OI*, 14ª ed., Madrid, 2010

En cuanto a las publicadas o reeditadas en el entorno europeo en este mismo trienio:

I. Bronwlie, *Principles of PIL*, 7ª ed., Oxford, 2008

J. Combacau y S. Sur, *DIP*, 8ª ed., París, 2008

P. Daillier, M. Forteau y A. Pellet, *DIP*, 8ª ed., París, 2009

B. Bajo la etiqueta de **Preliminares** recogemos planteamientos sobre la sociedad y el Derecho Internacional que permiten reflexiones multidireccionales animadas por el afán de ofrecer una visión propia de esa sociedad y ese Derecho o de algunos de sus componentes esenciales. Al igual que haremos en los sucesivos apartados de esta información nos limitaremos a mencionar libros o monografías (y algunos cursos y obras colectivas) publicados en el decenio (2000-2010), resaltando los editados en España, sin por ello dejar de prestar atención a los que han aparecido en otros países (especialmente, pero no sólo, en lengua inglesa y francesa). Entendemos que dar a conocer los resultados de la investigación en temas jurídico-internacionales en España interesa tanto a los lectores locales (por su mayor accesibilidad) como a los foráneos (por su general ignorancia). Esta última se alimenta tanto del desinterés de quienes consideran la lengua inglesa el principio y fin de todas las cosas, como de la proclividad de los publicistas españoles *to be fashion*, citando hasta la más banal contribución publicada en el extranjero y omitiendo las aportaciones de sus compatriotas. Como del hilo se saca el ovillo, los lectores interesados encontrarán en las obras citadas más que suficientes referencias a artículos publicados en anuarios, revistas, libros homenajes y otros soportes. Naturalmente, el límite temporal decenal de nuestra relación ha de entenderse de manera flexible, por lo que, de vez en cuando, serán mencionadas monografías anteriores al 2000, entre ellas las firmadas por los autores de este Curso (tanto porque la caridad bien entendida comienza por uno mismo, como porque lo que aquí se dice es (con)secuencia natural de lo que ya se dijo). Partiendo de estas bases las obras que deseamos mencionar en este apartado son las siguientes

En lengua española: A. Remiro, *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, Madrid, 1996; *íd.*, “Dervertibración del DI en la sociedad globalizada”, *Cur. Euro-mediterráneos Bancaja de DI*, v. V, 2001, 45; C. del Arenal, «La nueva sociedad mundial y las nuevas realidades internacionales: un reto para la teoría y para la política», *Cur. DI Vitoria 2001*, 17; *Id.*, “Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales”, *Cur. DI Vitoria 2008*, 181; S. Salinas, *El DI y algunos de sus contrastes en el cambio de milenio*, Zaragoza, 2001; J. A. Carrillo, *Globalización y DI*, Sevilla, 2004 (2ª ed., 2005); C.M. Díaz Barrado, *El DI del tiempo presente*, Madrid, 2004; L. Pérez-Prat, *La provin-*

cia del DI, Madrid, 2004; M. Pinto, *El DI: Vigencia y Desafíos en un escenario globalizado*, México, 2004; R. Riquelme, *DI entre un orden global y fragmentado*, Madrid, 2005; D. García San José, *El DI postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*, Valencia, 2008; P.J. Martín, *Los paradigmas del DI*, Granada, 2008.

En otro orden, I. Aguirre, "Globalización, acontecimiento, violencia", *Cur DI Vitoria 2003*, 185; E. Barbé, "Orden internacional: ¿uno o varios? Neoimperialismo, caos y posmodernidad", *Cur. DI Vitoria 2004*, 155; C. García Segura y A.J. Rodrigo (eds.), *El Imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Madrid, 2004; C. García Segura y E. Vilariño Pintos (eds.), *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Bilbao, 2005; G. Palomares, *Relaciones Internacionales en el siglo XXI*, Madrid, 2006; M. Ortega, *Cosmocracia*, Madrid, 2006; J.A. Sanahuja, "¿Un mundo unipolar, multipolar, o apolar? La naturaleza y la distribución del poder en la sociedad internacional contemporánea", *Cur DI Vitoria 2007*, 297; C. García Segura y A. J. Rodrigo, *Los límites del proyecto imperial. Estados Unidos y el orden internacional en el siglo XXI*, Madrid, 2008. R. Soriano y J.J. Mora han ofrecido (*El Nuevo Orden Americano, ¿La muerte del Derecho?*, Córdoba, 2005) una selección de textos inéditos de nueve autores con diferentes puntos de vista sobre el "nuevo orden".

Asimismo, M. Abad, *¿Una alternativa solidaria a la barbarie? Las ONG en la nueva sociedad global*, Madrid, 2004; C. Teijo, *OI no gubernamentales y DI*, Madrid, 2005; L. Pérez-Prat, *Sociedad civil y DI*, Valencia, 2004; V. Abellán y J. Bonet (dir.), *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del DIP*, Barcelona, 2008.

X. Fernández Pons, *La OMC y el DI. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del DI General*, Madrid, 2006.

Dos "clásicos" han sido traducidos al español: H. Bull (*La sociedad anárquica. Un estudio sobre el orden en la política mundial*, Madrid, 2005, por I. Martín, prólogo de C. García Segura, sobre la 3ª ed. Inglesa, *The Anarchical Society*, preparada por A. Hurrell, 2002), y J.H. Jackson (*Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del DI*, Madrid, 2009, por N. Carrillo, del original *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of IL*, Cambridge UP, 2006). Clásico o no, también se ha traducido a D. Kennedy (*Rompiendo moldes en el DI: cuando la renovación es repetición*, Madrid, 2002, por I. Forcada).

En otras lenguas, W.G. Grewe, *The Epochs of IL*, Berlín, 2000; O. Casanovas, *Unity and Pluralism in Public IL*, La Haya, 2001; P.M. Dupuy, "L'unité de l'ordre juridique international", *R. des C.*, 2002, t. 297, 9; M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of IL (1870-1960)*, Cambridge, 2002; Id., *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument. Reissue with a New Epilogue*, Cambridge, 2004; Id., "The Politics of IL", *CEBDI*, vol. VIII/IX, 2004-2005, 51; G. Simpson, *The Nature of IL*, Dordrecht, 2002; E. Roucouas, "Facteurs Privés et DIP", *R. des C.*, 2003, t. 299, 13; G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004; V. Gowlland-Debbas, "Law-Making in a Globalized World", *CEBDI*, vol. VIII-IX, 2004-2005, 505; J. L. Goldsmith y E.A. Posner, *The Limits of IL*, Oxford, 2005; M. D. Evans (ed.), *IL*, Oxford, 2006; P. Picone, *Comunità Internazionale e Obblighi 'erga omnes'*, Nápoles, 2006; P. Schiff Berman, *The Globalization of IL*, Aldershot, 2005; A. Zimmermann y R. Hoffmann, con la colaboración de H. Goeters, *Unity and Diversity of IL*, Berlín, 2006; A. Cançado Trindade, *A humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, 2006; A. Carty, *Philosophy of IL*, Edimburgo, 2007; E. Jouannet y H. Ruiz Fabri (ed.), *Imperialisme et DI en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, 2007; A. Cassese y P. Gaeta, *Le sfide attuali del DI*, Bolonia, 2008; R. Wolfrum y V. Röben (eds.), *Legitimacy in IL*, Heidelberg, 2008; P. Capps, *Human Dignity and the Foundations of IL*, Oxford-Portland, 2009; A. Halpin y V. Roeben (eds.), *Theorising the Global Legal Order*, Oxford, 2009; D. Kinley, *Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy*, Cambridge, 2009; J. Klabbers, A. Peters y G. Ulfstein, *The Constitutionalization*

of *IL*, Oxford, 2009, especialmente recomendable; P. Paone, *L'ordinamento internazionale in tempo di crisi*, Nápoles, 2009; F. Johns, R. Joyce y S. Pahuja (eds.), *Events: The Force of IL*, Cavendish, 2010; J. Kammerhofer, *Uncertainty in IL*, Cavendish, 2010; Ch. Leben, *The advancement of IL*, Oxford, 2010; T. Skouteris, *The Notion of Progress in IL Discourse*, La Haya, 2010; S. Wheatley, *The Democratic Legitimacy of IL*, Oxford, 2010.

En otro orden, J. Strawson (ed.), *Law after Ground Zero*, Londres, 2002; Ph. Sands, *Lawless World. America and the Making and Breaking of Global Rules*, Londres, 2005; L. Peral (ed.), *Global Security in a Multipolar World*, Paris, 2009.

C. En relación con los sujetos de Derecho Internacional mencionaremos:

1. Por lo que se refiere al Estado, su dinámica y los principios de soberanía, igualdad soberana y no intervención:

En lengua española ha de destacarse la obra que fue muy influyente en su tiempo de J.A. Carrillo, *Soberanía del Estado y DI*, Madrid, 1976. Tb. J.A. Barberis, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Buenos Aires, 2003. A. Remiro se ocupó hace años de la incidencia del poder en la conformación institucional de una esfera de influencia: *La hegemonía norteamericana, factor de crisis de la OEA*, Zaragoza, 1972; los planteamientos generales del proceso siguen teniendo validez. En el último decenio la atención se ha centrado en los problemas originados por la sucesión de Estados, especialmente en la Europa central y del Este, tras el desmoronamiento del *bloque socialista*. Así: F. Ruiz, *Sucesión de Estados y salvaguardia de la dignidad humana*, Burgos, 2001; A. Blanc, *Conflictos territoriales, interétnicos y nacionales en los Estados surgidos de la antigua Unión Soviética*, Valencia, 2004; *id.*, *La herencia soviética. La Comunidad de Estados Independientes y los problemas sucesorios*, Madrid, 2004; T. Ushakova, *La sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas: el caso de la URSS*, Madrid, 2006; R. Bermejo y C. Gutiérrez Espada, *La disolución de Yugoslavia*, Pamplona, 2007.

En otras lenguas: J. Nijman, *The Concept of International Legal Personality: an Inquiry into the History and Theory of IL*, La Haya, 2004; SFDI, *Le sujet en DI*, Paris, 2005; J. Crawford, *The Creation of States in IL*, Oxford, 1979 (2ª ed., 2006); P.M. Eisemann y M. Koskenniemi (eds.), *State Succession: Codification Tested Against the Facts/La succession d'États: la codification à l'épreuve des faits*, La Haya, 2000; M. Kohen, "La création d'États en DI contemporain", *CEBDI*, v. VI, 2002, 543; M. Schoiswohl, *Status and (HR) Obligations of Non-Recognized de Facto Regimes in IL: The Case of 'Somaliland'*, La Haya, 2004; R. Caplan, *Europe and the Recognition of New States in Yugoslavia*, Cambridge, 2005; I. Ziemel, *State Continuity and Nationality: Baltic States and Russia: Past, Present, and Future as Defined by IL*, Leiden, 2005.

R.S. Litwak, *Rogue States and US Foreign Policy*, Washington, 2000; O.C. Okafor, *Re-Defining Legitimate Statehood*, La Haya, 2000; G. Kreijen, *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford-Nueva York, 2002; M. Byers y G. Nolte (eds.), *US Hegemony and the Foundations of IL*, Cambridge, 2003; N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford-Portland, 2003; I. Prior, *Sovereignty and its Discontents*, Londres, 2004; G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge, 2004; M. Bothe (ed.), *Redefining Sovereignty: the Use of Force after the Cold War*, Ardsley-Nueva York, 2005; W. Shan, P. Simons y D. Singh, *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Oxford, 2008; C. Ryngaert, *Jurisdiction in IL*, Oxford, 2008.

2. Sobre los pueblos en su plural expresión y el principio de libre determinación (incluido el principio democrático):

En lengua española se ha prestado especial atención a los contenciosos territoriales relacionados con la libre determinación. Así: J. Soroeta, *El conflicto del Sahara Occidental*,

reflejo de las contradicciones y carencias del DI, Bilbao, 2001; J. Ferrer, *La aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos: Sahara Occidental y Timor Oriental*, Alicante, 2002. Tb. F. Baeza, *Una aproximación jurídica al contencioso de Gibraltar. La cláusula 'rebus sic stantibus' y el derecho de libre determinación de los pueblos*, Las Palmas, 2001; M. Cajal, *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar: ¿dónde acaba España?*, 2003; A. del Valle e I. González (eds.), *Gibraltar 300 años*, Cádiz, 2004; L. Coconi, *¿Islas Malvinas o Falkland Islands? La cuestión de la soberanía sobre las islas del Atlántico Sur*, Barcelona, 2007; J. Verdú, *Gibraltar. Controversia y Medio Ambiente*, Madrid, 2008.

Las minorías han dejado asimismo algunas monografías: X. Deop, *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, Bilbao, 2000; E. Conde, *La protección de las minorías nacionales en la OSCE*, Madrid, 2001; C. Díaz Barrado, C. Fernández Liesa y F. Mariño Menéndez, *La protección internacional de las minorías*, Madrid, 2001; A. Díaz Pérez de Madrid, *La protección de las minorías en DI*, Granada, 2004; C. González Enríquez, *Minorías nacionales y conflictos étnicos en Europa del Este*, Madrid, 2004; B. Arp, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, 2008.

En relación con los pueblos indígenas, cabe destacar a S. Torrecuadrada, *Los pueblos indígenas en el orden internacional*, Madrid, 2001, y *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, Madrid, 2010; y las múltiples aportaciones de las gentes de Deusto: F. Gómez Isa, *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Deusto, 2002; J.L. Gómez del Prado, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, Deusto, 2003; M. Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y Derechos Humanos*, Bilbao, 2006; N. Álvarez, *Pueblos indígenas y derecho de autodeterminación ¿Hacia un DI multicultural?*, Deusto, 2008. Tb. B. Huertas, *Los pueblos indígenas en aislamiento. Su lucha por la sobrevivencia y la libertad*, IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas), 2002; F. Mariño y J.D. Oliva (eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid, 2004.

Se ha traducido a S.J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el DI*, Madrid, 2005 (de *Indigenous Peoples in IL*, Oxford, 2004, 2ª ed.).

Sobre el principio democrático, siempre ha de recordarse a J. Roldán, *Democracia y DI*, Madrid, 1994. Ya en el último decenio M.A. Martín, *Soberanía popular y DI*, Montilla, 2007 y sobre un punto más específico, el siempre riguroso J.D. Janer, *La promoción de los derechos humanos y de los principios democráticos en las relaciones exteriores de la UE*, Barcelona, 2005.

En otras lenguas: A. Buchanan, *Justice, Legitimacy and Self-Determination: Moral Foundations for IL*, Oxford, 2004; J. Summers, *Peoples and IL*, Leiden-Boston, 2007.

I. Pappé, *A History of Modern Palestine: One Land, Two Peoples*, Nueva York, 2004; J. Quigley, *The Case for Palestine: An IL Perspective*, Durham, 2005.

A. Bayefsky (ed.), *Self-Determination in IL: Quebec and Lessons Learned*, La Haya, 2000; K. Henrad, *Devising an Adequate System of Minority Protection. Individual HR, Minority Rights and the Right to Self-Determination*, La Haya, 2000; E. McWhinney, "Self-Determination of Peoples and Plural-Ethnic States, Secession and State Succession and the Alternative, Federal Option", *R. des C.*, 2002, t. 294, 171; L. Mälksoo, *Illegal Annexation and State Continuity: The Case of the Incorporation of the Baltic States by the USSR*, Leiden-Boston, 2003; M.G. Kohen (ed.), *Secession: IL Perspectives*, Cambridge, 2006; I. Primoratz y A. Pavkovic (eds.), *Identity, Self-Determination and Secession*, Ashgate, 2006; M. Weller, *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities*, Oxford, 2005; Id., *Contested Statehood: Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford, 2009; S. Wheatley, *Democracy, Minorities and IL*, Cambridge, 2005; A. Verstichel, *Participation, Representation and Identity. The Rights of Persons Belonging to Minorities to Effective Participation in Public Affairs: Content, Justification and Limits*, Ambers-Oxford-Portland, 2009.

S.J. Anaya (ed.), *IL and Indigenous Peoples*, Hampshire, 2003; P. Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous People: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, 2003; S. Curry, *Indigenous Sovereignty and the Democratic Project*, Aldershot, 2004; J. Castellino y N. Walsh (eds.), *IL and Indigenous Peoples*, Leiden, 2005; L. Rodríguez-Pinero, *Indigenous People, Postcolonialism and IL: The ILO Regime (1919-1989)*, Oxford, 2005; D.J. Yashar, *Indigenous Movements and the State in Latin America*, Cambridge, 2005; B.J. Richardson, S. Imai y K. McNeil (eds.), *Indigenous Peoples and the Law: comparative and critical perspectives*, Oxford, 2009; S. Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2010; C. Charters, L. Malezer y V. Tauli-Corpuz (eds.), *Indigenous Voices. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, 2010.

G.H. Fox y B.R. Roth (eds.) *Democratic Governance and IL*, Cambridge, 2000; B.R. Roth, *Governmental Illegitimacy in IL*, Oxford-Nueva York, 2000; R. Ben Achour, "Le DI de la Démocratie", CEBDI, vol. IV, 2000, 325; S. Marks, *The Riddle of All Constitutions: IL, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, 2003; C. Gould, *Globalizing Democracy and HR*, Cambridge, 2004; N.E. Ghazali, "La contribution du DI à la légitimité démocratique: mutations du DI", CEBDI vol. VIII-IX, 2004-2005, 167; N. Guilhot, *The Democracy Makers: HR and the Politics of Global Order*, Nueva York, 2005; M. Halperin y M. Galic (eds.), *Protecting Democracy: International Responses*, Lanham, 2005; J. d'Aspremont, *L'État non démocratique en DI. Étude critique du DI positif et de la pratique contemporaine*, Paris, 2008; M. Rodrigues Roget, *Le système interaméricain et les principes démocratiques. L'évolution de son engagement*, Paris, 2009.

3. Sobre las Organizaciones Internacionales:

En lengua española siempre se ha considerado la presentación completa que se hace en M. Díez de Velasco, *Las OI*, Madrid, 1977 (15ª ed., 2008). En el último decenio las OI, como tales, no han atraído demasiado como objeto de estudio. Otra cosa es la Unión Europea. Por lo que concierne a nuestro ámbito: J. Santos, *La participación de la UE en OI*, Madrid, 2002; L.M. Hinojosa, *El reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros*, Valencia, 2006

En otras lenguas: A. Cançado, *Direito das OI*, Belo Horizonte, 1990 (4ª ed., 2009); H. Schermers y N.M. Blokker, *International Institutional Law*, La Haya, 1995 (4ª ed., 2004); Ch.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of IO*, Cambridge, 1996 (2ª ed., 2005); N. White, *The Law of IO*, Manchester, 1996 (2ª ed., 2005); C. Zanghi, *Diritto delle OI*, Torino, 2001 (2ª ed., 2007).

N.M. Blokker y H.G. Schermers (eds.), *Proliferation of IO: Legal Issues*, La Haya, 2001; K.G. Bühler, *State Succession and Membership in IO: Legal Theories versus Political Pragmatism*, La Haya, 2001; J.M. Coicaud y V. Heiskanen (eds.), *The Legitimacy of IO*, Nueva York, 2001; J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, 2002; M. Barnett y M. Finnemore, *Rules for the World: IO in Global Politics*, Nueva York, 2004; E. Lagrange, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des OI*, Kluwer, 2002; D. Sarooshi (ed.), *IO and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford, 2005.

D. Sobre la formación de normas y obligaciones internacionales:

1. En general

En lengua española la mención obligada es la de J. Barberis, *Formación del DI*, Buenos Aires, 1994; J. Ferrer, *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el DI*, Barcelona, 2006.

En otras lenguas: M. Koskenniemi, *Sources of IL*, Dartmouth, 2000; I.F. Dekker y H.G. Post (eds.), *On the Foundations and Sources of IL*, Cambridge, 2003; R. Huesa y K. Wellens (eds.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du DI*, Bruselas, 2006.

2. Sobre los actos unilaterales:

En lengua española es una agradable sorpresa la publicación de los trabajos de F. Jiménez García, *Los comportamientos recíprocos en DI. A propósito de la aquiescencia, el estoppel y la confianza legítima*, Madrid, 2002; D. Bondía, *Régimen jurídico de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona, 2004, y M. I. Torres Cazorla, *Los actos unilaterales de los Estados*, Madrid, 2010. Naturalmente, hay que mencionar a V. Rodríguez Cedeño, que fue relator de este tema en la CDI, *Contribución al estudio de los actos jurídicos unilaterales del Estado*, Caracas, 2004.

3. Sobre los tratados:

En lengua española las obras generales de referencia son las de A. Remiro, *DIP*, 2. *Derecho de los tratados*, Madrid, 1987; F. Villagrán, *Derecho de los tratados*, Guatemala, (2ª ed., 2003); H. Llanos Mansilla, *Teoría y Práctica del DIP*, t. I, Santiago de Chile, 3ª ed., 2005.

Sobre la formación de los tratados, el control parlamentario y el de constitucionalidad: A. Remiro, "Comentario a los arts. 93-96 de la Constitución", en O. Alzaga (ed.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Madrid, 1985, v. VII (2ª ed., 1998, 506); A. Pastor Palomar, *Las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por tratados internacionales: análisis de la práctica española*, Madrid, 2001; M.A. Martín, *La formación de los tratados internacionales. Estudio de su condicionamiento por el consentimiento del Estado y el medio y los intereses colectivos*, Córdoba, 2002; A. Castagno, *Control previo de los tratados internacionales*, Buenos Aires, 1999; V. Bazán, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Un análisis de Derecho comparado*, México, 2003; A. Rodríguez Carrión, "Democracia y política exterior", CEBDI, vol. X, 2006, 555.

Acerca de la participación de las Comunidades Autónomas: C. Conde, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000; S. Beltrán, *Los acuerdos exteriores de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 2001; C. Fernández de Casadevante, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. Balance de una práctica consolidada*, Madrid, 2001; X. Pons y E. Sagarra, *La acción exterior de la Generalitat en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Barcelona, 2006; R. García Pérez, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, 2009.

Cuenta nuestra bibliografía con excelentes estudios sobre los mecanismos para facilitar la participación en los tratados multilaterales: P.J. Martín, *Flexibilidad y tratados internacionales*, Madrid, 2003, original y brillante; R. Riquelme, *Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Murcia, 2004, referencia obligada, como se refleja en los sucesivos informes del relator de la CDI sobre este tema. Más sectoriales: A. Salado, *Las reservas a los tratados de derechos humanos*, Murcia, 2003; C. Martínez Capdevila, *Las declaraciones en el Derecho comunitario. Estudio de las declaraciones a los Tratados y al Derecho derivado*, Madrid, 2005, algo más que lo que su título indica, al ascender de lo particular a lo general.

La doctrina española no se ha prodigado sobre las causas de nulidad, terminación y suspensión de los tratados a nivel monográfico. Cuando lo ha hecho (E. Conde, *La denuncia de los tratados. Régimen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y práctica estatal*, Madrid, 2007) lo ha hecho con calidad. Lamentablemente, la carrera académica se hace en los tiempos que corren *al peso*.

Lo que se dice sobre la patología de los tratados es aplicable a las resoluciones de las OI, que se reclaman de los tratados. Hay que ir más allá del último decenio: A. J. Rodrigo, *Las*

resoluciones obligatorias de las OI de cooperación, Madrid, 1997, un investigador que nunca defrauda.

En otras lenguas: O. Corten y P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités. Commentaire article par article*, 3 vols., Bruselas, 2006, merece encabezar la relación. J. Klabbers, *The Concept of Treaty in IL*, La Haya, 1996, ha sido muy estimulante. El antiguo asesor jurídico internacional del *Foreign Office*, A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000 (2ª ed., 2006) aporta un texto claro. Tb. S. Davidson (ed.), *The Law of Treaties*, Dartmouth, 2004; D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000; J.E. Álvarez, *IO as Law-Makers*, Oxford, 2005.

Sobre las diferentes cuestiones que plantean los tratados: G. Mastrojeni, *Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Padua, 2000; Consejo de Europa, *Treaty Making — Expression of Consent by States to Be Bound by a Treaty*, Estrasburgo, 2001; S.B. Crandall, *Treaties. Their Making and Enforcement*, Nueva York, 2002; R. Wolfrum y V. Röber, *Developments of IL in Treaty-Making*, Berlín, 2005; A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, París, 2005; G. Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non gouvernementales sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruselas, 2001; C. Gennarelli, *Le riserve ai trattati internazionali*, Milán, 2001; Ph. Pazartzis, *La succession d'Etats aux traités multilatéraux à la lumière des mutations territoriales récentes*, París, 2002; C. Laly-Chevalier, *La violation du traité*, Bruselas, 2005; D.W. Greig, *Invalidity and the Law of Treaties*, Londres, 2006.

4. Acerca de las normas consuetudinarias, las obligaciones 'erga omnes' y el 'ius cogens:

En lengua española es éste uno de los vacíos en términos de aportación monográfica específica en el primer decenio del siglo. Incluso por lo que hace a la costumbre hay que remontarse a títulos de hace veinte años: L. Millán, *La 'opinio iuris' en el DI contemporáneo*, Madrid, 1990; R. Huesa, *El nuevo alcance de la 'opinio iuris' en el DI contemporáneo*, Valencia, 1991.

En otras lenguas: M.E. Villiger, *Customary IL and Treaties*, La Haya, 1997; M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules: IR and Customary IL*, Cambridge, 1999; V. Gowlland-Debbas (ed.), *Multilateral Treaty-Making. The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, La Haya, 2000; G. Cahin, *La coutume internationale et les OI. L'incidence de la dimension institutionnelle sur le processus coutumier*, París, 2001; Y. Daudet, «Actualités de la codification du DI», *R. des C.*, t. 303, 2003, 9; Y. Dinstein, "The Interaction Between Customary IL and Treaties", *R. des C.*, t. 322, 2006, 243; M. Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, 1996; P.C. Szasz, *Selected Essays on Understanding International Institutions and the Legislative Process*. Ardsley, 2001.

M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations 'Erga Omnes'*, Clarendon, Oxford, 2000; V.D. Degan, "The scope and patterns of 'Erga Omnes' Obligations in IL", *CEBDI*, vol. X, 2006, 271; Ch. Tomuschat y J.M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, 2006.

E. Sobre la aplicación y cumplimiento del Derecho Internacional

1. Aplicación, interpretación y concurrencia de normas y obligaciones internacionales.

En lengua española: J. Díez-Hochleitner, *La posición del DI en el ordenamiento comunitario*, Madrid, 1998; A.G. López Martín, *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Madrid, 2002; E. Orihuela, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Madrid, 2004 I. Gómez Fernández, *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y*

el DI, Valencia, 2004. Haciendo zoom sobre medio ambiente: A.J. Rodrigo, “Nuevas técnicas jurídicas para la aplicación de los tratados internacionales de medio ambiente”, *Cur DI Vitoria* 2001, 155; R.M. Fernández Egea, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, Madrid, 2008.

En otras lenguas: A. Chayes y A.H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge (Mass.), 1995; M Burgstaller, *Theories of Compliance with IL*, Leiden, 2005; D.B. Hollis (ed.), *National Treaty Law and Practice*, Leiden, 2005.

P.H. Weckel, *La concurrence des traités dans l'ordre international*, París, 1993; R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2008; L. Gradoni, ‘Regime failure’ del DI, Milán, 2009.

Tb. G. Cataldi y A. Papa, *Formazione del diritto comunitario e internazionale e sua applicazione interna. Il ruolo delle Regioni e dello Stato nelle esperienze italiana e spagnola*, Nápoles, 2005.

2. La responsabilidad internacional y la aplicación coactiva del DI:

En lengua española ha de destacarse la serie sucesiva de C. Gutiérrez Espada, “*Quo vadis* responsabilidad? (del ‘crimen internacional’ a la ‘violación grave de normas imperativas’)”, CEBDI, vol. V, 2001, 383; *El hecho ilícito internacional*, Madrid, 2005; *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia, 2005; *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones (Balance provisional de coincidencias y matices)*, Murcia, 2010. Sobre la responsabilidad internacional de las OI, A. Rey, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las OI*, Valencia, 2006; L. Huici, *El hecho internacionalmente ilícito de las OI*, Barcelona, 2007; J.M. Cortés, *Las OI: codificación y desarrollo progresivo de su responsabilidad internacional*, Sevilla, 2008, muy pormenorizada. Sobre la responsabilidad internacional de NU, F. Vacas, *La responsabilidad internacional de NU. Fundamento y principales problemas de su puesta en práctica*, Madrid, 2002. Asimismo, J.F. Lozano, *La noción de diligencia debida en DIP*, Barcelona, 2007; R. Huesa (coord.), *Derechos Humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva. Intersección de sistemas*, Madrid, 2008.

L. Pérez-Prat, *Cooperación política y CCEE en la aplicación de sanciones económicas internacionales*, Madrid, 1991;

Se ha publicado el informe final (2001) del relator especial de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados J. Crawford, con introducción y apéndices traducidos por L. Fonseca, bajo la supervisión de C. Espósito (*Los artículos de la CDI sobre la responsabilidad internacional del Estado*, Madrid, 2004).

En otras lenguas: N.H.B. Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2000; P.N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in IL*, Oxford, 2000; P.M. Dupuy, *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, París, 2003; B. Stern, “La responsabilité internationale des États: perspectives récentes », CEBDI, vol. VII, 2003, 645; M. Fitzmaurice, *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, Oxford, 2004; M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays O. Schachter*, Leiden, 2005; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, París, 2005; E. Katselli, *The Problem of Enforcement in IL. Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, Cavendish, 2009.

M. Malloy, *US Economic Sanctions: Theory and Practice*, La Haya, 2001; L. Picchio Forlani y L.A. Sicilianos, *Les sanctions économiques en DI/Economic Sanctions in IL*, Leiden-Boston, 2004; P. Walleensteen y C. Staibano (eds.), *International Sanctions. Between Words and Wars in the Global System*, Londres-Nueva York, 2005.

F. Sobre la dimensión personal de la soberanía

En lengua española: F. Mariño y otros, *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, 1995 (2ª ed., 2003); M.A. Presno, *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, 2003; N. Camps (ed.), *El DI ante las migraciones forzadas*, Lérida, 2005; E. Linde y J.A. Moreno (eds.), *Inmigración, extranjería y asilo*, Madrid, 2005; A. del Valle y M.A. Acosta (eds.), *Inmigración irregular y Derecho*, Cádiz, 2005; J. Soroeta (ed.), “Problemas actuales de la inmigración”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VII, 2006; F. Vacas, *Los tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios. Contexto, marco jurídico y contenido*, Madrid, 2007; R. Durán y M. Martín, *La integración política de los inmigrantes. La vía del sufragio*, Granada, 2008; A. Chueca, V.L. Gutiérrez Castillo, I. Blázquez Rodríguez (coords.), *las migraciones internacionales en el Mediterráneo y la UE*, Barcelona, 2009. Tb. J. Jiménez Ugarte, *Práctica consular e inmigración*, Valencia, 2008.

J. Quel, “Nueva aproximación a una institución clásica: la necesaria adaptación de la protección diplomática a los actores y factores presentes en la actual sociedad internacional”, *Cur. DI Vitoria 2002*, 339; E. Crespo, *Nuevas formas de protección del individuo en DI: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, 2005; H. Torroja, *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, 2007. Tb., I. García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, Valencia, 2005.

M.I. Torres Cazorla, *La sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas físicas*, Málaga, 2001.

En otras lenguas: C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in IL*, Cambridge, 1990 (2ª ed., 2004); J.F. Flauss (ed.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruselas, 2003; J. Paulsson, *Denial of Justice in IL*, Cambridge, 2005.

Tb. C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001; P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, 2008; A. Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008; S.P. Subedi, *International Investment Law*, Oxford-Portland, 2008; I. Alvik, *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*, Oxford, 2010.

G. Sobre la dimensión territorial de la soberanía

1. Espacio terrestre y aéreo

En lengua española: J. A. Barberis, “El territorio del Estado”, *CEBDI*, 2000, v. 4, 223; L. Pérez-Prat, *La frontera triangular*, Madrid, 1999.

Sobre algunos problemas que interesan a España: A. Remiro, *Territorio nacional y Constitución 1978*, Madrid, 1978; C.R. Fernández Liesa, *La cuestión de Olivenza*, Valencia, 2005. Acerca de la cooperación transfronteriza, C. Fernández Casadevante, *La cooperación transfronteriza en el Pirineo*, Oñati, 1990; A. Herrero, *La cooperación transfronteriza hispano-portuguesa en 2001*, Madrid, 2002; Ministerio de las Administraciones Públicas, *El régimen jurídico de la cooperación transfronteriza entre entidades territoriales: del Convenio marco del Consejo de Europa a los Tratados de Bayona y Valencia*, Madrid, 2004; J. Pueyo, M.T. Ponte, W.W. Brito y N. Venade, *El régimen jurídico de la cooperación transfronteriza hispano-portuguesa entre entidades e instancias territoriales a la luz del tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre Cooperación Transfronteriza de 3 de octubre de 2002/O regime jurídico...*, Santiago de Compostela/Braga, 2004; E.J. Martínez Pérez (coord...), *La adaptación de los organismos de cooperación transfronteriza por las Comunidades Autónomas*, Valladolid, 2006; A. Valle y R. El Houdaigui, *Las dimensiones internacionales del estrecho de Gibraltar*, Madrid, 2005; J.J. Fernández Alles (coord.), *El estrecho de Gibraltar como espacio jurídico común*, Valencia, 2009.

E.J. Rey Caro, "El Derecho de los cursos de agua internacionales", CEBDI, vol. VII, 2003, 505; A.M. Aura, *La regulación internacional del agua dulce. Práctica española*, Pamplona, 2008; C. Gutiérrez Espada, R. Riquelme, E. Orihuela et al. (Coords.), *El agua como factor de cooperación y de conflicto en las relaciones internacionales contemporáneas*, XXII Jornadas de la AEPDIRI (Murcia, 2007), Murcia, 2009.

S. Ripol, *La reglamentación internacional de la navegación aérea a los sesenta años del Convenio de Chicago*, Instituto Iberoamericano de D^o Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, 2006.

En otras lenguas: M.G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, París, 1997; L.I. Sánchez Rodríguez, « l'uti possidetis et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers », *R. des C.*, t. 263, 1997, 119; G. Distefano, *L'ordre international entre l'égalité et effectivité. Le titre juridique dans le contentieux territorial*, Paris-Ginebra, 2002; S. Lalonde, *Determining Boundaries in a Conflicted World: The Role of Uti Possidetis*, Montreal, 2002; J. Castellino y S. Allen, *Title to Territory in IL: A Temporal Analysis*, Aldershot, 2003; M.N. Shaw (ed.), *Title to Territory*, Dartmouth, 2006.

S.C. McCaffrey, *The law of international watercourses: non-navigational uses*, Oxford, 2001; A. Tanzi y M. Arcari, *The United Nations Convention on the Law of international Watercourse: A framework for sharing*, La Haya, 2001; I. Kayaher, *Equitable Utilization. The Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, Dordrecht, 2002; L. Boisson de Chazournes y S.M.A. Salman (eds.), *Water Resources and International Law*, La Haya, 2005.

N. Jasentuliyana (ed.), *International Space Law and the UN*, La Haya-Bosotn-Londres, 1999; Ch. Cheng (ed.), *The Utilisation of the World's Air Space and Free Outer Space in the 21st Century*, La Haya, 2000; I.H.P. Diederiks-Verschoor y V. Kopal, *An Introduction to Space Law*, La Haya, 3^a ed., 2007.

2. Espacios marinos

En lengua española: J.M. Sobrino (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio. Tendencias jurídicas, actores y factores*, XXI Jornadas de la AEPDIRI (La Coruña, 2005), Valencia, 2007.

Sobre diferentes puntos del Derecho Internacional del Mar: R. Carnerero, *El régimen de navegación por la ZEE*, Madrid, 1999; I. González, *Bahías. Su regulación en el DI del Mar*, Cádiz, 1999; N. Navarro Batista, *Fondos marinos y patrimonio común de la Humanidad*, Salamanca, 2000; M. Berlanga, *La regulación jurídica de los recursos vivos de la alta mar: especial referencia a los intereses españoles*, Madrid, 2003; E. Martínez Pérez, *El desarrollo sostenible como justificación de las acciones unilaterales para la conservación de los recursos marinos*, Madrid, 2004; M. Aznar, *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Valencia, 2004; V. Bou, *La flota imperial española y su protección como patrimonio cultural subacuático*, Valencia, 2005; F.J. Carrera, *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Salamanca, 2005; J.L. Meilán (dir.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Pamplona, 2006; J. González Jiménez, *El Mar Mediterráneo: régimen jurídico internacional. De las zonas de pesca a las zonas de protección*, Barcelona, 2007; A.G. López Martín, *La navegación por los estrechos. Geoestrategia y Derecho*, Madrid, 2008; J.M. Sobrino, "Piratería y terrorismo en el mar", *Cur. DI Vitoria 2008*, 81. Para una consideración de la ratificación española de la CONVEMAR, R. Riquelme, *España ante la Convención sobre el Derecho del mar. Las declaraciones formuladas*, Murcia, 1990.

Un interés particular han despertado los problemas de delimitación de los espacios marinos: A. de Almeida, *El DI de la delimitación de los espacios marinos de soberanía económica*, Madrid, 1999; E. Ruiloba, *Circunstancias especiales y equidad en la delimitación de los espacios marítimos*, Zaragoza, 2001; E. Orihuela, *España y la delimitación de sus espacios*

marinos, Murcia, 1989; A. V. Gutiérrez Castillo, *España y sus fronteras en el mar. Estudio de la delimitación de sus espacios marinos*, Madrid, 2004; Id., *El Magreb y sus fronteras en el mar. Conflictos de delimitación y propuestas de solución*, Barcelona, 2009; J.M. Faramiñán y V.L. Gutiérrez Castillo, *El Mediterráneo y la delimitación de su plataforma continental*, Valencia, 2007. Tb., F. Baeza, *Canarias y el Principio Archipelágico*, Las Palmas, 2007

En otras lenguas: Un comentario sistemático de la Convención de 1982 en M.H. Nordquist (ed.), *UN Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary*, 5 v., Dordrecht. Asimismo, T. Scovazzi, "The Evolution of IL of the Sea", *R. des C.*, 2000, t. 286, 39; H. Caminos, *Law of the Sea*, Hampshire, 2001; D. Rothwell y T. Stephens, *The IL of the Sea*, Oxford, 2010.

D. Vignes, G. Cataldi y R. Casado, *Le droit international de la pêche maritime*, Bruselas, 2000; L. Lucchini, "L'Etat insulaire", *R. des C.*, 2000, t. 285, 251; Académie de la Mer, *Le plateau continental étendu aux termes de la CNUDM du 10 décembre 1982. Optimisation de la demande*, Paris, 2004; E. Roucouas, « Effectiveness of IL for the Users of the Sea », CEBDI, vol. VIII-X, 2004-2005, 855; C. Espaliù, *Le passage inoffensif des navires de guerre étrangers dans la mer territoriale. Portée du régime contenu dans la Convention des NU sur le Droit de la Mer*, Bruselas, 2006.

H. Sobre el Estado extranjero, sus agentes y las relaciones diplomáticas y consulares

En lengua española: E. Vilarino, *Curso de Derecho Diplomático y Consular. Parte general y textos codificados*, Madrid, 1987 (3ª ed. 2007); Id., "La diplomacia directa. Su alcance y valor actual", *Cur DI Vitoria* 2000, 293.

L.I. Sánchez Rodríguez, *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Madrid, 1990; F. J. Quel, *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el DI y en la práctica española*, Madrid, 1993; F. Villagrán, *Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros: excepciones civiles y comerciales*, Guatemala, 1994; A. Soria, *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Madrid, 1995; C. Espósito, *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Madrid, 2007; F. Gascón, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Madrid, 2008.

En otras lenguas: E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Viena Convention on Diplomatic Relations*, Oxford, 1976 (2ª ed. 2004); Ch. Jönsson y R. Langhorne, *Diplomacy*, vl. 2 Londres, 2004;

C. Ryngaert, *Jurisdiction in IL*, Oxford, 2008.

I. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2002; S. Sucharitkul, "Immunities from Jurisdiction in Contemporary IL", CEBDI, vol. VI, 2002, 701; J.W. Dellapenna, *Suing Foreign Governments and Their Corporations*; Washington, D.C., 2003 (2ª ed.); A. Dickinson, R. Lindsay y J.P. Loonam, *State Immunity*, Oxford, 2004; I. Pingel (ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, París, 2004; J. Verhoeven, *Le DI des immunités*, París, 2004; E.K. Bankas, *The State Immunity Controversy in IL. Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlín-Heidelberg, 2005; J. C. Barker., *The Protection of Diplomatic Personnel*, Hampshire, 2006; J. Cooper-Hill, *The Law of Sovereign Immunity and Terrorism*, Nueva York, 2006.

I. Sobre solución de controversias

1. En general, medios políticos y jurisdiccionales de arreglo

En lengua española: R. Riquelme, "El arreglo pacífico de controversias internacionales, con especial referencia a la política convencional española", *Cur. DI Vitoria* 1998, 213; V. Bou (ed.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Valencia, 2005; J. Jorge Urbina, *Controversias marítimas, intereses estatales y DI*, Madrid, 2005; M. Requena,

El arreglo pacífico de controversias en los convenios multilaterales de codificación, Valencia, 2009.

F.J. Quel, *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*, Bilbao, 2000; S.S. González Napolitano, *Las medidas provisionales en DI ante las Cortes y Tribunales internacionales*, Buenos Aires, 2004; C.R. Fernández Liesa (dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Madrid, 2009.

M. García García-Revilla, *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Origen, organización, competencia*, Madrid, 2005; J. Soroeta, *La jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1997-2005)*, Madrid, 2005.

En otras lenguas: J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1991 (2005, 4ª ed.); H. Jonkman, "The Role of the PCA in International Dispute Resolution", *R. des C.*, 1999, t. 279, 9; R. Ben Achour et S. Laghmani (eds.), *Justice et juridictions internationales*, París, 2000; J. Collier y V. Lowe, *The Settlement of Disputes in IL. Institutions and Procedures*, Oxford, 2000; T. Coates, *International Justice: Principles and Issues*, Londres, 2000; C. Albin, *Justice and Fairness in International Negotiation*, Cambridge, 2001; L. Caflish, "Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques", *R. des C.*, 2001, t. 288, 245; L. Boisson de Chazournes, *IO and International Dispute Settlement*, Nueva York, 2002; M. Mosk, "The Role of Facts in International Dispute Resolutions", *R. des C.*, 2003, t. 304, 9; M.E. O'Connell, *International Disputes Settlement*, Dordrecht, 2003; SFDI, *La juridictionalisation du DI*, París, 2003; Y. Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2004; Ch. Amerasinghe, *Evidence in International Litigation*, Leiden, 2005; H. Ruiz-Fabri y J.M. Sorel (eds.), *Les tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, París, 2005; L. Nemer Caldeira, *L'autorité de la chose jugée en DI public*, París, 2006; F.M. Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Nápoles, 2008; D. French, M. Saul y N. White (eds.), *IL and Dispute Settlement. New Problems and Techniques*, Oxford, 2010.

2. La Corte Internacional de Justicia

En lengua española: R. Riquelme, *La intervención en el proceso internacional*, Madrid, 1993; C. Espósito, *La jurisdicción consultiva de la CIJ*, Madrid, 1996; S. Torrecuadrada, *Las salas 'ad hoc' de la CIJ*, Madrid, 1997; F. Jiménez García, *La jurisdicción obligatoria unilateral del TIJ. Sus efectos para España*, Madrid, 1999; C. Espaliú, *Desarrollos jurisprudenciales y práctica reciente en la jurisdicción contenciosa de la CIJ*, Madrid, 2000; M. Abad, *El TIJ y la protección cautelar de los derechos de los Estados*, Sevilla, 2002; S. Torres, "Medios procesales a la disposición de las partes en el procedimiento contencioso de la CIJ", *CEBDI*, vol. VIII-IX, 2004-2005, 993; Ph. Couvreur, "Una mirada hacia la CIJ" y otros estudios, *Cur. DI Vitoria* 2007, 95.

En otras lenguas: S. Rosenne, *The World Court. What It Is and How It Works*, Dordrecht, 2003 (6ª ed.); Id., *The Law and Practice of the International Court*, Dordrecht, 2006 (4ª ed.); A. Zimmermann, Ch. Tomuschat y K. Oellers-Frahm (eds.) *The Statute of ICJ. A Commentary*, Oxford, 2006; L. Nemer Aldeira, *A CIJ e a construção do Direito internacional*, Belo Horizonte, 2006.

S. Torres, "L'intervention dans la procédure de la CIJ", *R. des C.*, 1995, t. 256, 193; A. El-Kosheri, "The ICJ as Guardian of International Legality", *CEBDI*, vol. V, 2001, 771; E. Spataro, *Reciprocità nella giurisdizione obbligatoria della CIG*, Milán, 2001; G. Guillaume, *La CIJ à l'aube du XXIe. siècle: le regard d'un juge*, París, 2003; S. Rosenne, *Provisional Measures in IL: The ICJ and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, 2004; O. Spiermann, *International Legal Argument in the PCJI*, Cambridge, 2005.

J. Sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional

1. La prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza

Se trata de una cuestión con un seguimiento continuado en **lengua española**: A. Rodríguez Carrión, *Uso de la fuerza por los Estados*, Málaga, 1974; C. Díaz Barrado, *El uso de la fuerza en las relaciones internacionales*, Madrid, 1991; M. Ortega, *La legítima defensa del Estado*, Madrid, 1991; R. Bermejo, *El marco jurídico internacional en materia del uso de la fuerza*, Madrid, 1993; J. González Vega, *Conflictos territoriales y uso de la fuerza*, Madrid, 1994; C. Márquez, *Problemas actuales sobre la prohibición del recurso a la fuerza en el DI*, Madrid, 1998; L.I. Sánchez Rodríguez, "Una cara oscura del DI: legítima defensa y terrorismo internacional", *Cur. DI Vitoria 2002*, 267; E.M. García Rico, *El uso de las armas nucleares y el DI: análisis sobre la legalidad de su empleo*, Madrid, 1999; M. Arenas, *Los límites al recurso a la fuerza transfronteriza en el actual DI. El principio de proporcionalidad*, Santiago de Compostela, 2004; J.M. Martínez de Pisón y M. Urrea (coord.), *Seguridad internacional y guerra preventiva. Análisis de los nuevos discursos sobre la guerra*, Logroño, 2008; H. Torroja (dir.) y S. Güell (coord.), *la privatización del uso de la fuerza armada. Política y Derecho ante el fenómeno de la 'empresas militares y de seguridad privadas'*, Barcelona, 2009.

E. Melero, *La declaración de guerra en el ordenamiento jurídico español (Un mecanismo para el control jurídico de la participación del Estado español en conflictos armados)*, Madrid, 2006.

En otras lenguas: C. Gray, *IL and the Use of Force*, Oxford, 2000 (2nd ed., 2004); Y. Dinstein, *War, Agression and Self-Defence*, Cambridge, 1994 (3^a ed., 2001); A. Constantinou, *The Right of Self-Defence under Customary Law and Article 51 of the UN Charter*, Atenas-Bruselas, 2000; D. Rodin, *War and Self-Defence*, Oxford, 2002; T.M. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, 2003; O. Corten, *Le Droit contre la Guerre. L'interdiction du recours à la force en DI contemporain*, París, 2008, muy recomendable (trad. Inglesa, *The Law Against War. The Prohibition on the Use of Force in Contemporary IL*, Oxford, 2010); J.A. Green, *The ICJ and self-defence in IL*, Oxford, 2009; L. Moir, *Reappraising the Resor to Force. IL, Jus ad Bellum and the War on Terror*, Oxford, 2010.

2. La seguridad colectiva

En lengua española: E. Rubio, *El sistema de seguridad colectiva en las NU*, Murcia, 1999; M. Aznar, *Responsabilidad internacional del Estado y acción del Consejo de Seguridad de las NU*, Madrid, 2000; S. Ripol, *El desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las NU*, Oñate, 2003; M. E. López-Jacoiste, *Actualidad del C. de S. de las NU. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Madrid, 2003. F. Harto de Vera, *Investigación para la paz y resolución de conflictos*, Valencia, 2005.

En otras lenguas: D. Saoroshi, *The UN and the Development of Collective Security. The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, Oxford, 2000; J. V. Gwlland-Debbas, (ed.), *UN Sanctions and IL*, La Haya, 2001; A. Kolliopoulos, *La commission d'indemnisation des NU et le droit de la responsabilité internationale*, París, 2001; M. Ben-nouna, "Les sanctions économiques des NU", *R. des C.*, 2002, t. 300, 9; V. Heiskanen, "The UN Compensation Commission", *R. des C.*, 2002, t. 296, 255; G. Bono, 'Peace-Enforcement' Tasks and 'Policy Communities', Aldershot, 2003; E. de Wet, *The Chapter VII Powers of the UN Security Council*, Oxford, 2004; C. Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de Sécurité des NU: portée et limites*, Bruselas, 2005.

3. Las operaciones de paz

En lengua española: P.A. Fernández Sánchez, *Operaciones de las NU para el mantenimiento de la paz*, 2 v., Huelva, 1998; J. Cardona, "Las operaciones de mantenimiento de la paz de las NU: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?", *CEBDI*, v. VI, 2002, 759; A. Iglesias Velasco, *Las operaciones de mantenimiento de la paz: concepto, evolución histórica y características (1948-2002)*, Madrid, 2003; *id.*, *Los problemas del mantenimiento internacional de la paz*, Madrid, 2003; F. Vacas, *Las operaciones de mantenimiento de la paz de NU y el principio de no intervención*, Valencia, 2003; *Id.*, *El régimen jurídico del uso de la fuerza por las operaciones de mantenimiento de la paz de NU*, Madrid, 2005.

M. Aznar, *La administración internacionalizada del territorio*, Barcelona, 2008; F. Castro-Rial (dir.), *La Administración internacional y la consolidación de la paz y el estado de derecho*, Madrid, 2010.

I. Marrero, *La participación de las fuerzas armadas españolas en misiones de paz*, Madrid, 2007; D.J. Liñán y J. Roldán (dir.) e I. Marrero (coord.), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior*, Madrid, 2008.

En otras lenguas: I. Daudet, "L'action des NU en matière d'administration territoriale", *CEBDI*, vol. VI, 2002, 459; S. Chestermann, *You, the People— The UN, Transitional Administration and State-Building*, Oxford, 2004; R. Caplan, *International Governance of War-Torn Territories: Rule and Reconstruction*, Oxford, 2005; J. Dobbins, K. Crane, S.G. Jones, A. Rathmell, B. Stele y R. Teltschik, *The UN's Role in Nation-Building: From the Congo to Iraq*, 2005; B. Kondoch, *International Peacekeeping*, Aldershot, 2005; N. Rees y J.T. O'Neill, *UN Peacekeeping in the Post-Cold Era*, Londres, 2005; M. Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden, 2005; P. Daillier, "Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix", *R. des C.*, 2005, t. 314, 233; B. Knoll, *The Legal Status of Territories Subject to Administration by IO*, Cambridge, 2008; C. Stahn, *The Law and Practice of International Territorial Administration*, Cambridge, 2008; R. Wilde, *International Territorial Administration: How Trusteeship and the Civilizing Mission Never Went Away*, Oxford, 2008; C. Bell, *On the Law of Peace. Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*, Oxford, 2008.

4. Los acuerdos y organismos regionales

En lengua española: V.M. Sánchez, *La potestad coercitiva de las organizaciones regionales para el mantenimiento de la paz*, Barcelona, 2005.

En otras lenguas: R. Dwan, *International Policing in Peace Operations. The Role of Regional Organizations*, Oxford, 2003;

A. Abass, *Regional Organizations and the Development of Collective Security*, Oxford, 2004; F. Lattanzi y M. Spinedi, *Le organizzazioni regionali e il mantenimento della pace nella prassi di fine XX secolo*, Nápoles, 2004.

5. Las nuevas amenazas: terrorismo y armas de destrucción masiva

En lengua española: J. Alcaide, *Las actividades terroristas ante el DI contemporáneo*, Madrid, 2000; A.F. Fernández Tomás, "Terrorismo, DIP y Derecho de la UE", *Cur DI Vitoria* 2004, 191; C. Fernández de Casadevante y F. Jiménez, *Terrorismo y derechos humanos: una aproximación desde el DI*, Madrid, 2005; L. Hinojosa, *La financiación del terrorismo y las NU*, Madrid, 2008. En otro orden, J.M. Faramiñán y J. Pardo de Santayana, *El conflicto de Afganistán*, Madrid, 2009.

I. Marrero, *Armas nucleares y Estados proliferadores*, Granada, 2005; M.J. Cervell, *El DI ante las armas nucleares*, Murcia, 1999; *id.*, *El DI y las armas químicas*, Madrid, 2006; M.

Álvarez, *Incidencia del C. de S. sobre el régimen jurídico de las armas nucleares*, Barcelona, 2007;

En otro orden, A. del Valle (ed.), *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la seguridad*, Madrid, 2003; C. Ramón (ed.), *Derechos y libertades ante las nuevas amenazas a la seguridad global*, Valencia, 2005; H. Torroja (dir.) y S. Güell (coord.), *Los retos de la seguridad y defensa en el nuevo contexto internacional*, Barcelona, 2007; C. García Segura y A.J. Rodrigo, *La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Madrid, 2008; J. Martín y P. de Nanclares (coord.), *Estados y OI ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010.

En otras lenguas: K. Bannelier, T. Christakis, O. Corten y B. Delcourt, *Le DI face au terrorisme*, París, 2002; L. Nemer Caldeira Brant (ed.), *Terrorismo e Direito. Os impactos do terrorismo na comunidade internacional...*, Rio de Janeiro, 2003; A. Bianchi (ed.), *Enforcing IL Norms against Terrorism*, Oxford, 2004.

G. den Dekker, *The Law of Arms Control. International Supervision and Enforcement*, Leiden, 2003; B. Schmitt (ed.), *Effective Non-Proliferation: The EU and the 2005 NPT Review Conference*, París, 2005;

6. Palestina

En lengua española: R. Mesa, *Palestina y la paz en Oriente Próximo*, Madrid, 1994; A. Iglesias Velasco, *El proceso de paz en Palestina*, Madrid, 2000; M.A. Bastenier, *Israel-Palestina: la casa de la guerra*, Madrid, 2002; R. Bermejo, *El conflicto árabe-israelí en la encrucijada: ¿es posible la paz?*, Pamplona, 2002; I. Álvarez-Ossorio (ed.), *Informe sobre el conflicto de Palestina: de los Acuerdos de Oslo a la Hoja de Ruta*, Madrid, 2003; I. Gutiérrez de Terán (ed.), *Oriente Medio: el laberinto de Bagdad*, Sevilla, 2004; R. Escudero (ed.), *Los derechos a la sombra del Muro. Un castigo más para el pueblo palestino*, Madrid, 2006; J. Soroeta, "Una visión del conflicto palestino: bloqueo histórico, colapso jurídico y fracaso político", *Cur DI Vitoria* 2006, 261. Se ha traducido a E.W. Said, *Nuevas crónicas palestinas. El fin del proceso de paz (1995-2002)*, Barcelona, 2002.

7. Irak

En lengua española: A. Remiro, "Guerras del nuevo orden: Irak, la agresión de los democráticos señores", *Cur. DI Vitoria* 2003, 17; C. Jiménez Piernas, "La política exterior española en torno a Irak y la relevancia del *consensus* en los ordenamientos interno e internacional", *Cur DI Vitoria* 2004, 263; R. Méndez Silva, "El C. de S. y los casos de Afganistán e Irak", CEB-DI, vol. VIII-IX, 2004-2005, 663; C. Gutiérrez Espada y E. Silvela, *El conflicto de Irak (I y II)*, Madrid, 2006; L. Zaccara y otros (eds.), *Irak: invasión, ocupación y caos*, Madrid, 2006.

En otras lenguas: E. McWhinney, *The September 11 Terrorist Attacks and the Invasion of Irak in Contemporary IL*, Leiden, 2004; A. Danchev y J. MacMillan (eds.), *The Irak War and Democratic Politics*, Londres, 2005; R. Popa, *La Mission de Désarmement de l'ONU en Irak. Balance d'une expérience sans precedent*, Paris, 2005; P. Shiner y A. Williams (eds.), *The Iraq War and IL*, Oxford, 2008; M. Weller, *Iraq and the Use of Force in IL*, Oxford, 2010.

8. La reforma de la Carta

En lengua española: R. Riquelme, *La reforma del Consejo de Seguridad de la ONU*, Madrid, 2000; J. Cardona (ed.), *La ONU y el mantenimiento de la paz en el siglo XXI. Entre la adaptación y la reforma de la Carta*, Valencia, 2008; A. Blanc (ed.), *El proceso de reforma de la Carta*, Madrid, 2009.

En otras lenguas: O. Fleurence, *La réforme du Conseil de Sécurité. L'état du débat depuis la fin de la guerre froide*, Bruselas, 2000; D. M. Malone (ed.), *The UN Security Council. From the Cold War to the 21st Century*, Boulder, 2004; D. Bourantonis, *The history and Politics of UN Security Council Reform*, Milton Park/Abingdon, 2005.

K. La protección internacional de los derechos humanos

1. En el plano universal

En lengua española: J.A. Carrillo, *Soberanía de los Estados y DH en el DI contemporáneo*, Madrid, 1995 (2ª ed., 2001); X. Pons, *La Declaración Universal de los DH: comentario artículo por artículo*, Barcelona, 1998; A. Blanc (ed.), *La protección internacional de los DH a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2001; J. C. Fernández de Casadevante (ed.), *DI de los DH*, Madrid, 2001 (2ª ed., 2003); J.M. Pureza, *El patrimonio común de la humanidad ¿hacia un DI de la solidaridad?*, Valencia, 2001; I. Hernández Gómez, *Sistemas internacionales de DH*, Madrid, 2002; C. Villán, *Curso de DI de los DH*, Madrid, 2002; M. Castillo, *DI de los DH*, Valencia, 2003 (2ª ed., 2006); F. Gómez Isa y J.M. Pureza (ed.), *La protección internacional de los DH en los albores del siglo XXI*, Deusto, 2004; N. Ochoa, *Los mecanismos convencionales de protección de los DH en las NU*, Madrid, 2004.

A. Saiz, *La apertura constitucional al DI y Europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, 1999;

Se ha publicado la traducción de la ya monumental obra de A. Cançado Trindade, *El DI de los Derechos Humanos en el siglo XXI (Tratado de DI dos Direitos Humanos, 1997-1999)*, 2ª ed. actualizada, Santiago de Chile, 2006.

En otras lenguas: H.J. Steiner y Ph. Alston, *International HR in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, 1996 (2ª ed., 2000); T. Dunne y N.J. Wheeler, *HR in Global Politics*, Cambridge, 2000; E. Decaux, "Concurrence et complémentarité des systèmes juridictionnels de protection des droits de l'homme", *CEBDI*, v. V, 2001, 719; F. Butler (ed.), *HR Protection: Methods and Effectiveness*, La Haya, 2002; B.K. Goldewijk, A. Contreras y P.C. Carbonari (eds.), *Dignity and HR. The Implementation of Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, 2002; H.O. Sano y G. Alfredsson (eds.), *HR and Good Governance*, La Haya, 2002; J. Symonides (ed.), *HR: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Dordrecht, 2003; C. Tomuschat, *HR: Between Idealism and Realism*, Oxford, 2003 (2ª ed., 2008); F. Gómez Isa/K. de Feyter, *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, 2006; K. De Feyter y G. Pavlakos, *The Tension Between Group Rights and Human Rights. A Multidisciplinary Approach*, Oxford, 2008; A. McBeth, *International Economic Actors and HR*, Cavendish, 2009; M. Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in IL*, Oxford-Portland, 2009; D. Davis, A. Richter y Ch. Saunders (eds.), *Towards a Universal Law for Humanity. Global Values and the Lessons and Challenges from National Constitutional Jurisprudence*, Oxford, 2010; E. U. Petersmann, *HR, Constitutionalism and International Economic Law in the 21st Century*, Oxford, 2010.

Obra particularmente interesante es F. Vanneste, *General IL Before Human Rights Courts. Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law*, Amberes-Oxford-Portland, 2010.

2. En el ámbito europeo

En lengua española: J.A. Carrillo, *El CEDH*, Madrid, 2002; A. Queralt, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2002; C. Morte, *El procedimiento ante el TEDH y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Valencia, 2004; J. Ruiloba, *El Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación*

en España, Madrid, 2004; J. García Roca y P. Santolaya (eds.), *La Europa de los derechos: el CEDH*, Madrid, 2005; S. Ripol, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, 2007.

En otras lenguas: S. Bertole, B. Conforti y G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padua, 2001; R. Toma, *La réalité judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme*, Baden-Baden, 2003; P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milán, 2004.

3. En el ámbito (latino)americano

En lengua española: S. Ramírez, "Panorama de la jurisdicción interamericana sobre Derechos Humanos. Ordenamiento, desarrollo y atribuciones", *Cur DI Vitoria 2006*, 121; A. Úbeda, *Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Madrid, 2007; F. Quispe, *El debido proceso en el DI y en el sistema interamericano*, Valencia, 2010.

L. Burgorgue-Larsen y A. Úbeda, *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*, Pamplona, 2009, una versión sintética de su espléndida sistematización y análisis de las decisiones de la Corte publicada en francés.

Tb. P. A. Acosta, *El derecho de acceso a la justicia en la jurisprudencia interamericana*, Bogotá, 2007; Id., *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, 2008; E. Rey Cantor y A.M. Rey Anaya, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de Derechos Humanos*, 2ª ed., Bogotá, 2008.

En otras lenguas: L. Burgorque-Larsen y A. Úbeda, *Les grandes décisions de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Bruselas, 2008, obra de referencia obligada. Tb. R. Zerbini Ribeiro Leao, *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, 2001.

L. Sobre el Derecho Internacional Humanitario y la persecución de los crímenes internacionales

1. En general, conflictos armados

En lengua española: J.L. Rodríguez Villasante (Coord.), *El Derecho Internacional Humanitario*, 1999 (2ª ed., Valencia, 2002); J. Jorge Urbina, *Protección de las víctimas de los conflictos armados*, Naciones Unidas y *DI Humanitario*, Valencia, 2000; Id., *DI Humanitario. Conflictos armados y conducción de las operaciones militares*, Santiago de Compostela, 2000; J.L. Fernández-Flores, *El Derecho de los conflictos armados*, Madrid, 2001; J. Pueyo y J. Jorge Urbina (Coord.), *El DI Humanitario en una sociedad internacional en transición*, Santiago de Compostela, 2002; C. Ramón (coord.), *El DI Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Valencia, 2002; Id., *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Valencia, 2004; Id., *Conflictos armados y DI Humanitario. Problemas actuales*, Valencia, 2008; Id., *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, 2010; J.L. Rodríguez-Villasante (coord.), *El DI Humanitario ante los retos de los conflictos armados actuales*, Madrid, 2006; M. T. Comellas, *La incidencia de la práctica del C. de S. en el DI Humanitario*, Pamplona, 2007; V.L. Gutiérrez Castillo y A. Langa (Coord.), *Los Conflictos Armados en la Era de la Globalización*, Sevilla, 2007, A. Segura, *El DI Humanitario y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de NU*, Madrid, 2007; M. Costas, *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del DI*, Valencia, 2008.

En otras lenguas: D. Amin Ferraz y D. Hauser, *A Nova Ordem Mundial e os Conflitos Armados*, Belo Horizonte, 2002; R. Kolb, *Droit humanitaire et opérations de paix interna-*

tionales: les modalités d'application du humanitaire dans les opérations de maintien ou de rétablissement de la paix auxquelles concourt une OI (en particulier les NU), Ginebra, 2002; R. Provost, *International HR and Humanitarian Law*, Cambridge 2002; C. Greenwood, *Essays on War in IL*, 2006; R. Kolb y R. Hyde, *An Introduction to the IL of Armed Conflicts*, Oxford, 2008; S. Bula-Bula, *DI humanitaire*, Bruselas, 2010. Tb., J. Verhoeven, « Patrimoine culturel ou historique et DI », *CEBDI*, vol. V, 2001, 667.

B.L. Nacos, *Terrorism and Counterterrorism: Understanding threats and Responses in the Post-9/11 World*, Nueva York, 2006; R.H. Shultz y A.J. Dew, *Insurgents, Terrorists and Militias: the Warriors of Contemporary Combat*, Nueva York, 2006; A. Bianchi y A. Keller, *Counterterrorism: Democracy's Challenge*, Oxford, 2008; S. Sottiaux, *Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution*, Oxford, 2008; T. McDonnell, *The US, IL and the Struggle Against Terrorism*, Cavendish, 2009.

2. Refugiados y personas desplazadas

En lengua española: J.J. Martín Arribas, *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid, 2000; M.T. Ponte, *Conflictos armados, refugiados y desplazados en el DI actual*, Santiago de Compostela, 2000; L. Peral, *Éxodos masivos, supervivencia y mantenimiento de la paz*, Madrid, 2001; G. Fernández Arribas, *Asilo y refugio en la UE*, Granada, 2007.

En otras lenguas: P. van Krieken, *Refugee Law in Context. The Exclusion Clause*, Leiden, 2000; J. Fitzpatrick (ed.), *HR Protection for Refugees, Asylum-Seekers, and Internally Displaced Persons. A Guide to International Mechanisms and Procedures*, Nueva York, 2001; O. Casanovas, "La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés", *R. des C.*, 2003, t. 306, 9; E. Feller, V. Türk y F. Nicholson, *Refugee Protection in IL. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003; J. McAdam, *Climate Change and Displacement. Multidisciplinary Perspectives*, Oxford, 2010.

3. Asistencia e intervención humanitaria

Este punto ha abducido a la **doctrina española:** J. Oráa, *DI y ayuda humanitaria*, Bilbao, 2000; F. Ruiz, *DH y acción unilateral de los Estados*, Burgos, 2000; R. Abril, *La asistencia humanitaria en los conflictos armados. Configuración jurídica, principios rectores y mecanismos de garantía*, Valencia, 2001; J. Hevia, *La injerencia humanitaria en situaciones de crisis*, Córdoba, 2001; J.M. Sánchez Patrón, *La acción de las OI en casos de violaciones de los DH fundamentales en situaciones de violencia en Europa*, Valencia, 2001; *íd.*, *Las OI ante las violaciones de los DH*, Oviedo, 2004; M.C. Arcos, *¿Guerras en defensa de los DH? Problemas de legitimidad en las intervenciones humanitarias*, Sevilla, 2002; J.F. Escudero, *Cuestiones en torno a la intervención humanitaria y el DI actual*, León, 2002; E. Petit, *Las exigencias de humanidad en DI tradicional: el marco normativo y doctrinal de la intervención de humanidad y de la asistencia humanitaria*, Madrid, 2003; H. Torroja, *La asistencia humanitaria en la ONU: fundamentos y perspectivas actuales*, Barcelona, 2004; C. de Castro, *El derecho de la injerencia humanitaria en el orden internacional contemporáneo: el impacto de la 'Operación libertad para Irak'*, Madrid, 2005; R. Ojinaga, *Emergencias humanitarias y DI*, Valencia, 2005; I. Ruíz-Giménez, *La historia de la intervención humanitaria: el imperialismo altruista*, Madrid, 2005; C. Ramón (ed.), *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Valencia, 2006; *Id.*, *Estabilidad internacional, conflictos armados y protección de los derechos humanos*, Valencia, 2010.

J.M. Ortega, *La intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Oviedo, 2001; J. Girón (ed.), *La intervención de la OTAN en la RF de Yugoslavia*, Gijón, 2002:

En otras lenguas: T.G. Weiss, *Military-Civilian Interactions: Humanitarian Crises and the Responsibility to Protect*, Oxford-Nueva York, 1999 (2ª ed., 2004); M. Ortega, *L'intervention militaire et l'UE*, París, 2001; K. Zemanek, "Intervention in the 21st Century", *CEBDI*, v. V, 2001, 613; S. Chesterman, *Just War or Just Peace. Humanitarian Intervention and IL*, Oxford, 2002; I. Österdahl (ed.), *Is Intervention Humanitarian? Protecting HR and Democracy Abroad*, Uppsala, 2002; J.L. Holzgrefe, *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*, Cambridge, 2003; A. Orford y otros, *Reading Humanitarian Intervention: HR and the Use of Force in IL*, Cambridge, 2003; T.B. Seybolt, *Humanitarian Military Intervention-Causes of Success and Failure*, Oxford, 2003; S. Chesterman, M. Ignatieff y R. Thakur (eds.), *Making States Work: State Failure and the Crisis of Governance*, Tokyo, 2005; A. Hironaka, *Never-ending Wars: The International Community, Weak States, and the Perpetuation of Civil War*, Cambridge, Mass., 2005; T.B. Knudsen, *Humanitarian Intervention: Contemporary Manifestations of an Explosive Doctrine*, Londres, 2005; V.S. Mani, "Humanitarian Intervention Today", *R. Des C.*, 2005, t. 313, 9; S.N. McFarlane, *Intervention in Contemporary World Politics*, Londres, 2005; S. Breau, *Humanitarian Intervention: The UN & Collective Responsibility*, 2006; B. Meyersfeld, *Domestic Violence and IL*, Oxford-Portland, 2010.

O. Corten y B. Delcourt, *Droit, légitimation et politique extérieure: l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruselas, 2000; H. Krieger, *The Kosovo Conflict and IL: An Analytical Documentation 1974-1999*, Cambridge, 2001; Ch. Tomuschat, *Kosovo and the International Community: A Legal Assessment*, La Haya, 2002; M.J. Glennon, *Limits of Law, Prerogatives of Power: Interventionism after Kosovo*, Nueva York, 2001; E. Sciso, *L'intervento in Kosovo: aspetti internazionali ed interni*, Milán, 2001; D. Chandler, *From Kosovo to Kabul: HR and International Intervention*, Londres, 2002; A.S. Hansen, *From Congo to Kosovo: Civilian Police in Peace Operations*, Londres, 2005; A. Holohan, *Networks of Democracy: Lessons from Kosovo for Afghanistan, Irak, and Beyond*, Palo Alto (Ca.), 2005; T. Sprecher, *De l'intervention au Kosovo en 1999 à l'intervention en Irak de 2003*, París, 2006; T. Judah, *Kosovo: What Everyone Needs to Know*, Oxford, 2008.

4. La persecución de los crímenes internacionales

En lengua española: P. Plaza, *Los crímenes de guerra. Recepción del DI Humanitario en Derecho penal español*, Pamplona, 2000; F. Pignatelli, *La sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español*, Madrid, 2003; J. Vives, "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad", *Cur. DI Vitoria 2003*, 329; M.D. Bollo, *DI Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, 2004, excelente trabajo; M. Capellà, *La tipificación internacional de los crímenes contra la Humanidad*, Valencia, 2005; C. Fernández de Casadevante y F. Jiménez, *Terrorismo y Derechos Humanos*, Madrid, 2005; C. Andrés, *Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2006; A. Cuerda y F. Jiménez (dir.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Madrid, 2009; C. Pérez González y R. Escudero, *La responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra: el caso de Palestina*, Madrid, 2009; V. Bou y C. Fernández de Casadevante, *La inclusión del terrorismo entre los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Una propuesta...*, Valencia, 2009.

J.B. Delgado Cánovas, *El DI Humanitario a la luz del Estatuto y de la jurisprudencia del TPIY*, Granada, 2000; *íd.*, *Análisis crítico de la legalidad de la creación por las NU de un TPIY*, Granada, 2000; M. Torres Pérez, *La contribución del TPIR a la configuración jurídica de los crímenes internacionales*, Valencia, 2004.

En otras lenguas, especialmente V. Abellán, "La responsabilité internationale de l'individu", *R. des C.*, 1999, t. 280, 139; C. Tomuschat, "Current Issues of Responsibility under IL", *CEBDI*, vol IV, 2000, 515; A. Cassese et M. Delmas-Marty (eds.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, París, 2002; F. Pocar, "Current Issues in International

Criminal Jurisdiction”, CEBDI, vol. VII, 2003, 457; R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en DI*, Bruselas, 2004; D. Momtaz, “Le DI et la repression des crimes internationaux”, CEBDI, vol. VIII-IX, 2004-2005, 373; C. Ryngaert, *Jurisdiction in IL*, Oxford, 2008; M.L. Gross, *Moral Dilemmas of Modern War Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict*, Cambridge-Nueva York, 2010; D. Luban, *International and Transnational Criminal Law*, New York, 2010.

F. Mégret, *Le tribunal pénal international pour le Rwanda*, París, 2002; L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La repression international du genocide rwandais*, Bruselas, 2003; S. Williams, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals*, Oxford, 2010.

5. La Corte Penal Internacional (CPI)

En lengua española: AAVV., *La CPI*, Revista Española de Derecho Militar, num. 75, 2000; J.A. Carrillo (coord.), *La criminalización de la barbarie: La CPI*, Madrid, 2000; J. Quel (coord.), *La creación de una jurisdicción penal internacional*, Madrid, 2000; I. Lirola y M. Martín, *La CPI. Justicia “versus” impunidad*, Madrid, 2001; VV.AA, *La justicia penal internacional: una perspectiva Iberoamericana*, Madrid, 2001; N. Cabezudo, *La CPI*, Madrid, 2002; O.J. Guerrero, *La nueva justicia penal supranacional desarrollos post-Roma*, Valencia, 2002; J.L. Gómez Colomer, J. Cardona y J.L. González Cusac, *La CPI (un estudio interdisciplinar)*, Valencia, 2003; H. Olasolo, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? especial referencia a la Fiscalía en el proceso de Activación*, Valencia, 2003; J.F. Escudero, *La CPI y el C. de S.*, Madrid, 2004; S.M. Herencia, *La implementación del Estatuto de Roma en la región andina los casos de Bolivia, Colombia y Perú*, Lima, 2005; M.C. Quesada, *La CPI y la soberanía estatal*, Valencia, 2005; D.R. Pastor, *El poder penal internacional: una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona, 2006.

En otras lenguas ha de destacarse A. Cassese, P. Gaeta y J.R.W.D. Jones, *The Rome Statute of International Criminal Court, A Commentary*, 3 vols., Oxford, 2002; y O. Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed., Oxford, 2008. Tb., B. Broomhall, *International justice and the International Criminal Court between sovereignty and the rule of law*, Oxford, 2004; Y. Aksar, *Implementing international humanitarian law from the “ad hoc” tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Nueva York, 2004; T. Allen, *Trial Justice: The ICC and the Lord's Resistance Army*, Londres, 2006; K. Calvo-Goller, *The Trial Proceedings of the ICC: ICTY and ICTR Precedents*, Leiden, 2006; Ph. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la Cour pénale internationale*, Bruselas, 2006; M.E. Glasius, *The ICC: a Global Civil Society Achievement*, Londres, 2006; J. Harrington, M. Milde y R. Vernon (eds.), *Bringing Power to Justice?: The Prospects of the ICC*, Montreal, 2006; S.C. Roach, *Politicizing the ICC: The Convergence of Politics, Ethics and Law*, Londres, 2006; D. Rothe y Ch.W. Mullins, *Symbolic gestures and the generation of global social control: the International Criminal Court*, Lexington, 2006.

6. El principio de jurisdicción universal y las inmunidades de los agentes de Estados extranjeros

En lengua española: A. Remiro, *El caso ‘Pinochet’: los límites a la impunidad*, Madrid, 1999; M. García Arán y D. López Garrido (coord.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso ‘Pinochet’*, Valencia, 2000; E. Orihuela, “La cooperación internacional contra la impunidad. Llenando los vacíos de la jurisdicción territorial”, *Cur DI Vitoria 2000*, 159; A. Sánchez Legido, *Jurisdicción universal penal y DI*, Valencia, 2004; A. Pigrau, *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la persecución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la Humanidad por los tribunales nacionales*, Barcelona, 2009. Entrarían también en este capítulo de obras colectivas las XXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, bajo el tema de *Hacia una*

Justicia Universal o el nº 86 (2005) de la *Revista Española de Derecho Militar* dedicado a la Justicia Penal Internacional en el Siglo XXI.

J. Chinchón, *DI y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Sevilla, 2007; J. Almqvist y C. Espósito (coords.), *justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, 2009; J. Bonet y R.A. Alija, *Impunidad, derechos humanos y justicia transicional*, Bilbao, 2009; J. Tamarit (coord.), *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Barcelona, 2010.

R. Carnerero, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Madrid, 2007; C. Espósito, *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos*, Madrid, 2007.

En otro orden, M.I Serrano, *Prensa, Derecho y Poder Político. El caso Pinochet en España*, Madrid, 2002; Id., *Análisis de prensa en el caso Pinochet*, Madrid, 2002.

En otras lenguas: R. Brody, *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, La Haya, 2000; A. Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en DI*, Bâle, 2003; S Johnson, *Peace without justice hegemonic instability or international criminal law?*, Aldershot, 2003; A. Viviani, *Crimini internazionali e responsabilità dei leader politici e militari*, Milán, 2006; L. Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Oxford, 2008; H. Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Oxford, 2009.

Índice de jurisprudencia internacional¹

I. DECISIONES JUDICIALES

1. Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI)

1.1. Asuntos contenciosos

Wimbledon (Francia, Reino Unido, Italia, Japón c. Alemania; Polonia interviniente), s. de 1 de agosto de 1923, CPJI, *Serie A*, núm. 1 (1923): 36, 275, 383.

Concesiones **Mavrommatis** en Palestina (Grecia c. Reino Unido), s. de 30 de agosto de 1924, CPJI, *Serie A*, núm. 2 (1924): 357, 449, 455.

Interpretación del párrafo 4 del anexo siguiente al artículo 79 **del tratado de Neuilly** (Bulgaria/Grecia), s. de 12 de septiembre de 1924, CPJI, *Serie A*, núm. 3 (1924): 465. Ciertos **intereses alemanes en la Alta Silesia polaca** (Alemania c. Polonia), s. de 25 de mayo de 1926, CPJI, *Serie A*, núm. 7 (1926): 298.

Fábrica de **Chorzow** (Alemania c. Polonia) (competencia), s. de 26 de julio de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 9 (1927): 235, 302.

Interpretación de las sentencias 7 y 8 relativas a la Fábrica de **Chorzow** (Alemania c. Polonia), s. de 16 de diciembre de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 13 (1927): 485.

Fábrica de Chorzow, s. de 13 de septiembre de 1928 (fondo), CPJI, *Serie A*, núm. 17 (1928): 316.

Lotus (Francia/Turquía), s. de 7 de septiembre de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 10 (1927): 37, 134, 298, 419.

Readaptación de las concesiones **Mavrommatis** en Jerusalén (Grecia c. Reino Unido), s. de 10 de octubre de 1927, CPJI, *Serie A*, núm. 11 (1927): 222. **Derechos de las minorías en la Alta Silesia** (Alemania c. Polonia), s. de 26 de abril de 1928, CPJI, *Serie A*, núm. 15 (1928): 470.

Pago de diversos **empréstitos serbios** emitidos en Francia (Francia/Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos), s. de 12 de julio de 1929, CPJI, *Serie A*, núm. 20 (1929): 116. Jurisdicción territorial de la **Comisión internacional del río Oder** (Alemania, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Suecia, Checoslovaquia, Polonia), s. de 10 de septiembre de 1929, CPJI, *Serie A*, núm. 23 (1929): 275, 381, 382.

Zonas francas de la Alta Saboya y del País de Gex (Francia/Suiza), s. de 7 de junio de 1932, CPJI, *Serie A/B*, núm. 46 (1932): 241, 275, 289.

Estatuto jurídico de la **Groenlandia Oriental** (Dinamarca c. Noruega), s. de 5 de abril de 1933, CPJI, *Serie A/B*, núm. 53 (1933): 109, 111, 115, 368, 417.

Desviación de las aguas del Mosa (Países Bajos c. Bélgica), s. de 28 de junio de 1937, CPJI, *Serie A/B*, núm. 70 (1937): 271.

Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis (Estonia c. Lituania), s. de 28 de febrero de 1939, CPJI, *Serie A/B*, núm. 76 (1939): 359, 363.

Compañía de electricidad de Sofía y de Bulgaria (Bélgica c. Bulgaria), s. de 4 de abril de 1939, CPJI, *Serie A/B*, núm. 77 (1939): 362.

¹ Los números reenvían a los párrafos, no a las páginas. Las **negritas** reflejan la referencia abreviada de estas decisiones en el texto.

1.2. Opiniones consultivas

Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos, op. cons. de 7 de febrero de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 4 (1923): 343.

Estatuto de **Carelia Oriental**, op. cons. de 23 de julio de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 5 (1923): 452.

Ciertas cuestiones relativas a los **colonos alemanes en Polonia**, op. cons. de 10 de septiembre de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 6 (1923): 298.

Jaworzina, op. cons. de 6 de diciembre de 1923, CPJI, *Serie B*, núm. 8 (1923): 375, 376.

Intercambio de poblaciones griegas y turcas, op. cons. de 21 de febrero de 1925, CPJI, *Serie B*, núm. 10 (1925): 255, 277.

Interpretación del artículo 3, parágrafo 2, del Tratado de Lausana (frontera entre Turquía e Iraq), op. cons. de 21 de noviembre de 1925, CPJI, *Serie B*, núm. 12 (1925): 376.

Comunidades greco-búlgaras, op. cons. de 31 de julio de 1930, CPJI, *Serie B*, núm. 17 (1930): 289.

Trato de los nacionales polacos y otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de **Dantzig**, op. cons. de 4 de febrero de 1932, CPJI, *Serie A/B*, núm. 44 (1932): 289, 298.

Escuelas minoritarias en Albania, op. cons. de 6 de abril de 1935, CPJI, *Serie A/B*, núm. 64 (1935): 46.

2. Corte Internacional de Justicia (CIJ)

2.1. Asuntos contenciosos

Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania), s. de 9 de abril de 1949 (fondo), CIJ, *Reports* (1949): 50, 272, 316, 324, 393, 467, 470, 481, 486, 528.

Derecho de asilo (Colombia/Perú), s. de 20 de noviembre de 1950 (fondo), CIJ, *Reports* (1950): 133, 137, 433.

Demanda de **interpretación de la sentencia** de 20 de noviembre de 1950 en el **asunto del derecho de asilo** (Colombia c. Perú), s. de 27 de noviembre de 1950 (fondo), CIJ, *Reports* (1950): 485.

Haya de la Torre (Colombia c. Perú), s. de 13 de junio de 1951 (fondo), CIJ, *Reports* (1951): 470, 480.

Pesquerías (Reino Unido c. Noruega), s. de 18 de diciembre de 1951 (fondo), CIJ, *Reports* (1951): 112, 134, 136, 139, 389.

Ambatielos (Grecia c. Reino Unido), s. de 19 de mayo de 1953 (fondo), CIJ, *Reports* (1953): 452, 461.

Anglo-Iranian Oil Company (Reino Unido c. Irán), s. de 22 de julio de 1952 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1952): 116, 264, 470, 473, 481.

Derechos de los **nacionales de los Estados Unidos** de América en **Marruecos** (Francia c. EE.UU.), s. de 27 de agosto de 1952 (fondo), CIJ, *Reports* (1952): 153, 264, 270, 271, 275.

Minquiers y Ecréhous (Francia/ Reino Unido), s. de 17 de noviembre de 1953 (fondo), CIJ, *Reports* (1953): 111, 112, 368, 369.

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), s. de 18 de noviembre de 1953 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1953): 461, 473.

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) (segunda fase), s. de 6 de abril de 1955, CIJ, *Reports* (1955): 343, 359.

Oro monetario sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos), s. de 15 de junio de 1954 (competencia de la Corte), CIJ, *Reports* (1954): 478, 480. Ciertos **empréstitos noruegos** (Francia c. Noruega), s. de 6 de julio de 1957 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1957): 473.

Interhandel (Suiza c. EE.UU), orden de 24 de octubre de 1957 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1957): 477.

Interhandel (Suiza c. EE.UU), s. de 21 de marzo de 1959 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1959): 362, 461, 473.

Derecho de paso por el territorio indio (Portugal c. India), s. de 26 de noviembre de 1957 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1957): 274, 473.

Derecho de paso por el territorio indio (Portugal c. India), s. de 12 de abril de 1960 (fondo), CIJ, *Reports* (1960): 133, 135, 137, 241, 283.

E. Böll: Aplicación de la Convención de 1902 para regular la tutela de los menores (Países Bajos c. Suecia), s. de 28 de noviembre de 1958 (fondo), CIJ, *Reports* (1958): 289.

Soberanía sobre ciertas parcelas fronterizas (Bélgica/Países Bajos), s. de 20 de junio de 1959 (fondo), CIJ, *Reports* (1959): 271.

Sentencia arbitral dictada por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (Honduras c. Nicaragua), s. de 18 de noviembre de 1960 (fondo), CIJ, *Reports* (1960): 33, 113, 461, 486.

Templo de Préah Vihéar (Camboya c. Tailandia), s. de 26 de mayo de 1961 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1961): 111.

Templo de Préah Vihéar (Camboya c. Tailandia), s. 15 de junio de 1962 (fondo), CIJ, *Reports* (1962): 112, 153, 222, 241, 316, 369, 376.

Sudoeste Africano (Etiopía c. África del Sur; Liberia c. África del Sur), s. de 21 de diciembre de 1962 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1962): 449, 455, 476, 478.

Sudoeste Africano (Etiopía c. África del Sur; Liberia c. África del Sur) (segunda fase), s. de 18 de julio de 1966, CIJ, *Reports* (1966): 4, 270, 478, 484.

Barcelona Traction (Bélgica c. España), s. de 24 de julio de 1964 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1964): 471, 478.

Barcelona Traction (Bélgica c. España) (segunda fase), s. de 5 de febrero de 1970, CIJ, *Reports* (1970): 40, 146, 302, 316, 349, 357, 360, 478, 532.

Plataforma continental del Mar del Norte (RFA/Dinamarca; RFA/Países Bajos), ss. de 20 de febrero de 1969 (fondo), CIJ, *Reports* (1969): 113, 133, 134, 135, 139, 142, 160, 205, 211, 395, 405, 406, 407, 409, 455, 476, 486.

Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia; RFA c. Islandia), órdenes de 17 de agosto de 1972 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1972): 455, 477, 486.

Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia; RFA c. Islandia), ss. de 2 de febrero de 1973 (competencia), CIJ, *Reports* (1973): 142, 151, 232.

Competencia en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia; RFA c. Islandia), ss. de 25 de julio de 1974 (fondo), CIJ, *Reports* (1974): 139, 273, 396, 460, 481.

Apelación concerniente a la competencia del **Consejo de la OACI** (India c. Paquistán), s. de 18 de agosto de 1972 (fondo), CIJ, *Reports* (1972): 142, 151.

Ensayos nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia), órdenes de 22 de junio de 1973 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1973): 477.

Ensayos nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia), orden de 12 de julio de 1973 (solicitud de intervención de Fiji), CIJ, *Reports* (1973): 480.

Ensayos nucleares (Australia c. Francia; Nueva Zelanda c. Francia), ss. de 20 de diciembre de 1974 (fondo), CIJ, *Reports* (1974): 109, 111, 272, 326, 411, 417, 459, 460, 472, 481.

Proceso de los **prisioneros de guerra paquistaníes** (Paquistán c. India), orden de 15 de diciembre de 1973 (desistimiento del demandante), CIJ, *Reports* (1973): 459, 481.

Plataforma continental del Mar Egeo (Grecia c. Turquía), s. de 19 de diciembre de 1978 (competencia), CIJ, *Reports* (1978): 121, 151, 275, 455, 459, 473, 481.

Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán), orden de 15 de diciembre de 1979 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1979): 477.

Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos c. Irán), s. de 24 de mayo de 1980 (fondo), CIJ, *Reports* (1980): 142, 143, 299, 305, 314, 335, 338, 428, 432, 442, 443, 455, 460, 481.

Plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), s. de 14 de abril de 1981 (solicitud de intervención de Malta), CIJ, *Reports* (1981): 480.

Plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), s. de 24 de febrero de 1982 (fondo), CIJ, *Reports* (1982): 139, 142, 273, 396, 405, 407, 408, 409.

Delimitación de la frontera marítima en la región del **Golfo del Maine** (Canadá/EE.UU.), orden de 20 de enero de 1982 (constitución Sala *ad hoc*), CIJ, *Reports* (1982): 465

Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.), s. de 12 de octubre de 1984 (fondo), CIJ, *Reports* (1984): 112, 113, 134, 135, 142, 405, 406, 408, 465.

Plataforma continental (Jamahiriyá Árabe Libia/Malta), s. de 21 de marzo de 1984 (petición de intervención de Italia), CIJ, *Reports* (1984): 480.

Plataforma continental (Jamahiriyá Árabe Libia/Malta), s. de 3 de junio de 1985 (fondo), CIJ, *Reports* (1985): 135, 142, 395, 396, 405, 406, 408, 409.

Actividades militares y paramilitares en y contra **Nicaragua** (Nicaragua c. Estados Unidos), orden de 10 de mayo de 1984 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1984): 528.

Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), s. de 26 de noviembre de 1984 (competencia de la Corte y admisibilidad), CIJ, *Reports* (1984): 112, 455, 460, 471, 472, 473, 477, 478, 480, 528.

Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), s. de 27 de junio de 1986 (fondo), CIJ, *Reports* (1986): 20, 50, 51, 54, 81, 111, 133, 134, 135, 142, 143, 144, 299, 302, 303, 335, 338, 369, 384, 385, 390, 392, 478, 481, 486, 487, 489, 490, 491, 496, 497, 499, 501, 502, 508, 524, 528, 559, 593.

Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos), orden de 26 de septiembre de 1991 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1991): 482, 486, 528.

Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí), orden de 3 de abril de 1985 (constitución Sala *ad hoc*), CIJ, *Reports* (1985): 465.

Controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Malí), s. de 22 de diciembre de 1986 (fondo), CIJ, *Reports* (1986): 111, 133, 273, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 409, 465.

Demanda de revisión e interpretación de la sentencia de 24 de febrero de 1982 en el asunto de la plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia) (Túnez c. Jamahiriyá Árabe Libia), s. de 10 de diciembre de 1985 (fondo), CIJ, *Reports* (1985): 485.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia), orden de 2 de marzo de 1987 (constitución Sala *ad hoc*), CIJ, *Reports* (1987): 465.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia), s. de 20 de julio de 1989 (fondo), CIJ, *Reports* (1989): 360, 362, 363, 465, 471, 478.

Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras), orden de 8 de mayo de 1987 (constitución Sala *ad hoc*), CIJ, *Reports* (1987): 465.

Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras), s. de 13 de septiembre de 1990 (solicitud de intervención de Nicaragua), CIJ, *Reports* (1990): 113, 480.

Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente), s. de 11 de septiembre de 1992 (fondo), CIJ, *Reports* (1992): 112, 142, 151, 369, 370, 372, 465, 469, 474, 478, 484.

Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Costa Rica), orden de 19 de agosto de 1987 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1987): 528.

Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), s. de 20 de diciembre de 1988 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (1988): 142, 197, 199, 455, 459, 460, 474, 528.

Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras), orden de 27 de mayo de 1992 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1992): 482, 528.

Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea Bissau c. Senegal), orden de 2 de marzo de 1990 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1990): 477.

Sentencia arbitral de 31 de julio de 1989 (Guinea Bissau c. Senegal), s. de 12 de noviembre de 1991 (fondo), CIJ, *Reports* (1991): 461.

Paso por el Grand-Belt (Finlandia c. Dinamarca), orden de 29 de julio de 1991 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1991): 477.

Paso por el Grand-Belt (Finlandia c. Dinamarca), orden de 10 de septiembre de 1992 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1992): 455.

Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de **Lockerbie** (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido; Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), órdenes de 14 de abril de 1992 (medidas provisionales), CIJ, *Reports* (1992): 55, 283, 455, 476, 477, 528.

Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido; Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), ss. de 27 de febrero de 1998 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1998): 55, 471, 478, 528.

Cuestiones de interpretación y aplicación de la Convención de Montreal de 1971 resultante del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Reino Unido; Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos), orden de 10 de septiembre de 2003 (desistimiento), CIJ, *Reports* (2003): 482, 528, 529.

Ciertas tierras de fosfáticas en **Nauru** (Nauru c. Australia), s. de 26 de junio de 1992 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1992): 111, 112, 326, 473, 476, 480.

Ciertas tierras de fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia), orden de 13 de septiembre de 1993 (desistimiento): 482.

Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y **Jan Mayen** (Dinamarca c. Noruega), s. de 14 de junio de 1993 (fondo), CIJ, *Reports* (1993): 274, 405, 406, 407, 408.

Genocidio en Bosnia: Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), orden de 13 de septiembre de 1993 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1993): 417, 477, 529.

Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), s. de 11 de julio de 1996 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1996): 143, 146, 241, 306, 417, 449, 467, 471, 532, 538, 557.

Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), orden de 17 de diciembre de 1997 (demanda reconventional), CIJ, *Reports* (1997): 479.

Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro), s. de 26 de febrero de 2007 (fondo): 268, 299, 316, 467, 475, 477, 478, 485, 487, 532.

Controversia territorial (Jamahiriya Árabe Libia/Chad), s. de 3 de febrero de 1994 (fondo), CIJ, *Reports* (1994): 142, 151, 241, 269, 272, 274, 372, 469, 486.

Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 1 de julio de 1994 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (1994): 121, 186, 449, 469.

Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 15 de febrero de 1995 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (1995): 449, 469.

Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 16 de marzo de 2001 (fondo), CIJ, *Reports* (2001): 142, 163, 241, 276, 372, 389, 401, 406, 407, 408, 409.

Timor oriental (Portugal c. Australia), s. de 30 de junio de 1995, CIJ, *Reports* (1995): 144, 146, 303, 449, 475, 478, 480.

Demanda de **examen de la situación con base en el parágrafo 63 de la sentencia** dictada por la Corte el 20 de diciembre de 1974 en los asuntos de los **ensayos nucleares** (Nueva Zelanda c. Francia), orden de 22 de septiembre de 1995 (medidas cautelares, solicitud de intervención), CIJ, *Reports* (1995): 477, 480, 485.

Incidente aéreo de 3 de julio de 1988 (República Islámica de Irán c. EEUU), orden de 22 de febrero de 1996 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1996): 528.

Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), orden de 15 de marzo de 1996 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1996): 477.

Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), s. de 11 de junio de 1998 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (1998): 113, 160, 472, 473.

Demanda de interpretación de la sentencia de 11 de junio de 1998 **en el asunto de la frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria**, s. de 25 de marzo de 1999 (CIJ, *Reports* (1999): 485.

Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), orden de 30 de junio de 1999 (demanda reconvenicional), CIJ, *Reports* (1999): 479.

Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria), orden de 21 de octubre de 1999 (solicitud de intervención de Guinea Ecuatorial), CIJ, *Reports* (1999): 480.

Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente), s. de 10 de octubre de 2002 (fondo), CIJ, *Reports* (2002): 33, 142, 221, 241, 372, 407, 408, 409, 417, 477, 486.

Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), s. de 12 de diciembre de 1996 (excepción preliminar), CIJ, *Reports* (1996): 142, 276, 302, 471, 478.

Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), orden de 10 de marzo de 1998 (demanda reconvenicional), CIJ *Reports* (1998): 479.

Plataformas petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos), s. de 6 de noviembre de 2003 (fondo), CIJ, *Reports* (2003): 274, 449, 476, 490, 496, 501, 504, 528.

Proyecto **Gabcikovo-Nagymaros** (Hungría/Eslovaquia), s. de 25 de septiembre de 1997, CIJ, *Reports* (1997): 141, 142, 220, 232, 236, 241, 247, 275, 302, 305, 306, 312, 316, 336, 337, 338, 339, 382, 455, 465, 486.

Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia), pendiente: 463.

Bréard: Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos), orden de 9 de abril de 1998 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1998): 471, 477.

Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay c. Estados Unidos), orden de 10 de noviembre de 1998 (desistimiento), CIJ, *Reports* (1998): 482.

Pesquerías transzonales: Competencia en materia de pesquerías (España c. Canadá), s. de 4 de diciembre de 1998 (competencia), CIJ, *Reports* (1998): 215, 362, 414, 473, 476, 478.

LaGrand (Alemania c. Estados Unidos), orden de 3 de marzo de 1999 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1999): 258, 298, 477

LaGrand (Alemania c. Estados Unidos), s. de 21 de junio de 2001 (fondo), CIJ, *Reports* (2001): 249, 257, 258, 298, 316, 317, 355, 362, 471, 477, 487.

Licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Bélgica...) órdenes de 2 de junio de 1999 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (1999): 477, 528, 538.

Licitud del empleo de la fuerza (Serbia y Montenegro c. Bélgica...), s. de 15 de diciembre de 2004 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (2004): 4, 113, 241, 269, 276, 322, 449, 467, 471, 473, 476, 478, 528, 538.

Isla de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia), s. de 13 de diciembre de 1999 (fondo), CIJ, *Reports* (1999): 121, 142, 151, 241, 274, 275, 277, 368, 372, 374, 469, 483.

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RD del Congo), s. de 24 de mayo de 2007 (exc. prel.): 289, 360, 362, 363,

Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RD del Congo), pendiente: 463, 471.

Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), orden de 1 de julio de 2000 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2000): 477.

Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), orden de 29 de noviembre de 2001 (demandas reconventionales), CIJ, *Reports* (2001): 479.

Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), s. de 19 de diciembre de 2005 (fondo), CIJ, *Reports* (2005): 299, 307, 359, 432, 442, 490, 497, 528, 559.

Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Uganda), pendiente: 463.

Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Ruanda), orden de 30 de enero de 2001 (desistimiento), CIJ, *Reports* (2001): 482.

Actividades armadas en el territorio del Congo (R.D. del Congo c. Burundi), orden de 30 de enero de 2001 (desistimiento), CIJ, *Reports* (2001): 482.

Incidente aéreo de 19 de agosto de 1999 (Paquistán c. India), s. de 21 de junio de 2000 (competencia): 478.

Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (R.D. del Congo c. Bélgica), orden de 8 de diciembre de 2000 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2000): 477.

Orden de arresto de 11 de abril de 2000 (R.D. del Congo c. Bélgica), s. de 14 de febrero de 2002 (fondo), CIJ, *Reports* (2002): 283, 314, 315, 487, 606.

Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), s. de 23 de octubre de 2001 (solicitud de intervención de Filipinas), CIJ, *Reports* (2001): 480.

Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia), s. de 17 de diciembre de 2002 (fondo), CIJ, *Reports* (2002): 112, 142, 151, 269, 274, 368, 372, 469.

Controversia fronteriza (Benin/Níger), orden de 27 de noviembre de 2002 (constitución de sala ad hoc), CIJ, *Reports* (2002): 465.

Controversia fronteriza (Benin/Níger), s. de 12 de julio de 2005 (fondo), CIJ, *Reports* (2005): 289, 370, 372, 374, 465, 469.

Demanda de revisión de la sentencia de 11 de julio de 1996 **en el asunto relativo a la aplicación de la Convención** para la prevención y la represión del crimen de **genocidio** (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), (Yugoslavia c. Bosnia y Herzegovina), s. de 3 de febrero de 2003 (excepciones preliminares), CIJ, *Reports* (2003): 485.

Avena y otros súbditos mexicanos (México c. Estados Unidos), orden de 5 de febrero de 2003 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2003): 477.

Avena y otros súbditos mexicanos (México c. Estados Unidos), s. de 31 de marzo de 2004 (fondo), CIJ, *Reports* (2004): 112, 142, 249, 257, 258, 298, 316, 326, 355, 359, 362, 471, 476, 478, 487, 554.

Ciertos procedimientos penales iniciados en Francia (República del Congo c. Francia), orden de 17 de junio de 2003 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2003): 470, 477.

Ciertos procedimientos penales iniciados en Francia (República del Congo c. Francia), pendiente: 463, 470, 596.

Demanda de revisión de la sentencia de 11 de septiembre de 1992 **en el asunto de la controversia fronteriza** terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente) (El Salvador c. Honduras), s. de 18 de diciembre de 2003, CIJ, *Reports* (2003): 374, 465, 485.

Ciertos bienes (Liechtenstein c. Alemania), s. de 10 de febrero de 2005 (excepciones preliminares), CIJI, *Reports* (2005): 449, 459, 478.

Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda 2002, R.D. del Congo c. Ruanda), s. de 3 de febrero de 2006 (competencia y admisibilidad), CIJ, *Reports* (2006): 111, 143, 212, 471, 475, 478, 528, 538.

Pasteras en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), órdenes de 13 de julio de 2006 y 27 de enero de 2007 (medidas cautelares), CIJ, *Reports* (2006): 477.

Pasteras en el río Uruguay (Argentina c. Uruguay), s. de 20 de abril de 2010: 268, 296, 314, 316, 317, 324, 382, 465, 471, 487.

Genocidio en Croacia: Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Croacia c. Serbia y Montenegro), s. de 18 de noviembre de 2008 (exc. prel.): 467, 471, 476, 478, 538.

Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (Croacia c. Serbia y Montenegro), pendiente: 463.

Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras), s. de 8 de octubre de 2007: 368, 372, 401, 405, 407, 408, 409, 459.

Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), s. 13 de diciembre de 2007 (exc. prel.): 194, 407, 409, 449, 459, 474, 478.

Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), solicitud de intervención de Costa Rica (2010), pendiente: 407, 480.

Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), solicitud de intervención de Honduras (2010), pendiente: 480.

Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), pendiente: 463.

Soberanía sobre Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks y South Ledge, (Malasia/Singapur), s. de 23 de mayo de 2008: 112, 369, 372, 469.

Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania), s. de 3 de febrero de 2009: 389, 406, 407, 408.

Navegación en el río San Juan: Diferencia relativa a los derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica c. Nicaragua), s. de 13 de julio de 2009: 268, 275, 317, 374, 459.

Ciertas cuestiones relativas al **auxilio judicial en materia penal** (Djibouti c. Francia), s. de 4 de junio de 2008: 470.

Demanda en interpretación de la s. de 31 de marzo de 2004 en el asunto Avena (México c. Estados Unidos), orden de 16 de julio de 2008 (medidas cautelares): 477.

Demanda en **interpretación de la sentencia** de 31 de marzo de 2004 en el asunto **Avena** (México c. Estados Unidos), s. de 19 de enero de 2009: 485.

Controversia marítima (Perú c. Chile, 2008), pendiente: 405, 459, 463.

Esparcimientos aéreos de **herbicidas** (Ecuador c. Colombia, 2008), pendiente: 423, 459, 463, 465.

Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia con F. de Rusia), orden de 15 de octubre de 2008 (medidas cautelares): 477.

Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia con F. de Rusia), pendiente: 463, 471, 478, 538.

Disputa onomástica: Aplicación del acuerdo transitorio de 13 de septiembre de 1995 (ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia, 2008), pendiente: 21, 463.

Inmunidades de jurisdicción del Estado (Alemania c. Italia, 2008), orden de 6 de julio de 2010 (demanda reconvenicional): 459, 479.

Inmunidades de jurisdicción del Estado (Alemania c. Italia, 2008), pendiente: 463, 607.

Cuestiones relativas a la obligación de **perseguir o extraditar** (Bélgica c. Senegal), orden de 28 de mayo de 2009, (medidas cautelares): 477.

Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o extraditar (Bélgica c. Senegal), pendiente: 463, 471, 596, 599.

Competencia judicial y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Bélgica c. Suiza), pendiente: 463.

Ciertas cuestiones en materia de relaciones diplomáticas (Honduras c. Brasil), orden de 12 de mayo de 2010 (desistimiento): 432, 468.

Caza de ballenas en el Antártico (Australia c. Japón), pendiente: 463, 465.

Solicitud conjunta de Burkina Fasso y Níger (Burkina Fasso/Níger, 2010), pendiente: 463, 469.

2.2. Opiniones consultivas

Condiciones de admisión de un Estado como miembro de NU (art. 4 de la Carta), op. cons. de 28 de mayo de 1948, CIJ, *Reports* (1947-48): 93, 529.

Reparación de daños sufridos al servicio de las NU, op. cons. de 11 de abril de 1949, CIJ, *Reports* (1949): 83, 86, 87, 103, 139, 272, 320, 359, 365.

Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en NU, op. cons. de 3 de marzo de 1950, CIJ, *Reports* (1950): 93.

Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania, op. cons. de 30 de mayo de 1950, CIJ, *Reports* (1950): 449, 452, 461.

Reservas a la Convención para la prevención y represión del delito de genocidio, op. cons. de 28 de mayo de 1951, CIJ, *Reports* (1951): 139, 203, 205, 207.

Efectos de las sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU), op. cons. de 13 de julio de 1954, CIJ, *Reports* (1954): 103.

Ciertos gastos de las NU (art. 17.2 de la Carta), op. cons. de 20 de julio de 1962, CIJ, *Reports* (1962): 320, 510, 514, 529.

Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en **Namibia** (Sudoeste Africano) a pesar de la res. 276 (1970) del C. de S., op. cons. de 21 de junio de 1971, CIJ, *Reports* (1971): 104, 142, 144, 151, 260, 275, 464, 512, 529.

Sáhara occidental, op. cons. de 16 de octubre de 1975, CIJ, *Reports* (1975): 65, 144, 270, 272, 368, 464.

Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 **entre la OMS y Egipto**, op. cons. de 20 de diciembre de 1980, CIJ, *Reports* (1980): 83, 86, 142, 230.

Aplicabilidad de la obligación de someter a una controversia a arbitraje de conformidad con la sección 21 **del Acuerdo** de 26 de junio de 1947 relativo a la **sede de NU**, op. cons. de 26 de abril de 1988, CIJ, *Reports* (1988): 289, 435, 461.

Aplicabilidad del artículo 6 de la sección 22 **de la Convención sobre privilegios e inmunidades de las NU**, op. cons. de 15 de diciembre de 1989, CIJ, *Reports* (1989): 197, 320.

Licitud de la amenaza o del empleo de **armas nucleares**, *op. cons.* de 8 de julio de 1996, CIJ, *Reports* (1996): 4, 5, 54, 87, 134, 139, 142, 144, 146, 160, 303, 324, 484, 491, 501.

Controversia relativa a la **inmunidad de jurisdicción de un relator especial de la Comisión de Derechos Humanos (CDH)**, *op. cons.* de 29 de abril de 1999, CIJ, *Reports* (1999): 298, 320, 365.

Consecuencias jurídicas de la edificación de un **muro** en el territorio palestino ocupado, *op. cons.* de 9 de julio de 2004, CIJ, *Reports* (2004): 67, 142, 144, 190, 260, 276, 296, 312, 315, 316, 318, 452, 478, 490, 494, 499, 510, 525, 532, 557, 559, 561.

Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de **Kosovo**, *op. cons.* de 22 de julio de 2010: 27, 28, 71, 146, 278, 510, 529.

3. Corte Penal Internacional (CPI)

Procurador c. **T. Lubanga**: 587

Procurador c. **K. Katanga et al.**: 587.

Procurador c. **J.P. Bemba**: 587.

Procurador c. **Banda y Jerbo**: 587.

Procurador c. **I. Abu Garda**: 587.

Procurador c. **J. Kony et al.**: 587.

Procurador c. **B. Ntaganda**: 587.

Procurador c. **O. Al Bashir et al.** (2009 y 2010): 587, 591, 606.

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/>

4. Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)

Tadić (IT-94-1) "*Prijedor*", decisión (de la Sala de Apelación) de 2 de octubre de 1995, excepción prejudicial de incompetencia: 565, 583.

Tadić (IT-94-1), s. (de la Sala de Apelación) de 15 de julio de 1999: 299, 487.

Nikolić, Dragan (IT-94-2) "*Sušica Camp*", decisión (de la Sala de Apelaciones) de 9 de octubre de 2002: 296, 320.

Blaškić (IT-95-14) "*Lašva Valley*", decisión (de la Sala de Apelaciones) de 29 de octubre de 1997: 131.

Furundžija (IT-95-17/1) "*Lašva Valley*", s. (de la Sala de Primera Instancia II) de 10 de diciembre de 1998: 146, 596, 598.

Kunarac et al. (IT-96-23 & 23/1) "*Foča*", s. (de la Sala de Apelaciones) de 12 de junio de 2002: 146.

Celebici: Mucić et al. (IT-96-21) "*Čelebići Camp*" (IT-96-21-A, s. (de la Sala de Apelaciones) de 20 de febrero de 2001; (IT-96-21-Tbis-R117), s. (de la Sala de Primera Instancia II) de 9 de octubre de 2001: 487

5. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Marckx c. Bélgica (*Application no. 6833/74*), s. (del Pleno) de 13 de junio de 1979 (*Serie A*, n° 31): 275.

Belilos c. Suiza (*Application no. 10328/83*), s. (del Pleno) de 29 de abril de 1988 (*Serie A*, n° 132): 200, 212, 215.

Loizidou c. Turquía (*Application no. 15318/89*), s. (de la Gran Sala) de 23 de marzo de 1995 (excepciones preliminares) (*Serie A*, n° 310): 212, 275.

Al-Adsani v. Reino Unido (*Application no. 35763/97*), s. (de la Gran Sala) de 21 de noviembre de 2001: 283, 487, 607.

Ilascu et al. c. la República de Moldavia y la Federación de Rusia (*Application no. 48787/99*), s. de (la Gran Sala) 8 de julio de 2004: 212

Yagiz y otros c. Turquía (*Requête n° 57344/00*), s. (Tribunal, Cuarta Sección) de 22 de noviembre de 2005: 298.

McElhinney v. Irlanda (*Application no. 31253/96*), s. (de la Gran Sala) de 21 de noviembre de 2001: 423

Broniowski c. Polonia (*Application no. 31443/96*), s. (de la Gran Sala) de 22 de junio de 2004: 548

Scordino c. Italia (*Application no. 36813/97*), s. (de la Gran Sala) de 29 de marzo de 2006: 548

Ócalan c. Turquía (*Application no. 46221/99*), s. (de la Gran Sala) de 12 de mayo de 2005: 548

Kounov c. Bulgaria (*Requête n° 24379/02*), s. (Tribuna, Quinta Sección) de 23 de mayo de 2006: 548

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

6.1. Casos contenciosos:

Comunidad Mayagna (Sumo) **Awás Tingni c. Nicaragua**, s. de 31 de agosto de 2001 (*Serie C No. 79*): 77.

6.2. Opiniones consultivas:

Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982 (*Serie A No. 1*): 487, 554.

Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 (*Serie A No. 2*): 208, 554.

Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983 (*Serie A No. 3*): 199, 554.

El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-8/87 del 30 de enero de 1987 (*Serie A No. 8*): 554.

Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-10/89 del 14 de julio de 1989 (*Serie A No. 10*): 554.

Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-11/90 del 10 de agosto de 1990 (*Serie A No. 11*): 554.

Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994 (*Serie A No. 14*): 554.

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 (*Serie A No. 16*): 487, 554.

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 (*Serie A No. 17*): 554.

Condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados, OC/18-03 del 17 de septiembre de 2003 (*Serie A No. 18*): 353, 554.

Control de legalidad de las atribuciones de la Comisión Interamericana, OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005 (*Serie A No. 19*): 554.

Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009 (*Serie A* No. 20): 554.

7. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

7.1. Sentencias

Variola, s. de 10 de octubre de 1973, asunto 34/73 (*Rec.*, 1973, 981): 253.

Haegeman, s. de 30 de abril de 1974, asunto 181/73 (*Rec.*, 1974, 449): 251.

Congate, s. de 11 de marzo de 1986, asunto 121/85 (*Rec.*, 1986, 1007): 287.

Los Verdes (c. Parlamento), s. de 23 de abril de 1986, asunto 294/83 (*Rec.*, 1986, 1339): 288.

Demirel, s. de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86 (*Rec.*, 1987, 3719): 119, 322.

Mateucci, s. de 27 de septiembre de 1988, asunto 235/87 *Recopilación de Jurisprudencia 1988 página 05589*: 287

Deserbais, s. de 22 de septiembre de 1988, asunto 286/86 (*Rec.*, 1988, 4907): 287.

Levy, s. de 2 de agosto de 1993, asunto C-158/91 (*Rec.*, 1993, I-4287): 287.

Parlamento Europeo c. Consejo, s. de 2 de marzo de 1994, asunto C-316/91 (*Rec.*, 1994, I-625): 322.

Evans Medical, s. de 28 de marzo de 1995, asunto C-324/93 (*Rec.*, 1995, I-563): 287.

Odigitria, s. del TPI de 6 de julio de 1995, asunto T-572/93 (*Rec.*, 1995, II-2025): 356.

Acuerdo con EE.UU. sobre contratación pública, s. de 7 de marzo de 1996, asunto C-360/93 (*Rec.*, 1996, I-1195): 292.

Parlamento Europeo c. Consejo, s. de 10 de junio de 1997, asunto C-392/95 (*Rec.*, 1997, I-3213): 292.

Racke, s. de 16 de junio de 1998, asunto C-162/96 (*Rec.*, 1998, I-3655): 236

Dior/Assco, s. de 14 de diciembre de 2000, asunto C-300/98 (*Rec.*, 2000, I-11307): 254.

Planta Mox: Comunidad v, Irlanda (2006): s. de 30 de mayo de 2006, asunto C-459/03 (*Rec.*, 2006, I-4635): 461

Al Barakaat/Kadi (2008): s. de 3 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P (<http://curia.europa.eu>): 286, 295

8. Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM)

Saiga II (San Vicente y las Granadinas c. Guinea) (asunto No. 2), s. de 1 de julio de 1999 (fondo): 359.

Conservación y explotación sostenible del **pez espada** en el Océano Pacífico (Chile/CE) (asunto n° 7), orden 2000/3, de 20 de diciembre de 2000 (constitución de una sala especial): 487.

Planta MOX (Irlanda c. Reino Unido) (asunto No. 10), Orden de 3 de diciembre de 2001 (medidas provisionales): 461 (<http://www.itlos.org>)

II. DECISIONES ARBITRALES

Isla de Aves (Holanda-Venezuela), s. de 30 de junio de 1865 (*RAI*, II, 412): 461.

Alabama (Estados Unidos/Gran Bretaña), s. de 14 de septiembre de 1872 (*RAI*, II, 889): 289.

Ferrocarril de la **bahía de Delagoa** (Gran Bretaña-Portugal), s. de 24 de julio de 1875 (*RAI*, III, 637): 368.

Delimitación fronteriza entre Colombia y Venezuela (arbitraje de la Reina Regente M^a Cristina), s. de 16 de marzo de 1891 (*UNRIAA*, I, 292): 374, 461.

- Frontera entre la Guayana francesa y Brasil**, s. del Consejo Federal Suizo (1900) (*UNRIAA*, XXVIII, 349): 376
- Reclamaciones de los súbditos italianos residentes en Perú** (Italia-Perú), ss. de 30 de septiembre de 1901 (*UNRIAA*, XV, 395): 298.
- Aroa Mines** (Comisión de reclamaciones Gran Bretaña-Venezuela), decisión de 1903 (*UNRIAA*, IX, 408): 300.
- Disputa fronteriza de Alaska** (1903) (*UNRIAA*, XV, 481): 368.
- Boutres de Mascate** (Francia-Gran Bretaña), s. de 8 de agosto de 1905 (*RIAA*, IX, 92): 349.
- Límite fronterizo entre Honduras y Nicaragua** (arbitraje del Rey Alfonso XIII), s. de 23 de diciembre de 1906 (*UNRIAA*, XI, 111): 374, 461.
- Grisbadarna** (Noruega/Suecia), s. de 23 de octubre de 1909 (*UNRIAA*, XI, 147): 112.
- El Chamizal** (Estados Unidos/México), s. de 15 de junio de 1911 (*UNRIAA*, XI, 316): 368.
- Canevaro** (Italia/Perú), s. de 3 de mayo de 1912 (*UNRIAA*, XI, 405): 359.
- Validez del laudo arbitral de la reina-regente María Cristina** sobre Cuestiones limítrofes entre Venezuela y Colombia, s. (del Consejo Federal Suizo) de 24 de marzo de 1922 (*RIAA*, I, 227): 112, 370, 375.
- Robert E. Brown et al** (Estados Unidos c. Gran Bretaña), s. de 23 de noviembre de 1923) (*UNRIAA*, VI, 120): 363.
- Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos** (España c. Reino Unido), s. de 1 de mayo de 1925 (*UNRIAA*, II, 615): 300.
- North American Dredging Co. of Texas** c. México (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de 31 de marzo de 1926 (*UNRIAA*, IV, 26): 364.
- Roberts** (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de 2 de noviembre de 1926 (*UNRIAA*, IV, 77): 352.
- Mallén** (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de 27 de abril de 1927 (*UNRIAA*, IV, 173): 298.
- Isla de Palmas** (Estados Unidos/Países Bajos), s. de 4 de abril de 1928 (*UNRIAA* II, 829): 37, 112, 275, 304, 367, 368, 372.
- Georges Pinson** (Comisión de reclamaciones franco-mexicana), s. de 19 de octubre de 1928 (*UNRIAA*, V, 313): 274, 289, 300.
- Incidente de Naulilaa** (Alemania-Portugal), s. de 1928 (*UNRIAA*, II, 1013): 333, 337, 338, 339.
- Pellat** (Comisión de Reclamaciones franco-mexicana), decisión de 7 de junio de 1929 (*UNRIAA*, V, 535): 298.
- Reclamaciones por los daños sufridos por los bombardeos de la ciudad de México** (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), s. de 15 de febrero de 1930 (*UNRIAA*, V, 76): 300.
- The Mexican Union Railway Ltd. Co.** (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), decisión de 21 de febrero de 1930 (*UNRIAA*, V, 115): 364.
- Cysne**, s. de 30 de junio de 1930 (*UNRIAA*, II, 1952): 337.
- Lena Goldfields** c. el Gobierno soviético, s. de 3 de noviembre de 1930 (*Cornell Law Quarterly*, 36, 1950, 42): 461.
- Isla de Clipperton** (Francia-México), s. de 28 de enero de 1931 (*UNRIAA*, II, 1105): 112, 368.
- Oro Mining and Railway Co.** (Comisión de reclamaciones México-Gran Bretaña), decisión de 18 de junio de 1931 (*UNRIAA*, V, 191): 298.
- International Fisheries Co.** c. Estados Unidos (Comisión de reclamaciones Estados Unidos/México), decisión de julio de 1931 (*UNRIAA*, IV, 669):364.
- Salem** (Egipto c. Estados Unidos) s. de 8 de junio de 1932 (*UNRIAA*, II, 1161):359.

Delimitación fronteriza entre Guatemala y Honduras, s. de 23 de enero de 1933 (*UNRIAA*, II, 1322):112.

Buques finlandeses, (Finlandia c. Reino Unido) s. de 9 de mayo de 1934 (*UNRIAA*, III, 1484): 363.

Fundición de Trail (Canadá/Estados Unidos), s. de 11 de marzo de 1941 (*UNRIAA*, III, 1905, 1938-1941): 324.

Petroleum Development Ltd. c. Sheikh Shahnbut Bin Sultan Bin Za'id, Rule of Abu Dhabi, s. de 28 de agosto de 1951 (*ILR*, vl. 18, 1951, 144): 275.

Herederos del Duque de Guisa (Comisión de reclamaciones franco-italiana, establecida en virtud del Tratado de Paz de 1947, art. 83), decisión de 15 de septiembre de 1951 (*UNRIAA*, XIII, 154): 298.

Dame Mossé (Comisión de reclamaciones franco-italiana, establecida en virtud del Tratado de Paz de 1947, art. 83), decisión de 17 de enero de 1953 (*UNRIAA*, XIII, 486)298.

Currie (Comisión de reclamaciones franco-italiana, establecida en virtud del Tratado de Paz de 1947, art. 83), decisión de 13 de marzo de 1954 (*UNRIAA*, XIV, 21): 298.

Alsing Trading Company Ltd y Svenska Tändsticks Aktiebolaget c. el Estado helénico, s. de 22 de diciembre de 1954 (vl. 23, *ILR*, 1956, 633): 461.

Florenzia Strusky-Merge (Comisión de reclamaciones italo-americana), decisión de 10 de junio 1955 (*UNRIAA*, XIV, 236): 359.

Abu Dhabi (Gran Bretaña-Arabia Saudí), s. de 16 de septiembre de 1955 (*AFDI*, 1957, 188): 461.

Ambatielos (Gran Bretaña-Grecia), s. de 6 de marzo de 1956 (*UNRIAA*, XII, 91): 264.

Lago Lanós (España-Francia), s. de 16 de noviembre de 1957 (*UNRIAA*, XII, 281): 215, 324, 382, 455.

Aramco (Arabia Saudí-Arabian American Oil Co.), s. de 23 de agosto de 1958 (*ILR*, vl. 27, 1959, 117):461.

Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Co., s. de 15 de marzo de 1963 (*ILR*, vl. 35, 1967, 136): 461.

Río Encuentros (delimitación fronteriza entre Argentina y Chile en los Andes), s. de 1 de abril de 1966 (*UNRIAA*, XVI, 111): 461.

Rann de Kutch, frontera Indo-Paquistaní (India/Pakistán), s. de 19 de febrero de 1968 (*UNRIAA*, XVII, 1, y *ILM*, 1968, 633): 112, 368.

Acuerdo sobre las deudas exteriores alemanas (Claims arising out of decisions of the Mixed Greco-German Arbitral Tribunal set up under Article 304 in Part X of the Treaty of Versailles (between Greece and the Federal Republic of Germany), s. de 26 de enero de 1972 (*UNRIAA*, XIX, 27, y *YILR*, vl. 47, 1974, 418): 455.

British Petroleum (BP Exploration Co. —Libia— c. el Gobierno de la República Árabe de Libia), s. de 10 de octubre de 1973 (*ILR*, vl. 53, 1979, 300): 461.

Texaco-Calasiatic c. el Gobierno libio, s. de 12 de enero de 1977 (*JDI*, 1977, 359): 144, 461.

Liamco c. el Gobierno libio, s. de 12 de abril 1977 (*ILR*, vl. 62, 1982, 141): 461.

Canal de Beagle (Argentina-Chile), s. de 18 de abril de 1977 (*ILM*, 1978, 734): 151, 277, 283, 374, 408, 461.

Delimitación de la **plataforma continental entre Francia y Gran Bretaña** en el mar de Iroise, s. de 30 de junio de 1977 (*UNRIAA* XVIII, 3, y *ILM*, 1979, 397): 151, 204, 215, 405, 407, 461.

Acuerdo sobre los servicios aéreos de 27 de marzo de 1946 entre Estados Unidos y Francia, s. de 9 de diciembre de 1978 (*UNRIAA*, XVIII, 417): 330, 333, 335, 338, 339.

Young Loan, s. de 16 de mayo de 1980 (*RGDIP*, 1980, 1157): 151, 276, 277.

Delimitación de la frontera terrestre y marítima entre los Emiratos de **Dubai y Sharjah**, s. de 19 de octubre de 1981, (inédita, texto en el Palacio de la Paz de La Haya): 112, 370.

Aminoil (Kuwait-American Independent Oil Co.), s. de 24 de marzo de 1982 (*ILM*, 1982, 976): 461.

N. **Esphahanian** v. Bank Tejatar, (Tribunal de reclamaciones Irán/Estados Unidos), s. de 29 de marzo de 1983 (decisión n° 31-157-2): (<http://www.iusct.org>): 359

M. **Dallal** (Tribunal de reclamaciones Irán/Estados Unidos), s. de 10 de junio de 1983 (decisión n° 53-149-1) (<http://www.iusct.org>): 359

Delimitación de la frontera marítima entre Guinea y Guinea Bissau, s. de 15 de febrero de 1985 (*UNRIAA*, XIX, 149, y *RGDIP*, 1985, 484): 142, 151, 405.

Pesca en el Golfo de San Lorenzo (Canadá-Francia), s. de 17 de julio de 1986 (*UNRIAA*, XIX, 225, y *RGDIP*, 1986, 713): 151.

Delimitación territorial entre Egipto e Israel en el enclave de Taba, s. de 29 de septiembre de 1988 (*UNRIAA*, XX, 1; y en *ILM*, 1988, 1427): 461.

Asgar, (Tribunal de reclamaciones Irán/Estados Unidos), s. de 14 de marzo de 1990 (decisión n° 475-11491-1) (<http://www.iusct.org>): 359.

Delimitación de la frontera marítima entre Guinea Bissau y Senegal, s. de 31 de julio de 1989 (*UNRIAA*, XX, 119, y *RGDIP*, 1990, 204): 371, 405.

Rainbow Warrior (Nueva Zelanda c. Francia), s. de 30 de abril de 1990 (*UNRIAA*, XX, 217, y *RGDIP*, 1990, 838): 316, 456, 461.

Controversia sobre el **trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy (Laguna del Desierto)** (Argentina-Chile), s. de 21 de octubre de 1994 (*UNRIAA*, XXII, y *RGDIP*, 1996, 520): 374, 375, 461.

Interpretación de la s. arbitral de 21 de octubre de 1994 relativa al trazado de la línea fronteriza entre el hito 62 y el Monte Fitz Roy (Laguna del Desierto), s. de 13 de octubre de 1995 (*UNRIAA*, XXII, 151): 461.

Soberanía territorial y alcance de la disputa y delimitación marítima entre **Eritrea y Yemen** (primera fase), s. de 9 de octubre de 1998 (*UNRIAA*, XXII, 211; v. tb. CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 459, 461.

Eritrea-Yemen (segunda fase) Delimitación marítima, s. de 17 de diciembre de 1999 (*UNRIAA*, XXII, 335; v. tb. <http://www.pca-cpa.org>): 461.

Emilio Agustín **Maffezini c. España** (CIADI, Caso No. ARB/97/7), s. de 25 de enero de 2000 (16 *ICSID Rev.—FILJ* 248 (2001); 5 *ICSID Rep.* 419 (2002); 124 *I.L.R.* 35 (2003), rectificada el 31 de enero de 2001 (*ICSID Rev.—FILJ* 279 (2001); 5 *ICSID Rep.* 440 (2002); 124 *I.L.R.* 58 (2003): 264.

Delimitación de la **frontera entre Eritrea y Etiopia**, s. de 13 de abril de 2002 (*UNRIAA*, XXV, 83): 368, 461.

Controversia entre Irlanda y el Reino Unido en el marco de la Convención de 1992 sobre la protección del medio marino del Atlántico Noreste (**OSPAR**) (Irlanda c. Reino Unido), s. de 2 de julio de 2003 (*UNRIAA*, XXIII, 59, v. tb. CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 275, 283, 459.

Siemens A.G. v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/02/8), decisión de jurisdicción de 3 de agosto de 2004 (v. <http://www.worldbank.org/icsid/cases>, French translation *Journal du droit international* 142 (2005): 264.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A c. Jordania (CIADI, Caso No. ARB/02/13), decisión sobre jurisdicción de 29 de noviembre de 2004 (20 *ICSID Rev.—FILJ* 148 (2005); 44 *ILM* 569 (2005); French translation *Journal du droit international* 182 (2005): 264.

Plama Consortium Limited v. Republica de Bulgaria (Case No. ARB/03/24), decisión sobre jurisdicción de 8 de febrero de 2005 (20 *ICSID Rev.—FILJ* 262 (2005); 44 *ILM* 721

(2005); orden de medidas provisionales, 6 de septiembre de 2005 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases>): 264.

Impregilo S.p.A. v. República Islámica de Pakistán (CIADI, caso No. ARB/02/2, y ARB/03/3) 22 de abril de 2005 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases>): 264.

Camuzzi International S.A. v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/03/7), decisión sobre las objeciones de jurisdicción de 10 de junio de 2005 (v. <http://www.worldbank.org/icsid/cases>): 264.

The Iron Rhin (Ījzeren Rijn) Railway (Bélgica c. Holanda), s. de 24 de mayo de 2005, decisión sobre interpretación, 20 de septiembre de 2005 (*UNRIAA* XXVII, 35; CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 275, 461.

Barbados/República de Trinidad y Tobago, s. de 11 de abril de 2006, (*UNRIAA*, XXVII, 147; CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 461.

Sempra Energy Int. C. R. Argentina (CIADI, caso No. ARB 02/16, s. de 9 de septiembre de 2007 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases>): 352

Guyana/Surinam, s. de 17 de septiembre de 2007, (*ILM*, 166 (2008); CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 408, 461.

Planta Mox (Irlanda c. Reino Unido) Tribunal arbitral constituido de conformidad con el artículo 287 de la CONVEMAR (Materiales radiactivos y protección del medio ambiente en el Irish Sea), Orden n° 3 (suspensión del procedimiento) de 24 de junio de 2003 (*ILM*, 1187 (2003); Orden No. 6 (terminación del procedimiento) de 6 de junio de 2008 (v. en <http://www.pca-cpa.org>): 461

Reclamación de daños (Eritrea/Etiopía), ss. de la Comisión de Reclamaciones entre 1 de julio de 2003 y 17 de agosto de 2009 (*UNRIAA*, XXVI, 2010; CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 461.

Abyei: Gobierno de Sudán/Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán, s. de 22 de julio de 2009, (CPA, <http://www.pca-cpa.org>): 71, 461.

Suez, S. General de Aguas de Barna. S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. R. Argentina (CIADI, caso No. ARB/03/19, s. de 30 de julio de 2010, decisión sobre responsabilidad (<http://www.worldbank.org/icsid/cases>): 352

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. República Argentina (CIADI, Caso No. ARB/01/3), decisión sobre la solicitud de anulación de la s. arbitral de 2 de agosto de 2004, Cté. *Ad hoc*, 30 de julio de 2010 (<http://www.worldbank.org/icsid/cases>): 352.

III. COMISIONES DE CONCILIACIÓN

Islas Aaland (Finlandia c. Suecia) (Comisión internacional de juristas designados por la S. de N.), dictamen de 5 de septiembre de 1920 (*J.O. S. de N.*, 1920, 3): 241.

Delimitación de la frontera marítima entre Islandia y Jan Mayen (Noruega), decisión de mayo de 1981 (*ILR*, vol. 67, 108): 408.

IV. OMC (Órgano de Solución de Diferencias)

Gasolina: Estados Unidos de América — Pautas para la gasolina reformulada y convencional (DS2), Informe del Órgano de Apelación de 29 de abril de 1996: 286.

Hormonas: Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) (DS26 y DS48), Informe del Órgano de Apelación de 16 de enero de 1998: 286, 487, e Informe del Arbitraje previsto en el pár. 3.c) del artículo 21, de 29 de mayo de 1998: 286, 487.

Pez Espada (Medidas que afectan a la importación y tránsito de pez espada). (Comunidades Europeas c. Chile) (DS 193), 19 de abril de 2000 (solicitud de celebración de consultas): 487.

Productos biotecnológicos: *Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* (DS291, DS292 y DS293), Informe del Grupo Especial de 29 de septiembre de 2006: 286, 487.