

512



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ACTUALIDAD DE LA SOBERANIA EN EL ORDEN INTERNACIONAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JORGE LUIS SALAZAR SANCHEZ



ASESOR DE TESIS:

DR. ARMANDO SOTO FLORES

2004/25

MEXICO, D. F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR
U. N. A. M.
P r e s e n t e .

Distinguido Señor Director:

El pasante de Derecho, señor JORGE LUIS SALAZAR SANCHEZ, inscrito en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada "ACTUALIDAD DE LA SOBERANIA EN EL ORDEN INTERNACIONAL", bajo la coordinación del Dr. Armando Soto Flores; investigación que después de su revisión por quien suscribe, fue aprobada.

De acuerdo a lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito de usted, ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de Licenciado en Derecho del señor Salazar Sánchez.

A t e n t a m e n t e .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., mayo 8, 2000.

DRA. MARTA ELENA MANSILLA Y MEJIA
Directora del Seminario

NOTA: El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad.

MEMyM/lgi*



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

**DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJIA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO.
P R E S E N T E**

Me permito hacer de su conocimiento que el C. Jorge Luis Salazar Sánchez, con número de cuenta 6404789-2, ha concluido el trabajo de tesis de licenciatura, bajo mi dirección, denominada: *Actualidad de la soberanía en el Orden internacional*.

La tesis esta compuesta por seis capítulos en los que son bien desarrollados los objetivos, el problema, la hipótesis y metodología descritos en la introducción.

En el estudio se indaga en el capítulo 1, sobre el significado jurídico de la noción de soberanía y el lugar que corresponde al Estado en el Orden internacional, a través de la relación entre soberanía de los Estados y Derecho internacional, así como del análisis de los principios de isonomía de los Estados, de no intervención, de protección de los Derechos Humanos y del de autodeterminación de los pueblos.

En el capítulo 2, se aborda el relativismo del Derecho internacional, originado por la soberanía del Estado, para ese efecto revisa la relevancia del consentimiento en la creación de las normas jurídicas internacionales, y el papel que desempeña en el establecimiento de las obligaciones convencionales y consuetudinarias y en cuanto sustento de la jurisdicción internacional.

La acotación de la voluntad del Estado y, en consecuencia, los límites jurídicos y fácticos del relativismo del Derecho internacional, son objeto de estudio en el capítulo 3, en función de la trascendencia de los principios de la buena fe, del no formalismo del consentimiento, de la noción de efectividad y del carácter imperativo de las normas de *jus cogens*, que reducen o condicionan la discrecionalidad de los Estados en sus vinculaciones jurídicas.

En el capítulo 4, se analiza la función de la soberanía en el Nuevo Derecho del Mar, como expresión clara del papel que juega hoy en día en el desarrollo progresivo de la Norma internacional y en las posibilidades de conciliación de las competencias estatales con los intereses comunes de la Humanidad.

La tensión entre el voluntarismo estatal y la Organización de las Naciones Unidas, es examinada en el capítulo 5, especialmente en las facultades y tareas del Secretario General y las competencias exclusivas de los Estados relacionadas con la Organización.

En el capítulo 6, se consideran los aspectos jurídico funcionales de la relación de la Organización de las Naciones Unidas con respecto de los Estados Miembros por virtud de la soberanía, para ello se analizan los problemas de interpretación en los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, la exégesis de la Carta y el desarrollo del Derecho internacional mediante la regla de mayoría y el consenso de los Estados.

La estructura de la monografía es correcta, sistematiza adecuadamente el desarrollo del tema y es de mencionarse la pertinencia de las notas de pie de página. La bibliografía está bien seleccionada, incluye libros, revistas y publicaciones especializadas en la materia.

La tesis satisface, a juicio del suscrito, los requisitos metodológicos de forma y fondo y sus conclusiones son consistentes con el capítulo descrito.

Por tal virtud, a reserva de su análisis, mi opinión es de que la tesis reúne las condiciones para ser sometida a la consideración de otros sinodales del Jurado que se designe.

Conforme a lo anterior, otorgo mi voto aprobatorio a la presente tesis.

Con mi agradecimiento por su atención, comprensión y apoyo, le reitero las seguridades de mis más altas y distinguidas consideraciones.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPIRITU"

Cd. Universitaria, a 22 de marzo de 2000.

DR. ARMANDO SOTO FLORES

*Recibido
Jesús González Fuentes
Abril 5. 2000*

RECONOCIMIENTO

La conclusión de este trabajo es evocación inevitable de gratas y entrañables presencias.

Mis queridos padres y primeros educadores, Salvador y Ana María, mis queridos hermanos Ana María, Salvador, María Antonieta, Samuel, Teresa, María Elena y Beatriz. También fraternalmente Humberto y José Luis, amigos de toda la vida.

Amorosamente, Rosalba mi esposa y mis hijos Jorge Luis, Rosalba y Emilio Fernando.

Afectuosamente, mis Maestros, desde las primeras letras hasta la licenciatura, compañeros y aulas, hasta la inolvidable y excelente Facultad de Derecho y, vinculado a esta tesis por su invaluable orientación y apoyo, el Maestro Armando Soto Flores.

A todos me debo, a todos mi gratitud impercedera.

INDICE

INTRODUCCION	5
CAPITULO 1	9
LA SOBERANIA DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL	9
1.1.- El sentido jurídico de la soberanía en Derecho Internacional.....	9
1.1.1.- Antecedente de la soberanía y su función en el surgimiento del Derecho Internacional moderno.....	11
1.1.2.- Relación entre soberanía de los Estados y Derecho Internacional.	13
1.1.3.- Función jurídica de la soberanía del Estado en Derecho Internacional.	16
1.1.4.- Isonomía de los Estados.	21
1.1.5.- El principio de no intervención.....	23
1.2.- Lugar que ocupa el Estado soberano en el Orden Internacional.....	25
1.2.1.- Los Derechos Humanos y su salvaguarda.....	27
1.2.2.- Autodeterminación de los pueblos y Derecho Internacional.	34
1.2.2.1.- El principio de libre determinación es un derecho de los pueblos o un deber de los Estados.	35
1.2.2.2.- Autodeterminación de los pueblos e integridad territorial de los Estados.	38
CAPITULO 2	43
LA MEDIATIZACION O RELATIVISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL	43
2.1.- El consentimiento del Estado en la creación de las normas jurídicas internacionales ...	43
2.1.1.- Los tratados y el consentimiento del Estado.....	44
2.1.1.1.- El consentimiento del Estado, condición necesaria para el inicio de la vigencia del tratado.	44
2.1.1.2.- El tratado y sus efectos para terceros Estados.	49
2.1.2.- El Derecho consuetudinario internacional y el consentimiento del Estado.....	52
2.1.2.1.- Valor jurídico de la norma consuetudinaria en formación y consentimiento del Estado.	53
2.1.2.2.- La norma consuetudinaria establecida y el consentimiento del Estado.	55
2.1.3.- El fundamento de la jurisdicción internacional entre Estados soberanos.....	59
2.1.3.1.- La voluntad del Estado y jurisdicción internacional.....	59
2.1.3.2.- Controversias de orden jurídico y jurisdicción obligatoria.....	64
CAPITULO 3	67
RESTRICCIONES AL RELATIVISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL	67
3.1.- El principio de la buena fe y el valor del comportamiento en el Derecho Internacional	68
3.1.1.- La buena fe.....	68
3.1.1.1.- Comportamiento del Estado y principio de buena fe.....	69
3.1.1.2.- El tratado y el principio de buena fe.	70
3.1.2.- Comportamiento y consentimiento en Derecho Internacional.....	72
3.2.- La efectividad en el Derecho Internacional.....	77
3.2.1.- Anulación del efecto relativo de los tratados por la noción de efectividad.	79
3.2.1.1.- Normas convencionales que se transforman en costumbre internacional.	80
3.2.1.2.- Tratados que representan la gestión de intereses comunes por las Grandes Potencias.	82
3.2.1.3.- Tratados constitutivos de Organizaciones internacionales.	83

3.2.2.- Los tratados y su efectividad ante un cambio fundamental en las circunstancias que le dieron origen.....	85
3.3.- El jus cogens en el Derecho Internacional.....	89
3.3.1.- Normas de Derecho Internacional general que son imperativas.....	92
3.3.2.- La prohibición de la agresión o la amenaza de fuerza como norma imperativa.....	97

CAPITULO 4

104

EL NUEVO DERECHO DEL MAR Y LA SOBERANIA	104
4.1.- Jurisdicción del Estado ribereño	107
4.1.1.- La delimitación marítima	107
4.1.1.1.- Supuestos de delimitación.....	108
4.1.1.2.- Los métodos de delimitación	112
4.1.1.3.- Concepto y función de la delimitación	113
4.1.2.- Los espacios marinos bajo la jurisdicción de los Estados	116
4.1.2.1.- Aguas interiores y mar territorial	117
4.1.2.1.1.- Las aguas interiores.....	117
4.1.2.1.2.- El mar territorial.....	118
4.1.2.1.3.- Zona contigua.....	121
4.1.2.- Zona Económica Exclusiva.....	122
4.1.2.1.- La naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva.....	124
4.1.2.2.- Aprovechamiento de los recursos naturales.....	127
4.1.3.- La plataforma Continental	129
4.1.3.1.- Descripción geomorfológica	129
4.1.3.2.- Definición y régimen jurídico.....	130
4.1.3.3.- Plataforma continental y Zona Económica Exclusiva	132
4.2.- Límites a la voluntad de los Estados ribereños.....	134
4.2.1.- La protección del medio marino	134
4.2.1.1.- Definición y convenios	134
4.2.1.2.- La obligación de proteger y preservar el medio marino	137
4.2.2.- Derecho de los Estados no ribereños	139
4.2.2.1.- Derechos de acceso al mar y desde el mar de los Estados sin litoral y libertad de tránsito.....	140
4.2.2.2.- Participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la explotación de las zonas económicas exclusivas.....	142
4.2.3.- El fondo del mar como patrimonio común de la humanidad	143
4.2.3.1.- Génesis del principio	143
4.2.3.2.- Naturaleza jurídica	144
4.2.3.3.- El acuerdo de 1994 y la modificación de la Convención de Jamaica.....	146
4.2.3.4.- Régimen general de la exploración y explotación de la zona.....	147
4.2.3.5.- La Autoridad Internacional de los fondos marinos.....	150
4.3.- Sistema de solución de controversias.....	152
4.3.1.- La conciliación.....	153
4.3.2.- Los órganos jurisdiccionales.....	154
4.3.2.1.- El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.....	154
4.3.2.2.- Sala de controversias de los fondos marinos	155
4.3.2.3.- El Tribunal de Arbitraje Especial	156
4.3.3.- Excepciones a la jurisdicción obligatoria	157

CAPITULO 5	160
LA FUNCION DE LA SOBERANIA DE LOS ESTADOS EN LA ORGANIZACION INTERNACIONAL	160
5.1.- La administración pública internacional y la soberanía de los Estados.....	161
5.1.1.- Naturaleza de la función pública internacional.....	162
5.1.2.- Carácter y posición de la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas.....	165
5.2.- La jurisdicción reservada del Estado y la organización internacional.....	168
5.2.1.- Los criterios de la Organización de las Naciones Unidas sobre la jurisdicción interna de los Estados.....	170
5.2.2.- Significado jurídico de la competencia reservada de los Estados.	173
CAPITULO 6	176
LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA SOBERANIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS	176
6.1.- La interpretación de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales.	176
6.1.1.- Las facultades implícitas de las organizaciones internacionales.	177
6.1.2.- La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz.....	180
6.2.- Las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y el desarrollo del Derecho Internacional	189
6.2.1.- El consentimiento de los Estados y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.....	191
6.2.2.- Consenso y regla de mayoría	193
CONCLUSIONES	200
BIBLIOGRAFIA	208

INTRODUCCION

Controvertible por excelencia la idea de soberanía e indisolublemente asociada como peculiaridad del Estado, constituye un concepto que desde su acuñación, ha estado presente en construcciones doctrinarias y ha animado organizaciones políticas diversas.

Concepto superado para algunos tratadistas persiste, no obstante, en la literatura jurídico-política contemporánea no como mera referencia histórica sino como principio que informa, con diversas características, las estructuras constitucionales de los Estados y se proyecta en el Orden internacional con influencia indiscutible.

La aparente declinación o desprestigio de la doctrina de la soberanía nunca ha llegado a su desconocimiento formal como sustento de las disposiciones jurídicas internacionales, ni mucho menos ha trascendido cabalmente en la realidad; en efecto, esa tendencia se vio sucedida por un resurgimiento del mismo principio manifestado en el llamado proceso de descolonización al punto que ha sido burdamente calificado de “orgía” de soberanías.

Irrumpe con renovado vigor en el denominado Derecho Económico Internacional con los planteamientos de los países subdesarrollados que postulan la soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales; se le reconoce como principio funcional en torno al cual se desenvuelve el llamado Nuevo Derecho del Mar, de promisorios alcances, y es esgrimido en el proceso de desintegración de Estados con comunidades nacionales ficticias cuyos pueblos postulan su derecho a la autodeterminación. Auténtico mentís para quienes, acaso precipitadamente, habían oficiado sus exequias.

Lo apuntado no significa que la doctrina de la soberanía permanezca inmovible; ciertamente acusa en su expresión actual los efectos moderadores de su cuestionamiento jurídico y político y de las realidades económicas de la época que le han ido moldeando hacia términos más en armonía con el Orden internacional caracterizado hoy por una interdependencia creciente entre las naciones.

La noción de un Derecho Internacional relacional o interestatal tan solo dirigido a normar las relaciones entre los Estados, es ya un concepto inexacto de tal suerte que la oposición irreductible entre soberanía y Derecho Internacional expuesta por diversos autores se plantea actualmente en términos distintos, sin pretender con ello afirmar que se haya logrado un sincretismo en la cuestión, por lo demás innecesario.

Partiendo de un análisis histórico sobre la expresión y función actual de la noción de soberanía, Truyol Serra, refiriéndose a diversos autores que han impugnado ese concepto, señala que en realidad su lucha contra la soberanía implica la equiparación de la soberanía con la soberanía absoluta, lo que explicaría la reacción doctrinal de supresión pura y simple del concepto como consecuencia de la exageración del mismo y a partir de la idea de soberanía, *summa potestas* de los Escolásticos, concluye que: “La soberanía de los Estados, rectamente entendida, no es incompatible con el Derecho Internacional.”

Es necesario recordar que las normas jurídicas internacionales son expresión de la voluntad de los Estados, creación de estos dirigida principalmente a sí mismos y de las cuales son intérpretes razonablemente y de buena fe en su aplicación, requiriéndose también su aquiescencia para el ejercicio de la función jurisdiccional. En el ámbito mundial el Derecho sólo tiene aplicación efectiva en las relaciones entre Estados por razón del carácter obligatorio que estos le reconocen. La acción de la soberanía es así forzosamente decisiva en el desarrollo del Derecho Internacional.

El orden internacional se institucionaliza al punto de aceptarse que el desarrollo, los progresos del Derecho Internacional hoy y, por mayoría de razón, hacia el futuro, se hayan vinculados a los de la organización internacional, la cual se desenvuelve entre dos tendencias: universalismo y regionalismo, por condicionamientos principalmente económicos.

En el estadio actual del orden internacional cabe preguntarse ¿existe espacio para la noción de soberanía y que función le corresponde? ¿cuáles son las consecuencias y como se expresa jurídicamente la tensión entre soberanía e institucionalidad internacional? ¿qué características tiene la normatividad que motiva la influencia recíproca de Estados-organización?. Intentar responder a estos cuestionamientos implica averiguarlo sistemáticamente en diversos planos del Derecho Internacional.

Pretendemos indagar en la primera parte respecto del significado jurídico de la noción de soberanía y sobre el lugar que ocupa el Estado en el orden legal internacional, inquiriendo a través de la relación entre soberanía de los Estados y Derecho Internacional, su sentido jurídico y de los principios de igualdad jurídica de los Estados, de no intervención, de protección de los Derechos Humanos y del principio de la libre determinación de los pueblos.

El relativismo del Derecho Internacional, originado por la soberanía del Estado que se manifiesta por medio del consentimiento como fundamento de este orden jurídico, lo abordamos en el capítulo segundo mediante el análisis de la relevancia del consentimiento en la creación de las normas jurídicas internacionales y el papel que juega en el establecimiento de las obligaciones convencionales y consuetudinarias y como base de la jurisdicción internacional aún en la calificada de obligatoria.

El relativismo del Derecho Internacional está acotado por el hecho de que el Estado despliega su actividad en lo internacional en una colectividad de Estados en proceso gradual de transformación hacia una sociedad internacional, lo cual se expresa en la tendencia a la institucionalización y organización creciente. Estos límites son objeto de estudio de la tercera parte del trabajo en función de la trascendencia alcanzada por los principios de buena fe y del no formalismo del consentimiento; la noción de efectividad y la imperatividad de determinadas normas ó *jus cogens* en Derecho Internacional, que no pueden ser desconocidas por la voluntad de los Estados.

Pasar revista, así sea brevemente, al Nuevo Derecho del Mar, es imprescindible si se pretende conocer las expresiones y función actual de la soberanía en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional. El Derecho marítimo surgido de la Convención de Jamaica, cuyos propósitos normativos son manifiestamente económicos, apunta hacia vías conducentes al pleno aprovechamiento de los océanos en forma racional y equitativa, mediante fórmulas que concilien competencias de los Estados con los intereses comunes de la Humanidad. Este es el objetivo de la cuarta sección.

El proceso de institucionalización y organización de la sociedad internacional conlleva también limitaciones para la soberanía de las comunidades nacionales, sin que signifique el desplazamiento ni mucho menos la desaparición de la soberanía del Estado. La consecuente tensión entre la voluntad del Estado y las organizaciones internacionales, política y jurídicamente se percibe en el análisis de la Organización de las Naciones

Unidas a cuyo examen es aplicado el apartado quinto, en el que revisamos la función pública internacional en relación con la soberanía de los Estados expresada en la naturaleza de las facultades y tareas del funcionario público internacional especialmente la del Secretario General, así como las competencias exclusivas de los Estados con respecto a las Naciones Unidas.

Los aspectos funcionales y la manifestación jurídica de la problemática que plantea las competencias de la Organización de las Naciones Unidas en relación con los Estados Miembros por virtud de la soberanía, son objeto de consideración en el capítulo sexto, a través del análisis de los problemas de interpretación en los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, especialmente lo referente a la exégesis de la Carta de las Naciones Unidas y el progreso del orden jurídico internacional mediante la regla de mayoría y el consenso de las voluntades estatales.

Finalmente, en las conclusiones además de compendiar el trabajo, aventuramos algunas ideas sobre la continuidad del Estado nacional y la pervivencia y función de la soberanía en un mundo en proceso de institucionalización y de internacionalización de las economías.

CAPITULO 1

LA SOBERANIA DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1.1.- EL SENTIDO JURÍDICO DE LA SOBERANÍA EN DERECHO INTERNACIONAL

El nuevo orden mundial, caracterizado por la creciente interdependencia de los países, que una corriente internacionalista supone debe fincarse en “la superación del dogma de la soberanía”¹ es coincidente con un notable despliegue del concepto de soberanía.

No es posible soslayar los aspectos políticos de la soberanía, un análisis con pretensiones de objetividad de su significado jurídico en Derecho Internacional debe tener muy en cuenta la profunda y compleja raigambre del principio.

Ignorar el concepto es negar la realidad e imposibilita la comprensión del Derecho Internacional ya que le resta uno de sus supuestos básicos de sustentación y expresión. Una posición radical como pretender su supresión es sencillamente simplista, tan absurda como una idea omnimoda de la soberanía.

Es oportuno citar aquí el señalamiento de De Visscher, en el sentido de que “las relaciones entre el derecho y la soberanía dependen, en realidad, del grado de integración histórica del poder político en el ordenamiento del derecho. Cuanto mayor sea esta integración, tanto más tenderá la soberanía a convertirse en un poder de derecho, perdiendo su carácter de “dominación”.”²

El jurista busca la sujeción del poder político al orden jurídico, propósito que en extremo de prurito ha conducido a visiones irreales de ordenes institucionalizados que no corresponden a las circunstancias actuales, en los

¹ Carrillo Salcedo Juan Antonio: “Soberanía del Estado y Derecho Internacional” Primera ed edit. Tecnos, Madrid 1969. p. 64.

² De Visscher Charles: “Teorías y realidades en Derecho Internacional Público” Segunda ed. edit. Bosch, Barcelona 1962. p.111.

que el poder deja de ser soberano para convertirse en competencia, esto es, en “un poder objetivo determinado por un sistema jurídico superior a los sujetos de derecho”.³

Esta concepción que reduce la soberanía a la categoría de competencia atribuida por el Derecho Internacional carece de fundamento histórico y evidentemente no coincide con la convicción general de los Estados; Anzilotti sintetiza así la cuestión:

“el Derecho Internacional es superior al Estado en cuanto constituye un límite jurídico de su poder, pero no en el sentido de que el poder del Estado sea una delegación del Derecho Internacional. Esta última tesis, que por otra parte no es lógicamente necesaria, se enfrenta no sólo a la experiencia histórica sino también y principalmente a la convicción de los Estados, a quienes repugna en grado sumo la idea de ejercer un poder que les venga concedido por el Derecho Internacional.”⁴

El Derecho Internacional no es fundamento de la soberanía estatal: Castañeda afirma el carácter universal de este postulado y explica: “La soberanía, que en este contexto se identifica con la independencia, tiene un carácter inmanente y en cierto modo previo al Derecho Internacional. Este reconoce y limita la soberanía estatal pero no constituye su fundamento”.⁵

Las sucesivas concepciones jurídicas de la soberanía reflejan las modificaciones históricas del poder político tanto en su organización interna como en sus relaciones con el extranjero. Los contrastes se han exagerado pues los Estados reconocen expresamente los límites que a su libertad de acción les impone su coexistencia y aceptan las obligaciones derivadas de este hecho.

El sentido político de la soberanía dificulta su apreciación como categoría jurídica, al propio tiempo, es inaceptable la reducción de la soberanía a concepto político con prescindencia de su condición jurídica, de ahí la necesidad de analizar la relación entre soberanía del Estado y Derecho

³ Ibidem p. 110.

⁴ Anzilotti Dionisio: “Corso di Diritto Internazionale”, Cuarta ed. Edit Padua, Roma, 1928. p. 49.

⁵ Gómez Robledo Alonso y varios: “La soberanía de los Estados sobre sus Recursos Naturales”, Primera ed. UNAM., México, 1980. p. 16.

Internacional así como el sentido jurídico de la soberanía del Estado en el Orden internacional.

1.1.1.- Antecedente de la soberanía y su función en el surgimiento del Derecho Internacional moderno.

Con riesgo de sobreabundancia, a continuación transitamos por la conocida senda histórico-doctrinaria del Estado con la convicción de que, en su sentido primitivo, la noción de soberanía se concibió como máxima potestad en su jurisdicción, acotada, sin pretensiones de dominación externa; y fue en su trayecto hacia esta época cuando se le atribuyeron rasgos que justificaban el absolutismo de suerte que de ser originalmente un principio integrador de los estados nacionales que propició el surgimiento del Derecho Internacional moderno, posteriormente fue considerado por algunos tratadistas como un concepto opuesto al orden jurídico universal.

Bien mirado el propio concepto de soberanía nos da su significado auténtico y su proyección y función en el Derecho Internacional.

La soberanía es un concepto jurídico con trascendencia funcional; como sabemos, la génesis del Estado, se encuentra en la lucha de la Monarquía frente al Papado y el Imperio en lo externo y el poder feudal en lo interno, para integrar el poder, afirmar su supremacía en su reino y rescatar la potestad pública.

Esta nueva realidad pronto encontró su expresión doctrinaria en la idea de soberanía, concepto que Bodino edificó sistemáticamente sobre bases jurídicas y lo concibió limitado al afirmar: “Si decimos que quien tiene la potestad absoluta no esta sometido a las leyes, no se encontraría en el mundo un príncipe soberano, porque todos los príncipes de la tierra están sometidos a las leyes de Dios, de la naturaleza y a varias leyes que son comunes a todos los pueblos.”⁶

Francisco Suárez y, en general, los escolásticos españoles, concebían el poder dotado de superioridad *in suo ordine*. Sánchez Agesta, siguiendo a esos tratadistas de derecho público, señala que: “No hay limitaciones del poder

⁶ Pedroso Manuel “La relación entre Derecho y Estado y la idea de soberanía” en “Symposium internacional Juan Bodino-Manuel Pedroso”. Primera ed. Edit. por la Facultad de Derecho de la UNAM, México 1979, p 310.

sino tareas propias del poder y acciones que escapan a su competencia porque no están relacionadas con su fin; de tener algún sentido la soberanía no será la ilimitación del poder, sino la plenitud de su capacidad para realizar los fines que le son propios” y dice también que: “esa potestad es suprema ‘en su orden’, esto es, en aquel ámbito que está comprendido en su fin”.⁷

Heller sostiene una construcción funcional de la soberanía en una de las visiones más sólidas del concepto, e imbricando los elementos constitutivos del Estado a partir de la unidad social, identifica la soberanía con el poder constituyente como puede apreciarse en el siguiente párrafo:

“Consiste esta en la capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de la cooperación social-territorial, en caso necesario incluso contra el derecho positivo y, además, de imponer la decisión a todos, no sólo a los miembros del Estado sino, en principio, a todos los habitantes del territorio.” “...se llama soberano al poder que crea el derecho, en su caso al constituyente, pero eso es la organización estatal como un todo. Sólo ella es el sujeto de la plenitud de poder concentrada y actualizada en la conexión estatal de efectividad que hace posible el imponerse a cualquier otro poder dentro del territorio”.⁸

La soberanía es la capacidad de autodeterminación de la nación, de dotarse de una organización jurídico-política mediante el orden jurídico fundamental o Constitución; poder supremo que excluye la injerencia de cualquier otro poder externo o interno distinto a la comunidad nacional, que al autodeterminarse se autolimita, al ajustarse a los términos de la Ley Fundamental que se ha otorgado.

La independencia es nota consustancial de la soberanía; también corresponde a su índole la capacidad de negociación externa y por consiguiente de obligarse, lo cual deviene de la estabilidad y unidad internas.

En efecto Quaritsch, a partir de las ideas de Heller, afirma que: “esta capacidad de negociación del Derecho Internacional sólo se podía conseguir

⁷ Sánchez Agesta Luis “Bodino en la historia del Estado” en “Symposium internacional Juan Bodino-Manuel Pedrosa” Primera ed. Edit. Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1979, p.78.

⁸ Heller Hermann, “Teoría del Estado”, Edit Fondo de Cultura Económica, México sexta edición en español, 1968, pp. 262-263.

si las “gentes” lograban estabilizarse en torno a una unidad que permitiera un trato responsable hacia afuera y la constatación del destinatario del Derecho Internacional; la liga independiente de dominio debía presentarse para el Derecho Internacional como una ‘unidad de acción’. La unidad de acción hacia afuera estaba inevitablemente ligada con la “unidad de decisión” creada en el interior del ámbito de acción del soberano. ‘La facultad del soberano de actuar en las relaciones exteriores está ligada al hecho de la unidad de acción y decisión interna’. Fue la soberanía interior la que condujo a la unidad de acción y decisión. La independencia hacia afuera, entendida como libertad de la lex de un tercero, y poder soberano hacia adentro son así dos lados de la misma cosa”.⁹

La independencia soberana recíprocamente reconocida conlleva la igualdad de los soberanos, condición que permite el surgimiento del Derecho Internacional moderno a partir de la soberanía y sustentado en la misma puesto que propicia un mismo rango a las comunidades estatales, es decir la soberanía es exigencia de ingreso a la comunidad universal que reconocen los Estados.

1.1.2.- Relación entre soberanía de los Estados y Derecho Internacional.

En Derecho Internacional la soberanía significa jurídicamente la independencia de cada Estado con respecto a los demás Estados con los que coexiste lo cual es un principio constitucional del Derecho Internacional; es libertad de decisión en el ejercicio de las relaciones internacionales o autonomía del Estado, en tanto que no permite injerencia de los otros Estados en estos asuntos.

En el anexo de la recomendación de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 27 de noviembre de 1953 relativa a los factores que indican el logro de la independencia, se refiere a esta como la:

“plena responsabilidad internacional del territorio por los actos propios del ejercicio de su soberanía externa y la posibilidad de ejercicio del poder de entablar relaciones directas de cualquier clase

⁹ Quaritsch Helmut “La soberanía en Bodino y el Derecho Internacional” en “Simpósium internacional Juan Bodino-Manuel Pedroso”, Primera ed. Editado por la Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1979, p.p. 176-177.

con otros gobiernos y con instituciones internacionales, y derecho a negociar, firmar y ratificar instrumentos internacionales”

La propia recomendación señala que la independencia se manifiesta al interior como “ausencia de todo control y/o injerencia del Gobierno de otro Estado en el Gobierno interior (poderes legislativo, ejecutivo y judicial) y en la administración del territorio.”

La soberanía implica la idea de independencia que entraña la supremacía de la unidad estatal en su territorio con negación de toda autoridad política superior a la del Estado y afirma su exclusividad de jurisdicción.

La soberanía en su manifestación de exclusividad jurisdiccional del Estado es fundamento de la obligación de los Estados de no intervenir en los asuntos internos de los demás Estados, jurisdicción exclusiva que es susceptible de ser limitada únicamente por el Derecho Internacional.

Considerado como elemento constitutivo del Estado, en el territorio se concreta la idea de soberanía de suerte que la Corte Internacional de Justicia ha hablado de “soberanía territorial” señalando en el caso del Canal de Corfú que:

“entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales”¹⁰

El poder de excluir de su territorio la acción de cualquier otro Estado o entidad es atributo esencial de la soberanía territorial el Juez Huber, en el fallo arbitral de la Isla de Palmas, dijo:

“Independencia con respecto a una porción del globo es el derecho de ejercer en él, con exclusión de cualquier otro Estado, las funciones propias de un Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados durante los últimos siglos y, como corolario el desarrollo del Derecho Internacional, han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado con respecto a su propio territorio, de tal manera que se hace de él el punto de partida para solucionar la mayoría de las cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales”¹¹

¹⁰ ONU., International Court of Justice: Report 1949, p. 35.

¹¹ ONU., Reports of International Arbitral Awards, Vol. II. p. 838.

El concepto implica una obligación correlativa, reconocida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del Lotus:

“la limitación primordial que impone el Derecho Internacional al Estado es la de excluir -salvo la existencia de una regla permisiva en contrario—todo ejercicio de su poder en el territorio de otro Estado.

En este sentido la jurisdicción es ciertamente territorial; no puede ser ejercida por fuera del territorio, sino en virtud de una regla permisiva que derive del Derecho Internacional consuetudinario o de una convención”¹²

Conlleva también el deber de desarrollar en dicho territorio la actividad estatal, el cumplimiento de deberes específicos, como apuntó el Juez Huber en el mencionado fallo de la Isla de Palmas:

“la soberanía territorial implica el derecho exclusivo de desplegar las actividades propia de un Estado. Pero este derecho tiene, como corolario, un deber: la obligación de proteger dentro de su territorio los derechos de otros Estados, en particular, el derecho a la integridad y a la inviolabilidad tanto en la paz como en la guerra, conjuntamente con los derechos que los Estados pueden reclamar para sus nacionales en territorio extranjero ... La soberanía territorial no puede reducirse a sus aspectos negativos, es decir a excluir la actividad de otros Estados; esto es así porque sirve para dividir entre las naciones el espacio en donde se desarrollan las actividades a fin de asegurar a éstos, en cualquier lugar, ese mínimo de protección que garantiza el Derecho Internacional”¹³

Las obligaciones jurídicas que incumben al Estado, se fundan en la presunción de que dispone de los medios de acción necesarios para el cumplimiento de sus deberes internacionales.

Estos deberes como es el de impedir en su territorio la formación de expediciones hostiles contra otros Estados; protección adecuada de extranjeros, etc. son obligación de vigilancia y de comportamiento, no de resultado. De un modo general la Corte Internacional de Justicia se ha referido en el asunto del Canal de Corfú, a:

¹² Sociedad de Naciones, Corte Permanente de Justicia Internacional: Informe serie A, num, 10 pp. 18 y 19.

¹³ ONU., Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 839.

“la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que utilice su territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados.”¹⁴

Esta obligación se basa no en la legitimidad del título sino en el control físico que ejerce el Estado sobre una parte determinada del globo. Esto es manifiesto en el caso de Namibia, al señalar la Corte que:

“El hecho de que Sudáfrica posea ya el título jurídico que la habilite a administrar el territorio no la libera de las obligaciones y responsabilidades que el Derecho Internacional le impone con respecto a los otros Estados que están ligados al ejercicio de sus poderes en ese territorio. Es el control efectivo sobre un territorio y no la soberanía o legitimidad del Título lo que constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado por actos que afecten a otros Estados”¹⁵

Es admitida la exención de responsabilidad del Estado por hechos o actos ilícitos cometidos en su territorio por insurrectos o rebeldes, en los supuestos de que la rebelión llegue a ser dominada, por lo que no es absoluta la presunción de que el Estado dispone de los medios necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en razón de su soberanía territorial, fundándose la exención de responsabilidad en la pérdida del control territorial efectivo.

La tensión entre soberanía del Estado y Derecho Internacional deviene en un equilibrio que informa el Orden mundial, y es evidente que ese principio, incluso en sus expresiones vinculadas a la territorialidad supera con mucho el aspecto histórico y político y tiene un sentido jurídico.

1.1.3.- Función jurídica de la soberanía del Estado en Derecho Internacional.

La soberanía del Estado es un principio fundamental del Derecho Internacional, que en cuanto atributo del Estado permea la relación y posición de este en dicho orden normativo según la connotación que tiene y la función que desempeña jurídicamente.

¹⁴ ONU., International Court of Justice: Reports, 1949, p.22.

¹⁵ ONU., International Court Of Justice: Reports 1971, p. 54.

La soberanía, nota esencial del Estado, no excluye a este del Derecho Internacional y menos aún lo exalta por sobre del mismo, por el contrario la soberanía, en su sentido auténtico de independencia es la condición normal de los Estados en el orden jurídico internacional, a cuya virtud son capaces legalmente para ser sujetos de la normatividad internacional y contraer obligaciones, capacidad cuya máxima expresión significa, en cierto modo, autolimitarse mediante el consentimiento, posibilidad jurídica y fáctica que solo es posible por virtud de la soberanía.

La jurisprudencia internacional así lo ha interpretado, afirmando categóricamente la supeditación del Estado soberano al Derecho Internacional, como se observa en el caso del "Wimbledon," en el cual el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, rechazó la excepción de soberanía opuesta por Alemania para sustraerse al ejercicio, en tiempo de guerra, del Derecho de paso por el Canal de Kiel, el cual, de acuerdo a la postura alemana, implicaba el abandono de una prerrogativa personal e imprescriptible que constituye un elemento de la soberanía. En su sentencia el Tribunal sostuvo que:

"es evidente que la obligación convencional tiene por efecto impedir a los contratantes el recurso a la excepción de soberanía en aquellas cuestiones donde su libertad de apreciación, de decisión o de acción se halle limitada por el tratado. Pero no por el hecho de que un Estado se haya obligado con referencia a determinada cuestión cesa de ser soberano en el orden de materias a cuyo ámbito la misma pertenezca. Deja simplemente de ser libre con respecto a dicha cuestión, en el sentido de que, en lo sucesivo, sólo puede ejercer su soberanía en las condiciones previstas por el tratado.

El Tribunal se niega a ver en la conclusión de un tratado, por el que el Estado se compromete a hacer o no hacer alguna cosa, un abandono de su soberanía. Sin duda todo convenio que crea una obligación de este tipo trae consigo una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que imprime a este ejercicio una dirección determinada. Pero la facultad de asumir compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado"¹⁶

¹⁶ Sociedad de Naciones, Cour Permanente de Justice Internationale: Recueil des Arrest, Serie A, num. 1, p. 25.

La reserva en materia de tratados, que es objeto de otro capítulo, es una de las posibilidades de expresión jurídica de la soberanía y, al propio tiempo, oportunidad para el señalamiento de algunos de sus límites. El Convenio para la Prevención y Sanción del Delito del Genocidio, fue ocasión para que el Tribunal Internacional de Justicia se pronunciara con respecto de las reservas formuladas por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas quien sostuvo que por virtud de la soberanía tenía derecho a formular una reserva respecto a cualquier tratado en el que pretendiera ser parte y, como consecuencia jurídica, el tratado entraría en vigor entre el reservante y los demás Estados parte con excepción de las disposiciones objeto de la reserva. Al respecto el Tribunal afirmó que:

“tal punto de vista carece de fundamento. Resulta evidente que una aplicación tan extremada de la idea de soberanía del Estado podría llevar a un completo desconocimiento del objeto y el fin del convenio”¹⁷

El límite que a la potestad del Estado constituye el Derecho Internacional es señalado claramente en la jurisprudencia internacional, sin embargo, no se advierte con la misma claridad las posibilidades o la amplitud de la voluntad y libertad de acción de los Estados soberanos, cuestión que se aprecia en forma distinta según la naturaleza convencional o consuetudinaria, de las normas de Derecho Internacional.

En el Derecho Internacional convencional, el problema es referible a la determinación de la carga de la prueba, que está a cargo del Estado que aduzca una restricción de la soberanía de otro Estado en virtud de las obligaciones impuestas por un convenio del que este último sea parte. En cambio, en Derecho consuetudinario, en principio, no puede hablarse de carga de la prueba respecto de una regla de Derecho Internacional general dadas sus características, de ahí la necesidad de buscar en la jurisprudencia internacional un criterio de solución.

En el asunto del Lotus, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, sin que sea referencia al fondo de la sentencia, señaló que el Derecho Internacional:

¹⁷ ONU., International Court of Justice: Reservations to the Genocide Convention Case. Opinion consultiva. p. 21.

“rige las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas que obligan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en los convenios, o en usos aceptados generalmente como expresión de principios jurídicos y establecidos para regular la coexistencia de estas comunidades independientes o para la consecución de fines comunes. Las limitaciones de la independencia de los Estados no se presumen”.¹⁸

El mismo principio aparece formulado en la sentencia arbitral del asunto del Lago Lanoux en que el Tribunal afirma:

“La soberanía territorial juega al modo de presunción. Debe inclinarse ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera que sea la fuente de que deriven, pero sólo ante ellas”¹⁹

Asimismo, en el caso del Lotus, se admitió la defensa de Turquía, basada en la tesis de que en Derecho Internacional todo lo que no está prohibido está permitido. El juez Leder en su opinión disidente, cuestiona esta afirmación por el riesgo de una libertad absoluta cuando no exista una restricción expresamente establecida.

Lauterpacht, sostiene que el principio enunciado por el Tribunal es menos dogmático y más flexible de lo que aparenta: cuando el Tribunal no encuentre fundamento alguno para limitar la discrecionalidad del Estado soberano en el catálogo de fuentes formales que el artículo 38 de su Estatuto pone a su disposición, no debe presumir la existencia de tal limitación. Ahora bien, dicho catálogo de fuentes formales de obligaciones jurídicas internacionales es amplio y complejo, y no se limita a las manifestaciones expresas de voluntades de los Estados, por lo que la única conclusión que es correcto deducir de la afirmación del Tribunal Permanente de Justicia internacional, hace referencia a la discrecionalidad del Estado en Derecho Internacional.²⁰

El Tribunal Arbitral en el asunto del Lago Lanoux, en términos más precisos señalaba que en las condiciones para el ejercicio de competencias estatales, la soberanía territorial juega como presunción, y que al Estado soberano

¹⁸ Sociedad de Naciones, Corte Permanente de Justicia Internacional: Informe. Serie A, num. 10 p.18.

¹⁹ ONU.: Recueil des sentences arbitrales, Vol. XII, pp. 286 y sigs.

²⁰ Cfr. Lauterpacht Hersch: “The development of International Law by the International Court”, Primera ed. Edit. Stevens, Londres, 1958, p.p.. 359 a 361.

corresponde apreciar, razonablemente y de buena fe, las situaciones y las reglas que le conciernan.

La jurisprudencia internacional enfoca dos nociones básicas y complementarias: de una parte, la discrecionalidad, el subjetivismo y el voluntarismo del Estado soberano; de otra, los límites que el Derecho Internacional impone a una y a otros.

En efecto, ni la discrecionalidad del Estado equivale a arbitrariedad ni la noción de soberanía significa que la voluntad del Estado esté por encima de las obligaciones jurídicas impuestas por normas establecidas en Derecho Internacional.

El equilibrio existente entre las nociones de soberanía del Estado y Derecho Internacional se hace evidente en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de las Pesquerías entre el Reino Unido de la Gran Bretaña y Noruega, al decir que:

“La delimitación de los espacios marítimos tiene siempre un aspecto internacional, no puede depender de la sola voluntad del Estado ribereño tal como se expresa en su Derecho interno. Si es verdad que el acto de limitación es necesariamente un acto unilateral, porque sólo el Estado ribereño tiene competencias para verificarlo, por el contrario, la validez de la delimitación respecto a terceros Estados depende del Derecho Internacional”²¹

En el problema de la validez internacional de la naturalización de Nottebohm, en Liechstentein y, por consiguiente, la validez internacional de la protección intentada por este último, el Tribunal Internacional de Justicia precisó que:

“La naturalización de Nottebohm es un acto realizado por Liechstentein en ejercicio de su competencia nacional. Se trata de determinar si este acto produce el efecto internacional aquí considerado... La cuestión que el Tribunal debe resolver no se sitúa en el ordenamiento jurídico de Liechstentein. No depende ni de la ley ni de las decisiones de Liechstentein determinar si este Estado tiene derecho a ejercer su protección en el caso considerado. Ejercer la protección, dirigirse al Tribunal, es colocarse en el

²¹ ONU., International Court of Justice: Reports 1951.p. 132.

plano del Derecho Internacional. Es el Derecho Internacional el que determina si un Estado puede ejercer la protección”.²²

Como consecuencia de la soberanía en el Orden internacional cada Estado es a la vez sujeto del Derecho Internacional, órgano del mismo e intérprete, razonablemente y de buena fe, del alcance de sus obligaciones y de los efectos jurídicos de las situaciones que le conciernen.

Con profundos rasgos históricos y políticos, la soberanía es esencialmente un concepto jurídico que en la esfera internacional expresa jurídicamente dos realidades: de una parte el carácter descentralizado del Derecho Internacional ya que el Estado no se subordina a ninguna autoridad solo está sujeto al Derecho Internacional; de otra, el derecho a desarrollar su actividad como Estado en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados. Lo primero es evidente en el principio de igualdad soberana de los Estados, lo segundo en el de no intervención en los asuntos internos.

1.1.4.- Isonomía de los Estados.

El artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, establece el principio de Isonomía de los Estados al señalar que “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”, formulación que el maestro Cesar Sepulveda considera superflua y desafortunada por lo impensable de establecer *status* diversos para sus miembros y la notoria desigualdad favorable a las Grandes potencias por las funciones que se han arrogado; situación que es explicable en el plano de la realidad y las relaciones internacionales condicionantes del Derecho.²³

Para el propio autor, al igual que para otros tratadistas, esa frase de la Carta es eufemística y “no significa nada especial”;²⁴ en cambio este principio es expresado por la Carta de la Organización de los Estados Americanos en su artículo 9 en términos cuya propiedad goza de amplio reconocimiento.

²² ONU.; Court Internationale de Justice: Affaire Nottebohm (Deuxième Phase). Recueil 1955, pp. 20 y 21.

²³ Cfr. Sepulveda Cesar: “Derecho Internacional Público” Primera ed. Edit. Porrúa, México, 1960. p. 211.

²⁴ Ibidem p. 211.

“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”.

La igualdad soberana que con poca claridad establece la Carta de las Naciones Unidas, es contrariada formalmente por diversas disposiciones de la misma, impuestas por la realidad, al reconocer preeminencia a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad –*primus inter pares*- cuyo papel preponderante se consigna en diversos artículos, señaladamente en la admisión, suspensión y expulsión de miembros, paz y seguridad internacionales, derecho de veto, nombramiento del Secretario General, etc.

Las limitaciones de la definición de la Carta sobre Isonomía de los Miembros, han conducido a su ampliación y desarrollo mediante otros instrumentos; así, fue objeto de análisis en el Comité Especial para el examen de los principios de Derecho Internacional relativos a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados y elaboró la siguiente formulación del principio.

1. Todos los Estados gozan de igualdad soberana. Tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social político o de otra índole.
2. En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:
 - a) Los Estados son iguales jurídicamente.
 - b) Cada Estado goza de los derechos inherentes a la propia soberanía.
 - c) Los Estados tienen el deber de respetar la personalidad de los demás Estados.
 - d) La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables.
 - e) Cada Estado tiene derecho a elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural.
 - f) Cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás Estados.

Soberanía e igualdad de los Estados son términos esencialmente correlativos. La formulación que se ha hecho del principio de igualdad soberana en la Carta de las Naciones Unidas, debió expresar con claridad el sentido de igualdad de *status* jurídico ante el Derecho Internacional, conforme al cual todos los Estados deben disfrutar de iguales derechos y asumir iguales deberes y tener igual capacidad jurídica para ejercer esos derechos y cumplir esos deberes.

Igualdad de *status* jurídico que no significa ignorar las desigualdades de poder entre los Estados ni pretende resolver esas disparidades; en ese sentido, tan solo se establece como un principio de equidad que da pié a esas posibles soluciones que más tarde pudieran ser el contenido de normas jurídicas específicas.

Posibilidad que ilustra el caso de las inquietudes de los Estados por superar las desigualdades económicas, las cuales han dado origen a un conjunto de disposiciones designadas con la expresión “Derecho económico internacional” en cuya base se encuentran dos principios fundamentales: la igualdad soberana de los Estados y el derecho de los pueblos a disponer de ellos mismos, premisas que permitieron a la Asamblea General formular la doctrina de la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales.

1.1.5.- El principio de no intervención.

Este principio originado en el Derecho Internacional aplicable entre los Estados Americanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional con validez mundial en la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” 2,625 (XXV).

La Carta de las Naciones Unidas establece la prohibición de intervención para la Organización, y es obvio que la Carta no puede permitir a los Miembros lo que prohíbe a la Organización internacional misma, en consecuencia, debe entenderse que tal prohibición se extiende a los Estados.

La prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, formas extremas de intervención no incluye otros actos contrarios al Derecho Internacional; tal es el caso de las acciones unilaterales de barcos de guerra en aguas territoriales de otro Estado como el barrido de las minas efectuado por la

Marina Inglesa en las aguas albanesas del Canal de Corfú²⁵ acción que la Corte Internacional de Justicia describió como “intervención” a pesar de que este término es también usado con otro sentido en el Estatuto de la Corte. Igualmente es de considerarse que la presión económica y política no incluidos en el concepto fuerza en la sección referente al no uso de la fuerza hace aún más necesario mantener como un principio específico la no intervención de los Estados en los asuntos de otros Estados.

La Declaración 2,625 en la sección relativa a la no intervención inspirada en los artículos 16 y 17 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, señala:

“Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro”.

La inclusión del término “asuntos externos” ha motivado críticas, sin embargo, en cuestiones tales como el reconocimiento de un nuevo gobierno o el mantenimiento o ruptura de relaciones diplomáticas, con otro Estado que son de carácter doméstico se han dado casos de intervención.

Por el contrario, la denuncia de un Estado respecto a otro ante una Organización internacional competente, por violaciones a los derechos humanos fundamentales, cuestión que ya no es de exclusividad doméstica, no constituye un acto de intervención.

El término intervención comprende todo acto ilegítimo de coerción de un Estado respecto de otro, que no alcance a configurar un uso o amenazas de fuerza, por lo que su definición precisa es difícil al punto que ha sido descrita como una “zona nebulosa de acción, imperfectamente definida por el Derecho Internacional”²⁶

La Declaración describe a la intervención, refiriéndose a la intervención armada señala que es una expresión que abarca todos los actos de fuerza que, por una razón u otra, no alcanzan a constituir ataques armados, agresiones o

²⁵ ONU., International Court of Justice: Reports 1949 p. 45.

²⁶ Jiménez de Aréchaga Eduardo.: El Derecho Internacional Contemporáneo, Primera ed. Edit. Tecnos. Madrid, 1980.

empleos ilegítimos de la fuerza y abundando en la descripción, la Declaración dice:

“Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado”.

Asimismo, en una fórmula general señala:

“cualquiera otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos o culturales que lo constituyen”.

El siguiente párrafo de la Declaración precisa la fórmula general citada, ya que establece:

“Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventaja de cualquier orden”.

La esencia del acto de intervención la significan los términos “coaccionar a otro Estado” que en la doctrina tradicional se define como “interferencia dictatorial”. En suma, el concepto jurídico de no intervención dimana del respeto a la personalidad y a la independencia política del Estado y es corolario lógico de la igualdad soberana que sería vulnerada si los Estados tuvieran derecho a intervenir en los asuntos internos de otros Estados.

1.2.- LUGAR QUE OCUPA EL ESTADO SOBERANO EN EL ORDEN INTERNACIONAL

El Estado ejerce una influencia determinante en las relaciones internacionales y en la formulación del Derecho que las regula. Su ubicación simultánea en el orden doméstico y en el externo, es calificada por ello como una “posición clave” y el orden jurídico internacional presupone y reconoce su existencia.

El territorio es el ámbito en el que el Estado nacional despliega su competencia y potestad exclusiva, y es a tal grado trascendente en el orden jurídico externo que se le considera el punto de inicio para la reglamentación

de la mayor parte de los problemas que plantean las relaciones internacionales.

Cuestión factica que conlleva a la coexistencia de dos órdenes jurídicos que los tratadistas han abordado y explicado como sistema dual o bien, afirmando el monismo del Derecho; planteamientos teóricos cuya solución, tanto en la doctrina como en los hechos, supera la disyuntiva. En efecto el punto de confluencia de ambos ordenamientos jurídicos lo constituye el hombre como tal en cuanto principio y fin de toda institución pues resulta imposible comprender al poder en su expresión territorial o en su manifestación externa sin recurrir a los fines humanos que, en última instancia, lo justifican y legitiman.

Al propio tiempo esa característica trasciende al orden jurídico e históricamente señala el punto de equilibrio en la relación entre el Estado y el Derecho Internacional, ciertamente aún hoy la lealtad de las personas se manifiesta en primer término con su comunidad más próxima que es, desde luego, la nación y, seguidamente, como una aspiración ideal, con la comunidad universal, de ahí que la noción de soberanía ejerza influencia definitiva en el Derecho de Gentes.

Las contradicciones entre los aspectos internos y externos de la soberanía han sido exageradas pues los Estados saben que su libertad de acción está limitada por la coexistencia con otros Estados y en la practica de sus relaciones internacionales encuentran solución jurídica a los problemas que de ellas se derivan de tal suerte que es posible advertir un progreso en el desarrollo del Derecho Internacional pese a resistencias y a las diversidades de las comunidades estatales.

La efectividad del Derecho Internacional depende en grado sumo de la participación del Estado, de ahí su mediatización, como generador y medio de expresión del mismo; necesita de la acción del Estado, de ahí el desdoblamiento funcional de este, y “no existe base posible para el orden internacional si el interno no le proporciona un sólido punto de apoyo,” situación que es puesta de relieve en la protección de los Derechos del ser humano y el derecho de autodeterminación de los pueblos.

1.2.1.- Los Derechos Humanos y su salvaguarda.

El problema de la protección internacional del hombre continua siendo un exponente claro del avance y características del Derecho Internacional en tanto que se ha considerado al individuo humano sólo en cuanto nacional de un Estado y su acción, en principio, únicamente puede manifestarse mediante el endoso de su derecho a la comunidad estatal a la que pertenece, es decir, son los Estados los sujetos primarios, no exclusivos, del Derecho Internacional, situación cuyas consecuencias se aprecian claramente en la protección de los derechos humanos y la responsabilidad internacional.²⁷

En efecto, la institución de la responsabilidad internacional de acuerdo a la doctrina es siempre una relación de Estado a Estado.

“Tratándose de un acto imputable a un Estado y que aparece como contrario a los derechos convencionales de otro la responsabilidad internacional se establece directamente en el plano de las relaciones entre dichos Estados”.²⁸

Vinculado lo anterior a la protección diplomática, encontramos que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en sentencia de 30 de agosto de 1924 sobre el asunto Mavrommatis estableció:

“Es un principio elemental de Derecho Internacional que todo Estado se haya autorizado a proteger a sus súbditos perjudicados por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que aquéllos no han podido obtener satisfacción por la vía ordinaria. Al encargarse de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento a su favor la acción diplomática o la acción judicial internacional este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus súbditos el Derecho Internacional...”²⁹

²⁷ Cfr. Aguilar Navarro M. "La responsabilidad internacional y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional". Revista Española de Derecho Internacional Vol.IX Núm. 3, Madrid 1958.

²⁸ Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia de 14 de junio de 1938, en el asunto de los fosfatos de Marruecos. p. 28.

²⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional: Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina: sentencia de 30 de agosto de 1924. Serie A Núm. 2, p. 12.

En términos similares Max Huber en su sentencia arbitral de 1º de mayo de 1925, relativa a las reclamaciones británicas por daños sufridos en la zona española de Marruecos señaló:

“Desde el momento en que el Estado al que pertenece el reclamante interviene diplomáticamente en favor de sus súbditos, haciendo valer sus derechos convencionales (por ejemplo, un tratado de establecimiento o de capitulaciones, etc.), o los principios del Derecho Internacional que, con independencia de los tratados regulan los derechos de los extranjeros, surge una nueva reclamación de Estado a Estado”³⁰

Por virtud de la reclamación, el Estado reclamante se subroga en los derechos de su nacional por el que ejerce la protección diplomática, esta forma de protección es de formulación consuetudinaria y corresponde en sus requisitos de procedibilidad, procedimiento y consecuencias, al Derecho Internacional clásico, con serias limitaciones como medio de protección de la persona humana debido a:³¹

El Estado que reclama ejerce un derecho propio y las consecuencias que resultan para el particular no son mas que un efecto incidental de la reclamación.

Derecho de los Estados a proteger solo a sus nacionales: Según lo ha establecido el Tribunal Permanente de Justicia Internacional: “A falta de acuerdos especiales, únicamente el vínculo de la nacionalidad otorga al Estado el Derecho de protección diplomática”³², lo que hace inadmisibles las reclamaciones de los apátridas.

La discrecionalidad del Estado para ejercer o no la protección de sus nacionales y de aceptar cualquier reparación; disponer de las reclamaciones de sus súbditos; someterlas a transacción y repartir la indemnización entre sus súbditos como lo estime conveniente.

³⁰ O.N.U., Recueil du sentences arbitrages internationaux, T. II, P. 33.

³¹ Cfr. Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Edit Ariel 3a Edic Barcelona, 1966. Pp. 352 y sigs.

³² Sociedad de Naciones., Corte Permanente de Justicia Internacional: Sentencia dictada en el litigio entre Estonia y Lituania sobre el ferrocarril Panerezkys Saldutiskys el 28 de febrero de 1939 Serie A/B Núm. 76, p.. 36.

La carencia de codificación de la protección diplomática que conduce a acudir, al llamado *standard* mínimo internacional cuyos inconvenientes derivan de su imprecisión.³³

El tema de la justificación y límites de la protección diplomática es de los más debatidos por los internacionalistas sin embargo existe coincidencia en que presenta deficiencias y lagunas, no así en las posiciones que de ello se derivan, que van desde modificar la institución en grados y características diversos hasta la supresión de la misma.

Ante las limitaciones de la protección diplomática, cabe considerar cual es la situación jurídica actual del individuo en el Derecho Internacional.

La Carta de las Naciones Unidas consigna en su Preámbulo la determinación de los Estados Miembros “de reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” y en su artículo 1, “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Las dificultades jurídicas para la realización de estos ideales se inician con el hecho de que la Carta no contiene definición alguna de los derechos humanos ni de las libertades fundamentales, tampoco prevé mecanismos para garantizar el cumplimiento de tales derechos y libertades.

En consecuencia y a pesar de lo dispuesto por el artículo 56 de la Carta en el sentido de que “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”, existen discrepancias en cuanto a que si los Estados Miembros tienen una obligación de carácter jurídico de respeto a los Derechos Humanos.

³³ A este respecto Charles de Visscher señala: “El trato otorgado al extranjero corresponde a un *Standard* internacional o nivel común generalmente adoptado por los países civilizados. El término *Standard* implica que, más que una regla de contornos claramente definidos, se trata de un principio, o mejor aun, de una directriz cuya aplicación puede depender de elementos variables y particulares en cada caso. op. cit. p. 301.

Algunos autores consideran que impone un deber general a los Miembros, p.e. Lauterpacht, Jessup, Carrillo Salcedo, basados en las exigencias de interpretación de los tratados; otros, como Kelsen, afirman que la Carta no formula una obligación sino que establece propósitos y funciones de la Organización.

De Vischeer por su parte considera que "... entre la afirmación solemne y la observancia efectiva (de los derechos humanos) surge la excepción de la competencia reservada o "jurisdicción interna" agravada en sus consecuencias por la expresión que se le ha dado en el artículo 2º apartado 7º de la Carta ..." y añade que "La Carta considera pues a los derechos del hombre como una fuente de inspiración moral y como un principio de acción colectiva para los órganos de las Naciones Unidas" y prosigue "Sin embargo, la Carta no define en lugar alguno los derechos del hombre, al dejarlos indeterminados en su objeto y alcance, no podía pretender imponer a los Estados miembros la obligación de concederlos o garantizarlos a sus respectivos súbditos a través de su legislación interna".³⁴

En cuanto a la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948, es ya un catálogo de estos derechos pero carecen de valor obligatorio, pues se sustenta en una Resolución de la Asamblea General y por tanto no posee valor vinculante para los Estados, aunque si tiene un valor moral innegable.

No obstante la situación señalada, las facultades discrecionales de los Estados están limitadas por una obligación internacional cuya formación consuetudinaria es reconocible en la actitud generalizada de los Estados que admite la posibilidad de sancionar actos que repudia la conciencia universal de los derechos humanos mas fundamentales, como fue en el caso de Sudáfrica por su política de apartheid reiteradamente condenada por la Asamblea General, lo que acreditó la existencia de principios jurídicos positivos en proceso de trascender a normas jurídicas internacionales de observancia obligatoria, proceso que en el ejemplo citado derivó efectivamente en obligación jurídica mediante dos convenciones.

Una es la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial, en vigor desde el 4 de enero de 1969 y cuyos Estados

³⁴ De Visscher Charles. op. cit. pp. 136 y 137.

parte condenan la discriminación racial y particularmente la segregación y el apartheid.

Como mecanismo de control en dicha convención se establece una Comisión de 18 expertos en la eliminación de la discriminación racial para considerar los informes sobre disposiciones internas adaptados por cada Estado y para formular sugerencias y recomendaciones a la Asamblea General.

También un Estado parte puede someter a la consideración del Comité asuntos relativos a incumplimientos que le atribuya a otro Estado parte, la Comisión a su vez designará una Comisión *ad hoc* que ofrecerá sus buenos oficios a los Estados involucrados para un arreglo amistoso e informará a la Comisión principal formulando recomendaciones para solucionar la queja, finalmente, un Estado parte puede en todo tiempo reconocer la competencia de la Comisión dentro de su jurisdicción para considerar comunicaciones de individuos o grupos que aleguen ser víctimas de violación por ese Estado parte de los Derechos establecidos en la Convención.

La otra convención internacional de referencia tiene por objeto la represión y castigo del delito de apartheid y es de 1973, estando en vigor desde el 18 de julio de 1976.

Es en el orden regional donde podemos encontrar los mayores logros en materia de protección de los Derechos humanos, específicamente en los países del Consejo de Europa con la Convención para la Salvaguarda de los Derechos del hombre y sus Libertades fundamentales firmado en Roma en 1950 y el Protocolo Adicional, firmado en París en 1952. Se han establecido cuatro Protocolos Adicionales para modificar o completar determinados artículos de la Convención original y facultar al Tribunal Europeo de Derechos humanos para emitir dictámenes. Asimismo se firmó la Carta Social Europea sobre los Derechos Sociales y Económicos del Hombre Europeo.

La Convención establece con indudable valor obligatorio el respeto y protección de los derechos humanos definiendo cuales son estos y prevé el sistema de control y garantía.

Especialmente importante es la posibilidad de acceso directo de la persona humana a la procuración de justicia en caso de violación de sus derechos, lo que significa un notorio avance en el Derecho Internacional tradicional si bien se señalan algunas limitaciones del sistema como son: la instancia que conoce de la presentación de las demandas individuales, es decir la Comisión de

Derechos Humanos, no tiene carácter de tribunal sino de árbitro y si no es posible la conciliación produce un informe al Comité de Ministros el que, en su caso, planteará la cuestión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir al Tribunal no pueden acudir en demanda las personas solo las Altas Partes Contratantes. Igualmente, es de señalarse que los mecanismos de garantía mencionadas no son aplicables en los casos de violación de los derechos de tipo social y económico previstos en la Carta Social Europea y la única garantía consiste en recomendaciones que el Comité de Ministros considere conveniente dirigir a las Partes con base en los informes.³⁵

Refiriéndonos nuevamente al ámbito universal, el carácter obligatorio del respeto a los Derechos Humanos por parte de los Estados y los medios de control y garantía, muy inferiores desde luego a los alcanzados por la Convención Europea de Derechos Humanos, los encontramos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entró en vigor el 3 de enero de 1976 y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos vigente desde el 23 de marzo de 1976 y en su Protocolo facultativo de la misma fecha.

En ambos Pactos, como consecuencia de la soberanía de los Estados, se optó por un tipo de control internacional y no constitucional o supranacional. En efecto, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señala como formas de control los informes anuales presentados por los Estados parte, los cuales considerará el Comité de Derechos del Hombre establecido por el Pacto y dirigirá observaciones generales a dichos Estados así como al Consejo Económico y Social.

El otro medio de control es mas específico: el Comité esta autorizado para recibir y considerar comunicaciones de un Estado parte que denuncie incumplimiento de obligaciones de otro Estado parte pero se requiere que tanto el Estado parte que formula la comunicación, como el Estado parte al que esta se refiere, hayan hecho una declaración reconociendo la competencia del Comité para que puede ser recibida y analizada por el mismo. Si un asunto planteado no se resuelve con los buenos oficios del Comité previo consentimiento de los Estados interesados, puede designarse una Comisión *ad hoc* y de no lograrse un arreglo amistoso, elaborará un informe y los Estados afectados comunicarán al Comité si aceptan o no sus términos.

³⁵ Varela Feijoo Jacobo "La Protección de los Derechos Humanos" Primera ed. Edit. Hispano Europea Barcelona 1972, p. 40.

Los mecanismos de control aludidos son similares a los de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, son efectivamente de carácter internacional, no institucional, fincados en la concertación de soberanías estatales.

Ahora bien, en los Protocolos facultativos tanto del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos como de la Convención mencionada se prevé un mecanismo de garantía de índole diversa a los mencionados, dado su carácter institucional al establecer Comités, en ambos casos de 18 miembros, competentes para recibir y considerar comunicaciones de individuos o grupos que aduzcan violaciones a los Derechos que establecen, por un Estado parte que haya aceptado el Protocolo y el Comité comunicará su opinión al Estado parte interesado y al individuo.

En cuanto al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el medio de control se reduce a la presentación de informes periódicos de los Estados parte al Consejo Económico y Social sin que esté prevista la participación del individuo.

No obstante el avance en la institucionalización del Derecho Internacional manifestado en este aspecto en el establecimiento de las Comisiones previstas por los Pactos referidos en el plano universal y de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el regional, la protección de los derechos humanos continúa fundada en la relación internacional entre Estados.

La subjetividad en el Derecho Internacional se amplía gradual y particularmente en el plano regional, sin embargo universalmente la institución de la protección diplomática, en sus términos actuales está informada por una realidad: la preponderancia del Estado soberano en la formulación y aplicación del orden jurídico internacional, en el que el Derecho, en relación con los particulares se manifiesta esencialmente a través de las comunidades estatales a las que pertenecen.

Conforme a la panorámica descrita, la protección de los derechos humanos dista todavía mucho de la pretensión, que alguna corriente de internacionalistas considera solución óptima: establecer órganos supranacionales competentes para tutelar esos derechos y conferir al hombre capacidad para recurrir directamente como individuo en procuración de protección a sus derechos.

En este aspecto son de considerarse las reflexiones de De Visscher sobre la tendencia a convertir al individuo en un sujeto directo del Derecho Internacional, quien manifiesta dudas de la eficacia de la acción personal aislada de la del Estado y advierte la inconveniencia de crear demasiada expectativa sobre este punto.

1.2.2.- Autodeterminación de los pueblos y Derecho Internacional.

El principio de libre determinación de los pueblos fue inicialmente considerado como un postulado político o moral pero no una norma jurídica obligatoria del Derecho Internacional; así, en una controversia entre Suecia y Finlandia respecto de las Islas Aland, la Comisión de juristas que trató la cuestión, en su informe de 5 de septiembre de 1920 señaló: “la consagración de este principio en cierto número de tratados internacionales no puede ser considerada motivo suficiente para que se le tenga por una de las normas positivas del Derecho Internacional” y apuntaron que “no hay mención de él en el Pacto de la Liga...”³⁶

En cambio, la Carta de las Naciones Unidas establece claramente como uno de los propósitos de la Organización “Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos...” (artículo 1, párrafo 2), propósito que es ratificado en la propia Carta en su artículo 55 que señala las acciones que promoverá la Organización para propiciar.. las buenas relaciones entre las naciones “... basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos...” y en el artículo 56 se formula el compromiso de todos los Miembros de cooperar para la realización de los propósitos consignados por el artículo 55.

Pese a ello, fue largo el trecho recorrido para su consagración como un principio jurídico indiscutible. Las interpretaciones iniciales de la Carta, basadas en que no se encontraba entre los principios reguladores de la Organización y de sus Miembros previstos en el artículo 2, apuntaban que, en consecuencia, no era constitutivo de derechos y obligaciones.

El fin de las discrepancias sobre la naturaleza del principio comienza con la llamada “Carta Magna de la Descolonización” como se ha calificado a la

³⁶ Rousseau Charles, op. cit. p. 88.

resolución 1514 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960, que proclama: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud de este derecho, determinan libremente su estatuto político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

Esta disposición, concluyente en cuanto a la juridicidad del principio, significó la modificación sustancial de la conceptualización de la Carta sobre el proceso de desarrollo e independencia de los pueblos de territorios no autónomos sujetos a Administración, prácticamente confiado a la buena voluntad del Estado Administrador.

Rompió con la idea de “madurez” de los pueblos, cuya calificación se confiaba al Administrador como condición para su independencia al señalar en el párrafo 3º. “La falta de preparación en los terrenos político, económico, social o en el de la enseñanza no debe ser jamás tomada como pretexto para retrasar la independencia”.

La resolución 1654, estableció en 1961 un Comité encargado de vigilar el cumplimiento de la resolución 1514, y su aplicación ha sido continua, sin embargo no obstante que abiertamente ya no se cuestionó el proceso de descolonización en cuanto a legitimidad de títulos coloniales o incapacidad de los pueblos para su autogobierno, si surgieron diferencias sobre las características jurídicas del principio de libre determinación debatiéndose en ello una cuestión esencial del Derecho Internacional: los sujetos del mismo.

1.2.2.1.- El principio de libre determinación es un derecho de los pueblos o un deber de los Estados.

Con ocasión de los trabajos emprendidos por el Comité Especial para el examen de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, que culminaron con la resolución 2625 de 24 de octubre de 1970, hubo proposiciones, tomando en cuenta que la codificación se limitaba a los derechos y los deberes de los Estados, en el sentido de que el principio de libre determinación debía definirse como obligación de los Estados de respetarlo y aplicarlo, pero no debiera ser formulado como un derecho de los pueblos como se había hecho en la resolución 1514, y se aducía que sólo los Estados son sujetos de

Derecho Internacional así como la dificultad para definir lo que se entiende por pueblo.³⁷

Es en esta cuestión donde se advierte la trascendencia del principio de libre determinación en la modificación de conceptos clásicos del Derecho Internacional. En efecto, en las formulaciones tradicionales del Derecho Internacional el sujeto exclusivo del mismo es el Estado y todo ente o individuo distinto concurre y se expresa en el orden internacional a través de aquél, y los hechos históricos que dan origen a un nuevo Estado son elementos prejurídicos no existiendo posibilidad jurídica de un principio de legitimación de la pretensión de un pueblo de constituirse en entidad política independiente.

En consecuencia con esa posición clásica del Orden internacional, el principio de autodeterminación de los pueblos no sería un derecho de estos, sino un deber de los Estados.

Las controversias doctrinales apuntadas, han sido superadas en el Derecho Internacional vigente estableciéndose como un derecho de los pueblos. En efecto, la resolución 2625 desecha la disyuntiva jurídica doctrinal y formula el principio en su doble carácter, es decir, como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados, cuando señala "En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, y de procurar su desarrollo económico, social y cultural y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta".

Resulta obvio el reconocimiento de los pueblos como sujeto de Derecho Internacional, para tales efectos, además de los Estados; se les reconoce la titularidad de un derecho de autodeterminación, es el principio de

³⁷ De Visscher señala "Los hechos históricos que originan la formación de nuevos Estados constituyen elementos prejurídicos". No existe ningún criterio jurídico que se ajuste a ellos lo suficiente como para proporcionar un principio de legitimación indiscutible a la aspiración de una colectividad (asentada sobre un territorio determinado) de erigirse en entidad política independiente. Tal aspiración, por su carácter político, se realiza políticamente a través de esa "organización del poder" que, en la mente humana va asociada tradicionalmente al concepto de Estado. El orden jurídico internacional no crea al Estado sino que presupone su existencia; tras haber reconocido la operación sobre un determinado territorio de una entidad política que representa los caracteres generalmente atribuidos al Estado, dicho orden se limita al investir la personalidad desde el punto de vista del Derecho Internacional y a exigir de ella la observancia de los deberes internacionales que su autoridad comporta" *ibidem* pp. 181 y 182.

legitimación, cuya carencia señalaba De Visscher, de las aspiraciones de independencia de una colectividad dependiente.

La Corte Internacional de Justicia, ha contribuido al esclarecimiento de la naturaleza jurídica del principio de libre determinación interpretándolo como un derecho de los pueblos, en efecto, en opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las consecuencias jurídicas para los Estados por la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia, al comentar el artículo 80, párrafo 1º de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte observó lo siguiente:

“Uno de los rasgos notables de esta disposición es la estipulación en favor de la preservación de los derechos de los pueblos, que se aplica sin discusión a los habitantes de los territorios bajo mandato, en particular a las poblaciones autóctonas”.³⁸

Asimismo, en dictamen de 16 de octubre de 1975 sobre la cuestión del Sahara Occidental, apoyándose en las Resoluciones 1514 y 2625, la Corte Internacional de Justicia, define el principio de autodeterminación como derecho al decir: “... en particular el párrafo 2, (de la resolución 1514) confirman y ponen énfasis en el hecho de que la aplicación del derecho de libre determinación requiere una expresión libre y genuina de la voluntad del pueblo interesado”. en el propio caso, en opinión individual, el Juez Dillard, consideró “que las posiciones adoptadas por el Tribunal indican la aparición de una norma de Derecho Internacional aplicable a la descolonización de los territorios no autónomos colocados bajo la égida de las Naciones Unidas”.³⁹

Por otra parte, el Pacto sobre los Derechos Económicos Sociales y culturales, en vigor desde el 2 de enero de 1976, y el de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976, consagran el derecho de los pueblos a la libre determinación.

En el informe de la Comisión de Derechos Humanos, XXXIV Período de sesiones, ítem 9 de la Agenda, al referirse al tema “Aplicación de las Resoluciones de las Naciones Unidas relativas al derecho a la libre determinación de los pueblos sometidos a una dominación colonial y

³⁸ ONU., International Court of Justice: Reports. 1971, p. 133.

³⁹ Carrillo Salcedo José Antonio: “Libre determinación de los pueblos e integridad territorial de los Estados en el dictamen del Tribunal Internacional de Justicia sobre el Sahara Occidental”, Revista Española de Derecho Internacional, REDI Vol. XXIX Núm. 1 1976; p. 34.

extranjera”, estudio jurídico formulado por la Subcomisión relativa, en el capítulo introductorio dice: “41. En consecuencia el derecho a la libre determinación de los pueblos existe como tal en el Derecho Internacional de hoy, con todas las consecuencias que de ello se derivan, cuando un pueblo esta sometido a cualquier forma o tipo, sea cual fuere su naturaleza de dominación colonial y extranjera”.⁴⁰

El principio de la libertad de los pueblos para determinarse, forma parte del Derecho Internacional y está estrechamente vinculado con otro principio: el de integridad territorial del Estado.

1.2.2.2.- Autodeterminación de los pueblos e integridad territorial de los Estados.

Formalmente establecido en la Carta de las Naciones Unidas, aparece el principio de integridad territorial de los Estados al señalar el párrafo 4 del artículo 2: “Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”

En la declaración 1514 la “Carta Magna de la descolonización” al tiempo que postula el derecho de libre determinación de los pueblos, reconoce el principio de integridad territorial del Estado en el párrafo 6 que dispone:

“Cualquier tentativa dirigida a destruir total o parcialmente la unidad nacional o la integridad territorial de un país es incompatible con los fines y principios de las Naciones Unidas”.

Considerando ambos principios, podría interpretarse que existe una contradicción en la cual la integridad territorial sería taxativa del derecho de libre determinación de algunos de los pueblos en cuyo caso sería necesario precisar la precedencia de uno u otro principio, atendiendo a la cuestión jurídica concreta que se plantee.

⁴⁰ Gros Espiell Héctor: “El caso de las islas Canarias y el derecho a la libre determinación de los pueblos”. REDI Vol. XXXI-Núms. 1-3, 1978-1979, p. 16.

El derecho de libre determinación de los pueblos, lo tienen aquellos que estén sometidos a una dominación colonial extranjera y no se refiere a los configurados como una comunidad estatal.

Evidentemente en algunos casos su tipificación afronta complejidades histórico-políticas como en el del Sahara Occidental en el que Marruecos y Mauritania, formularon reivindicaciones aduciendo títulos históricos anteriores a la colonización española y sostuvieron la tesis de que la descolonización puede producirse mediante la retrocesión automática o reintegración de una provincia al país al que pertenecía originariamente y del cual fue separada por un desmembramiento colonial.

Contrariamente, Argelia afirmó ante la Corte que el principio de libre determinación y la regla fundamental de descolonización es que la población de un territorio sea consultada sobre su futuro estatuto político y no se le trate como elemento accesorio del territorio.

La Corte no se pronunció respecto de la cuestión de precedencia de alguno de los dos principios ya que la pregunta no era parte de la consulta y en consecuencia al dictamen se le han señalado ambigüedades básicamente en la conclusión de que en este caso la Corte no había “encontrado lazos jurídicos de tal naturaleza que pudiera afectar la aplicación de la Resolución 1514, en la descolonización del territorio, y en particular, del principio de libre determinación por medio de la expresión libre y genuina de la voluntad del pueblo del territorio”⁴¹ y sostuvo que el proceso de descolonización ya establecido por la Asamblea General “era un proceso que respetará el derecho de la población del Sahara Occidental a determinar su futuro estatuto político por su propia voluntad libremente expresada”.⁴²

La conclusión deja lugar a una pregunta, ¿Si Marruecos y Mauritania hubiesen acreditado la existencia de vínculos jurídicos con el Sahara Occidental, la Corte habría concluido a favor de la retrocesión automática del territorio sin consulta a la población dando así preeminencia al principio de integridad territorial?

⁴¹ ONU International Court of Justice: Reports 1975 p. 35.

⁴² Ibidem, p. 36.

Es en las opiniones individuales de los jueces donde encontramos posiciones mas claras al respecto, si bien distintas: Para el juez Dillard es la población la que determina el destino del territorio y no al revés.

El juez Singh declara un punto de vista diferente, señalando que la efectividad de los vínculos jurídicos históricos, aunque limitadas, deben considerarse para el planteamiento de opciones a ofrecer a la población para que ésta exprese su voluntad; en el caso, la integración a Marruecos o Mauritania, la libre asociación con uno de estos Estados o su independencia.

Para el juez de Castro, cualesquiera fuesen los vínculos existentes con el territorio en el momento de la colonización española, jurídicamente estos vínculos están sometidos al derecho intertemporal por lo que no pueden ser un obstáculo para la aplicación del principio de la libre determinación, es decir, están sometidos a los cambios de los tiempos, y con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas, el territorio del Sahara Occidental pasó a ser un territorio no autónomo y obligadamente la Potencia Administradora debe reconocer los intereses de la población y desarrollar su capacidad para el autogobierno.

La Resolución 2625 contribuye a precisar jurídicamente el punto sobre el *status* jurídico internacional de los territorios no Autónomos, cuestión no resuelta ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Resolución 1514, al establecer que:

“El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo 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 jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular con sus propósitos y principios”.

En esta resolución se advierte la tendencia al desarrollo progresivo del Derecho Internacional, al afirmar la condición jurídica propia y separada de los territorios no autónomos por lo que ni los títulos históricos del Estado Administrador ni su encomienda civilizadora a que se refiere el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, predominan sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación.

Carrillo Salcedo apunta dos series de consecuencias jurídicas que derivan del *status* jurídico de todo territorio no autónomo: Los títulos jurídicos

territoriales de las Potencias Administradoras sobre el territorio no autónomo, válidos y legítimos en el Derecho Internacional tradicional, quedaran afectados jurídicamente por el Derecho de los pueblos a su libre determinación; y en cuanto a los terceros Estados, también a ellos alcanza la obligación de respetar la condición jurídica propia, distinta y separada, de todo territorio no autónomo, salvo que se trate de enclaves coloniales. La práctica de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre reclamaciones de terceros Estados sobre territorios no autónomos, basados en vínculos previos a la presencia de la potencia administradora, salvo los casos de Gibraltar e Ifni, se ha pronunciado por el respeto al derecho de libre determinación del pueblo afectado.

Considerando el derecho de libre determinación de los pueblos en relación con los pueblos organizados en Estados independientes, encontramos que el párrafo 6° ya señalado, de la resolución 1514, establece lo que se ha denominado la cláusula de salvaguardia en favor de los Estados soberanos existentes consagrando su integridad territorial y unidad nacional.

La procedencia de la cláusula de salvaguardia en favor de un Estado, vino a ser precisada por los extremos establecidos por la Resolución 2625, en cierto aspecto ya comentada,⁴³ que ratificando el principio de integridad territorial y unidad nacional, introduce condiciones o criterios de aplicabilidad reconociendo la posibilidad del derecho de libre determinación a pueblos que forman parte ya de Estados soberanos e independientes.

En efecto, esta Resolución exige que los Estados independientes y soberanos para tener el derecho a que se respete su integridad territorial deben conducirse de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y la libre determinación y estén por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

En el informe de la Subcomisión de Protección de Minorías y Prevención de Discriminaciones de las Naciones Unidas, al que ya hemos aludido,⁴⁴ se señala lo siguiente en su párrafo 82.

⁴³ Supra pp. 35 y 36

⁴⁴ Vease pp. 37 y 38 anteriores.

“La aceptación expresa de los principios de la unidad nacional y de la integridad territorial del Estado en estos textos implica el no reconocimiento del derecho de secesión d) El derecho a la libre determinación de los pueblos, tal como resulta del sistema de las Naciones Unidas, existe para los pueblos sometidos a una dominación colonial y extranjera, es decir, que no viven bajo la forma jurídica estatal. El derecho a la secesión con respecto a un Estado existente Miembro de las Naciones Unidas, no existe como tal en los textos y en la práctica seguida por la Organización porque si se pretendiera invocarlo para romper la unidad territorial y la integridad territorial del Estado, se estaría haciendo una aplicación abusiva del principio de la libre determinación contraria a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas e) Sin embargo, para evitar todo equívoco, es necesario precisar, a juicio del Relator Especial, que si la pretendida unidad nacional y la invocada integridad territorial son sólo ficciones jurídicas que encubren una real dominación colonial y extranjera, resultado del desconocimiento efectivo del principio de la libre determinación f), el o los pueblos sometidos tienen derechos a ejercer, con todas sus consecuencias, su derecho a la libre determinación”.

El derecho de libre determinación de los pueblos implicó la ampliación de la subjetividad del Derecho Internacional al considerar a los pueblos dependientes como titulares de ese derecho con merma de la exclusividad de los Estados como sujetos de ese Orden.

La soberanía del Estado en cuanto noción constitucional del Derecho Internacional esta reconocida plenamente; es la *ratio* del principio de integridad territorial de las comunidades estatales expresamente consagrado en la Carta de las Naciones Unidas.

El principio de autodeterminación de los pueblos y el de integridad de los Estados no son, contradictorios y la procedencia de uno y otro es clara, en todo caso es su tipificación la que afronta elementos extrajurídicos.

La soberanía del Estado no es contradictoria del Derecho Internacional, es un principio básico de este ordenamiento jurídico, en el que tiene jerarquía constitucional. Este principio define las características del Derecho Internacional, su mediatización o relativismo; en tanto que este es creación de los propios Estados y se manifiesta también a través de ellos.

CAPITULO 2

LA MEDIATIZACION O RELATIVISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El relativismo del Derecho Internacional, consecuencia del principio constitucional de la soberanía del Estado, se pone de manifiesto en que un Estado se vincula a una obligación o una situación produce efectos jurídicos para él a condición de que ese Estado haya intervenido en su creación o las reconozca.

El reconocimiento es un acto de Derecho Internacional referible a las normas, a la atribución de competencias y, en general a todas las situaciones jurídicas y ha sido definida como la “operación jurídica autónoma por la que un Estado se compromete discrecionalmente a respetar una modificación del Orden internacional en la que él no ha intervenido”.¹

El reconocimiento se traduce en alguna certidumbre jurídica mediante un procedimiento flexible ya que puede adaptarse a cualquier situación configurándose por ello como instrumento de cambio, y aún cuando parezca contradictorio, de estabilidad en cuanto que un Estado que haya reconocido una situación no podrá aducir posteriormente que esa modificación del Orden internacional no le es oponible.

El reconocimiento es discrecional y de efectos relativos toda vez que un Estado no está obligado a reconocer y si lo hace, el reconocimiento únicamente surte efectos jurídicos respecto a él.

2.1.- EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO EN LA CREACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

El consentimiento de los Estados soberanos es el fundamento de las normas jurídicas internacionales. El Derecho Internacional es elaborado y

¹ Carrillo Salcedo José Antonio op. cit. p. 89.

desarrollado por los Estados soberanos, creación que, al propio tiempo, está dirigida principalmente a sí mismos.

El Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en su sentencia de 7 de septiembre de 1927, relativa al asunto del Lotus dijo:

“Las reglas jurídicas que obligan a los Estados proceden de la voluntad de estos, voluntad manifestada en los Convenios o en los usos aceptados generalmente como consagrando principios de Derecho establecidos para regular a la coexistencia de estas comunidades independientes o para la prosecución de intereses comunes”²

En efecto, en el Derecho de los Tratados, en la formación de las normas jurídicas convencionales se pone en evidencia la trascendencia del consentimiento del Estado y, lo propio ocurre, en la costumbre internacional.

2.1.1.- Los tratados y el consentimiento del Estado

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su parte declarativa señala al libre consentimiento como un principio de universal reconocimiento. Dicho principio, informa todo el Derecho de los Tratados: la celebración y entrada en vigor de los Acuerdos internacionales su interpretación, modificación y efectos para terceros Estados.

2.1.1.1.- El consentimiento del Estado, condición necesaria para el inicio de la vigencia del tratado.

La manifestación del consentimiento del Estado es esencial para el establecimiento de la norma convencional; así, en el dictamen sobre la validez de ciertas reservas al Convenio para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 28 de mayo de 1951, el Tribunal Internacional de Justicia afirmó:

“Un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento”³

² Sociedad de Naciones, Corte Permanente de Justicia Internacional: SERIE A NUM. 10, p. 18.

³ Reservations to the Genocide Convention Case (1951) ICJ Reports 15.

El artículo 2 de la Convención de Viena advierte claramente el valor del consentimiento del Estado para vincularse a la normatividad internacional al señalar: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otro forma que se hubiere convenido”.

La institución de las reservas ilustra la situación de la voluntad del Estado en el Derecho Internacional. En efecto, derivado del principio de la aquiescencia de las partes como fundamento de los Acuerdos internacionales, existe la posibilidad de que el consentimiento sea otorgado parcialmente respecto de un Convenio, es decir, que excluya alguna de sus cláusulas o interprete o limite el Estado reservante el sentido de alguna de las disposiciones sobre las que expresa el alcance de su consentimiento.

Al mismo tiempo, la regulación convencional de la institución de las reservas constituye una limitación de la discrecionalidad absoluta de los Estados, toda vez que las reservas que las partes de un tratado pueden formular, son definidas por las normas de Derecho sobre los Tratados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 2 inciso d) establece:

“Se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el con objeto de excluir; modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado”

La institución de la reserva se funda en lo teórico en la soberanía estatal⁴ una de cuyas consecuencias es que un Estado puede negarse a ratificar un Acuerdo internacional previamente firmado, o a no formar parte del mismo en contra de su voluntad libremente expresada. Por tal virtud, si un Estado puede no obligarse, lo cual constituye lo más, también podrá lo menos, como es la exclusión de una cierta cláusula o dar a esta un alcance determinado, es decir se aplica el principio “*In plus stat minus.*”

⁴ Díez de Velasco Manuel, “Instituciones de Derecho Internacional Público” Tercera ed. Ed. Tecnos Madrid 1982. p.p. 50 y 110.

En el orden práctico, con las reservas se propicia la participación de mayor número de Estados ya que en ocasiones su formulación permite a los Estados formar parte de un tratado al salvar obstáculos internos o salvaguardar intereses particulares.

En los tratados multilaterales la aceptación de las reservas, cuando el Convenio no establece criterios al respecto, presenta dificultades por ejemplo, cuando la reserva formulada por una de las partes es aceptada por algunos Estados contratantes y objetada por otros.⁵

En el procedimiento para la aceptación de las reservas se han adoptado diferentes sistemas. El primero en aplicarse fue el observado por la Liga de las Naciones, siguiendo un principio que sostiene la integridad del Tratado, por lo cual se exige la aceptación unánime de todas las partes para la aceptación de la reserva hecha por un Estado y si existe la objeción de una sola de las partes, la aceptación con reservas se tiene como no hecha y el Estado reservatario no forma parte del acuerdo.

La Organización de Estados Americanos, adoptó un sistema flexible conforme al cual el Estado reservante forma parte del tratado vinculándose en los términos del acuerdo y su reserva con los Estados que la aceptaron no así respecto de los Estados que presentaron objeciones.

La aplicación de uno u otro sistema ha dado lugar a profundas diferencias de opinión, así, con ocasión de la Convención para la Prevención del Delito de Genocidio en el seno de la Sexta Comisión de la Asamblea General, por virtud de las reservas hechas por algunos Estados, se planteó esta cuestión. El Secretario General de las Naciones Unidas propuso seguir el sistema de unanimidad de la Liga y varios representantes de Estados afirmaron que ese sistema responde a una norma positiva de Derecho Internacional argumentando que el tratado es un instrumento destinado a establecer un sistema jurídico único en cambio, decían, el sistema panamericano permite que se establezcan una serie de regímenes jurídicos distintos entre diferentes Estados fragmentándose el tratado multilateral que crea una serie de relaciones bilaterales distintas.

⁵ Jiménez de Aréchaga Eduardo.op.cit. .p.50.

Las Delegaciones opuestas a la proposición del Secretario General sostuvieron que la opción entre los dos sistemas es simplemente de pura conveniencia y no está sometida a reglas de derecho.

En términos de funcionalidad, el sistema panamericano presenta ventajas por cuanto facilita la formulación de reservas y por ello propicia aumentar el número de ratificaciones y la generalización y extensión de los tratados, favoreciendo el desarrollo progresivo del Derecho Internacional mediante las convenciones multilaterales.

El sistema de unanimidad de la Liga, por el contrario, dificulta la ratificación, y demora la entrada en vigor de los tratados multilaterales, permite la arbitrariedad de un Estado a fin de excluir de un tratado a otro Estado ratificante por la menor discrepancia y la más inofensiva de sus reservas. Todo ello limita evidentemente el sistema de Tratados multilaterales.

Consultado al respecto el Tribunal Internacional de Justicia, en su dictamen de mayo de 1951, se pronunció sobre los puntos consultados en particular sobre la Convención, pero al propio tiempo formuló criterios generales importantes.⁶ Entre otras cuestiones el dictamen sostuvo que:

- En sus relaciones convencionales, un Estado no puede quedar obligado sin su consentimiento por lo que una reserva no puede surtir efectos respecto de un Estado sin que este la haya aceptado.
- Se ha sostenido que existe una regla de Derecho Internacional que somete el efecto de la reserva al asentimiento tácito o expreso de todas las partes contratantes. Esta teoría descansa esencialmente en una concepción contractual de la integridad absoluta de la Convención, tal como ha sido aceptada... No parece evidente sin embargo que la concepción de la absoluta integridad de la Convención se haya transformado en una regla de Derecho Internacional... Los ejemplos de objeciones hechas a reservas aparecen como muy raros en la práctica internacional para haber podido dar lugar a tal regla.
- Existe entre los Estados Americanos, miembros a la vez de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, una práctica

⁶ ONU., Corte Internacional de Justicia: Serie A, num. 22 p., 17.

diferente que van tan lejos que permite al Estado autor de la reserva ser parte, cualquiera que sea la naturaleza de la reserva formulada o las objeciones puestas por otras partes contratantes....

Las conclusiones del Tribunal fueron las siguientes:

- Un Estado que ha hecho y mantenido una reserva que ha sido objetada por uno o más de los Estados partes en la Convención pero no por otros, puede ser considerado como parte de la Convención si la reserva es compatible con el objeto y propósito de la Convención; de otro modo el Estado no puede ser considerado como parte de la Convención.
- Si un Estado parte de una Convención objeta una reserva que considera incompatible con el objeto y propósito de la Convención puede de hecho considerar que el Estado no es parte de la Convención.

El Tribunal estableció de esta forma el criterio de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado, el cual fue incorporado a la Convención de Viena sobre los Tratados.

El criterio de compatibilidad constituye un límite de objetividad para los Estados en la formulación y aceptación de reservas. Al propio tiempo preserva la voluntad de los Estados como fundamento de sus vinculaciones jurídicas puesto que son los Estados quienes aplican el criterio y, en consecuencia, el reservante puede ser considerado parte del acuerdo por algunos contratantes y por otros no. En el propio dictamen en comentario el Tribunal sostuvo que es:

“La compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Convenio la que debe proporcionar el criterio sobre la actitud del Estado que hace depender su adhesión de una reserva y la del Estado que cree debe hacer una objeción.”

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptó como regla residual (a menos que el tratado disponga otra cosa) un sistema flexible basado en los criterios del Tribunal y que en buena medida guarda similitud en lo esencial con el sistema de los Estados Americanos.

En efecto, en el párrafo 4 inciso a) del artículo 20, de la Norma sobre Tratados se establece:

“... a menos que el tratado disponga otra cosa: la aceptación de una reserva por otro Estado contratante constituirá al Estado autor de la reserva en parte en el tratado en relación con ese Estado...”

En ciertos casos , sin embargo, la Norma sobre los Tratados sigue el principio de unanimidad en la aceptación de las reservas; el párrafo 2 del citado artículo 20, señala:

“Cuando del número reducido de Estado negociadores y del objeto y del fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el Tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes”.

La Convención de Viena sobre Tratados acoge el criterio de la compatibilidad que formuló el Tribunal Internacional en el caso de la Convención contra el Genocidio que hemos citado, al disponer en el inciso c) del artículo 19 como excepción a la procedencia de una reserva que “... la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado”.

El criterio de compatibilidad conserva el carácter de pauta general para los Estados puesto que su aplicación depende de la apreciación de cada parte del acuerdo. La Convención sobre tratados no considera una decisión colegiada de los contratantes o por una instancia ajena al tratado respecto de la compatibilidad de la reserva; concierne a cada Estado parte decidir unilateralmente si una reserva se ajusta o no al criterio.

2.1.1.2.- El tratado y sus efectos para terceros Estados.

En la vinculación jurídica mediante Acuerdos, la relevancia del consentimiento del Estados se manifiesta también en la cuestión de los efectos del tratado respecto de terceros.

2.1.1.2.1.- Creación de obligaciones para terceros Estados.

La Convención de Viena adopta la regla fundamental “*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*”, es decir, que un tratado no perjudica a terceras partes. Así en el artículo 34 de la propia Convención de Viena se establece como norma general que: “Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

La jurisprudencia internacional se ha ocupado en diversas ocasiones del tema. En la sentencia arbitral de la isla de Palma sobre el reconocimiento de los títulos de España respecto a la isla en tratados celebrados con otros Estados, se afirma que;

“Cualquiera que sea el verdadero significado de un tratado, no puede ser interpretado en el sentido de que dispone de los derecho de terceras potencias independientes”⁷

El Tribunal Permanente de Justicia internacional en el asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya, estableció una formula que reconoce la posibilidad de crear obligaciones para terceros Estados en forma condicionada, al sostener en su providencia de 19 de agosto de 1929 lo siguiente:

“...en todo caso el artículo 435 del Tratado de Versalles no es oponible a Suiza, que no es parte en dicho Tratado, mas que en la medida que la misma lo haya aceptado”⁸

La Convención de Viena adoptó ese criterio y su artículo 35 dice:

“Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación”.

La trascendencia del consentimiento como elemento vinculatorio de un tercer Estado en un acuerdo, queda expuesta por el condicionamiento de que la aceptación se manifieste de manera expresa y por escrito.

2.1.1.2.2.- Creación de Derechos en favor de Terceros Estados

Las estipulaciones en favor de terceros Estados establecidas en importantes tratados internacionales son muchas, tal es el caso de los artículos 32, 35 y 50 de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 35 del Estatuto de la Corte como ejemplos más notables.

Como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, se firmaron tratados que contienen disposiciones en favor de Estados No beligerantes, pero que

⁷ ONU., Reports of Internacional Arbitral Awards, Vol II p. 831.

⁸ Sociedad de Naciones, Cour Permanente de Justice Internationale: Serie A/3, num. 46 p.141.

rompieron relaciones diplomáticas con Estados Enemigos. Otro ejemplo de disposiciones en favor de Terceros Estados, aún para los surgidos como Estados independientes después de firmados esos acuerdos, son los tratados que establecen la Libertad de tránsito por ríos y canales para los barcos de cualquier Estado o bandera.

En la cuestión del “*ius tertiis*”, se han manifestado dos tendencias o criterios: La primera establece la necesidad de un acuerdo colateral al tratado entre las partes de éste y el tercer Estado, es decir la propuesta de un derecho debe ser aceptada por este para ser efectiva.⁹

Un segundo criterio postula que nada en Derecho Internacional impide que dos o más Estados asuman obligaciones unilateralmente creando realmente un derecho en favor de un tercer Estado o de Estados indeterminados si así lo quieren y este o estos a su vez tienen derecho a invocar directamente y por su cuenta, la estipulación que confiere ese derecho, sin que dependa de ningún acuerdo colateral entre el tercer o terceros Estados y las partes del tratado de suerte que el cumplimiento del derecho conferido a un tercer Estado violaría la regla *Pacta sunt servanda*.

Lo anterior significa que en términos reales un tercer Estado disfruta de un derecho preexistente creado por los Estados parte del tratado y no porque celebren un segundo acuerdo colateral.

La Norma sobre el Derecho de los Tratados asume esta última tesis, es decir, son los contratantes quienes confieren ese derecho al tercer Estado y su aceptación se presupone, con la cual resulta evidente que el “*ius tertiis*” ya existía, creado por el tratado y el tercer Estado ejerce un derecho, se apropia de él, pudiendo renunciar a ese derecho si así lo desea, lo cual debe señalarlo en forma expresa.

Así, queda de manifiesto la posibilidad de crear un derecho en beneficio de un tercero pero ello no implica la obligación de ese tercer Estado de ejercerlo ni derecho alguno de los Estados que crearon ese derecho de obligar al Estado beneficiario a ejercitar el derecho constituido a su favor.

Lo anterior es formulado en la Convención de Viena en los términos expresados por el artículo 36 párrafo primero que establece:

⁹ Jiménez de Aréchaga Eduardo. op. cit. p. 67.

“Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa”

2.1.2.- El Derecho consuetudinario internacional y el consentimiento del Estado.

La formación espontánea de la norma consuetudinaria y las discrepancias doctrinales respecto a la costumbre en Derecho Internacional, confieren especial interés al análisis de la función que corresponde al consentimiento del Estado en el proceso de integración de dichas normas.

Los cuestionamientos se inician con la formulación misma que de la costumbre hace el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38 inciso b) que expresa : “La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Los términos de la proposición invierten el orden lógico ya que procesalmente para acreditar la existencia de una regla consuetudinaria se requiere probar que existe una “...práctica generalmente aceptada...”, la cual se ajusta a la regla y que es “...aceptada como derecho...”¹⁰

La corriente voluntarista considera a la costumbre internacional como producto de un convenio tácito entre los Estados. Al respecto De Visscher observa que erróneamente esa doctrina prescinde de considerar una práctica jurídica en las sucesivas etapas del proceso histórico de su desarrollo y la proyecta ya elaborada “en el plano de las representaciones contractuales”¹¹ y afirma que los precedentes solo obtienen la adhesión general constitutiva de la costumbre cuando aparecen bajo el aspecto de una práctica coherente que lleve en sí los elementos de un orden moral y socialmente aceptable en razón de hallarse sostenido por fuerzas suficientes y estar adaptado a las necesidades generales.

¹⁰ Sorensen Max y varios: “Manual de Derecho Internacional”. Tercera reimpresión Edit. FCE, México 1983. p. 160.

¹¹ De Visscher, op. cit. p. 160.

Para el maestro de Lovaina “Hay que distinguir entre la asimilación en nuestra opinión totalmente ficticia de la costumbre a un convenio tácito y la exigencia de la *opinio juris sive necessitatis*, considerada aquí como el reflejo de la actitud del poder con respecto a una determinada práctica”.¹²

La evolución o modalidades de la función del consentimiento del Estado en el desarrollo y establecimiento de la costumbre, se observa en las tesis de la Corte Internacional de Justicia, pues es justamente en la aplicación de la costumbre donde se manifiesta el papel del consentimiento de los Estados, debiendo distinguir dos situaciones: En un caso se trata de la aplicación de una norma consuetudinaria en formación y, en otro, de la aplicación de una costumbre establecida.

2.1.2.1.- Valor jurídico de la norma consuetudinaria en formación y consentimiento del Estado.

El concepto de voluntariedad de los Estados para vincularse a una práctica general se evidencia en algunos criterios del Tribunal Internacional de Justicia; así, debe admitirse que una norma consuetudinaria no será aplicable a un Estado que se ha negado a reconocerla en forma reiterada y que, en su proceso de creación, se ha opuesto a su aplicación.

En efecto, en el asunto del Lotus el Tribunal Permanente de Justicia Internacional tenía que valorar el alcance de la abstención en el Derecho Internacional al plantearsele una cuestión de competencias judiciales, en el que Francia sostuvo la existencia de una norma consuetudinaria que establece la competencia exclusiva del Estado del pabellón en materia de abordaje tácitamente aceptada por los Estados, la cual era exigible a Turquía pues no se había opuesto expresamente a ella.

El Tribunal rechazó la argumentación francesa y aún admitiendo implícitamente que la abstención puede llegar a constituir un elemento de la costumbre, el Tribunal le reconoció ese carácter únicamente para los casos en que se demostrara que la abstención “ha sido motivada por la conciencia de un deber”.¹³

¹² Ibidem., p. 161.

¹³ Sociedad de Naciones, Corte Permanente de Justicia Internacional: Serie A, num. 10 p. 28.

Con ocasión del asunto sobre el derecho de asilo, Colombia adujo ante el Tribunal que la costumbre latinoamericana conforme a la cual el asilo es un derecho del Estado que lo concede y un deber para el Estado territorial era una norma oponible a Perú no obstante que no la reconociera expresamente. Perú sostuvo la tesis contraria, es decir sólo las disposiciones consuetudinarias sobre el derecho de asilo expresamente reconocidas por él podían oponérsele.

El Tribunal con fecha 20 de noviembre de 1950 sentenció que:

“Aún admitiendo que esta costumbre existiese entre determinados Estados de América Latina, no podría ser invocada contra Perú que, lejos de haberse adherido a ella por su actitud, la ha repudiado, absteniéndose de ratificar los convenios de Montevideo de 1933 y 1939, los primeros que habían incluido una regla relativa a la calificación del delito en materia de asilo diplomático”.¹⁴

El Tribunal de Justicia Internacional también afirmó el principio de consensualidad del Estado para vincularse a una costumbre, en el caso de las Pesquerías Anglo-Noruegas relativo al problema de si podría considerarse obligatoria para Noruega la regla según la cual solo las bahías de una anchura menor de diez millas habrían de considerarse como territoriales al resolver que:

“...dicha regla (de las diez millas) aparece inoponible a Noruega en cuanto que se ha opuesto siempre a su aplicación a la costa Noruega”.¹⁵

No obstante, el propio Tribunal limitó los alcances del criterio al declarar que la norma no había adquirido el carácter de una regla general de Derecho Internacional; adicionalmente tomó en consideración las particularidades de la costa noruega.

En suma, la regla consuetudinaria surge de la conducta de aquellos a quienes obliga, en consecuencia, es un principio de derecho que la costumbre no vincula jurídicamente a un Estado que persistentemente se ha opuesto a la norma *in fieri*.

¹⁴ ONU., International Court of Justice, Reports 1950 p. 227.

¹⁵ ONU., Cour Internationale de Justice: Recueil 1951, p. 131.

2.1.2.2.- La norma consuetudinaria establecida y el consentimiento del Estado.

La obligatoriedad de una norma consuetudinaria establecida no esta sujeta a su aceptación por los Estados que no participaron en su formación.

El cuestionamiento a este principio se produce en el caso de los Estados que recién adquieren su independencia y, obviamente, no participaron en la formación de las normas consuetudinarias vigentes cuando iniciaron su existencia como Estados.

Conforme al criterio voluntarista, supone para la validez de la costumbre que esta debe ser aceptada por los Estados a los que se aplica, el nuevo Estado tendría el derecho de negarse a reconocer alguna regla.

No obstante, dentro de la concepción voluntarista cabe admitir que cuando un nuevo Estado inicia relaciones formales con otros Estados sin ninguna reserva, debe considerarse que acepta las reglas del Derecho Internacional vigente en que se basan esas relaciones.

Desde el momento en que un Estado solicita su admisión en las Naciones Unidas hay una aceptación expresa de los principios de la Carta incluyendo “el respeto por las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional”, por lo que si no formuló reservas el nuevo Estado queda en igual situación que cualquier otro Estado en relación con el Derecho Internacional. Cabe apuntar que en la práctica no se han formulado reservas respecto de la aplicación del Derecho Internacional general, por ningún Estado que haya ingresado como Miembro de la Organización.

El rigor formalista de la interpretación anterior sobre la vinculación de los nuevos Estados con la norma consuetudinaria preestablecida, tiene su acotación: El nuevo Estado, al igual que los preexistentes, tiene derecho de impugnar la validez de las costumbres que otros Estados pretendieran que el cumpliera o bien de la interpretación que hicieran de éstas. Asimismo, él nuevo Estado esta obligado únicamente respecto de aquellas reglas que estén bien establecidas y cuyo alcance sea claro.¹⁶

¹⁶ Carrillo Salcedo. op. cit. p. 113.

Ciertamente, es inadmisibile que un grupo de Estados pueda sustraerse a la aplicación de normas consuetudinarias de carácter general, aduciendo simplemente que se acuñaron sin su participación; sobre esa base desaparecería todo el Derecho.

Sin embargo no es posible ignorar que la vigencia de normas que no se sustenten en el apoyo de un amplio sector de la comunidad internacional y, por ende, no expresen el consenso general de los Estados es muy dudosa.

El cuestionamiento de nuevos Estados a diversas instituciones del Derecho Internacional y su solución clásica se presenta por vía de ejemplo en la responsabilidad internacional del Estado por daños causados en su territorio a personas o bienes de extranjeros.¹⁷

Conforme a la costumbre, inspirada en el estándar internacional, los extranjeros no podían quedar asimilados a los nacionales en su tratamiento por el Estado territorial y en caso de nacionalización o expropiación de bienes de extranjeros, el Estado que en ejercicio de su soberanía llevare a cabo esas acciones, debía de indemnizar en forma pronta, adecuada y efectiva.

No obstante, la vigencia de esa regla consuetudinaria tradicional se ha visto objetada y en la práctica se han opuesto dos tendencias: la solución clásica y, de otra, la tesis de la igualdad de derechos entre extranjeros y nacionales de tal forma que los extranjeros afectados por actos de expropiación o nacionalización sólo pueden valerse para reclamar el acto o la indemnización de los mismos medios que el Derecho interno establezca para los nacionales del país de que se trate.

Los Estados denominados Grandes Potencias continúan sosteniendo la vigencia de la regla consuetudinaria tradicional de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, pero es difícil sostener su vigencia sólo con el apoyo de una minoría ya que el consenso de los Estados se manifiesta por una indemnización-compensación.

El consenso general de los Estados es requisito indispensable para que exista o siga existiendo una norma consuetudinaria de Derecho Internacional.

¹⁷ Ibidem p. 115

El Tribunal Internacional de Justicia, en lugar de insistir como otrora en la prueba estricta del consentimiento del Estado demandado respecto de la regla consuetudinaria, ha buscado el consenso general de los Estados, descartando con ello la concepción voluntarista de la costumbre.¹⁸

Asimismo, en ciertas condiciones ha aceptado el valor normativo de una práctica consolidada en breve tiempo con conciencia del ritmo de la vida contemporánea y ha reconocido que el Derecho consuetudinario puede también expresarse en convenios multilaterales de carácter general o en conferencias de codificación con amplia participación de Estados.

La Corte reconoce que el Derecho consuetudinario manifestado en convenios puede operar en tres diversas formas: el texto puede declarar una norma consuetudinaria existente con anterioridad; puede cristalizar una norma en *statu nascendi*, en formación; o bien, una disposición de *lege ferenda* de un tratado o una propuesta en una conferencia internacional pueden constituirse en núcleo de una práctica estatal que trascienda, mediante un proceso de consolidación, a norma consuetudinaria.¹⁹

Tales criterios de la Corte Internacional han sido expresados al sentenciar en 1974 en los asuntos de las Pesquerías islandesas reconociendo y aplicando normas consuetudinarias formadas en la prácticas de los Estados en torno de una propuesta de *lege ferenda* sometida en la Conferencia sobre el Derecho del Mar de 1960, que no se adoptó por un voto.

La Corte dijo:

“Por falta de un voto la conferencia de 1960, no adoptó un texto que regulara ambas cuestiones de la anchura del mar territorial y del alcance de la competencia en materia de pesquerías. Sin embargo, con posterioridad a dicha conferencia, la evaluación del Derecho por medio de la práctica de los Estado se desarrolló con base a los debates de la Conferencia y los acuerdos que estuvieron a punto de alcanzarse en ella. Estos últimos años dos conceptos han cristalizado como Derecho consuetudinario a partir del convenio general puesto de manifiesto en dicha Conferencia. El primero es el concepto de zona de pesca, una zona en cuyo

¹⁸ Jiménez de Aréchaga, *op cit* p. 25.

¹⁹ *Ibidem* p. 19.

interior un Estado puede reclamar derechos exclusivos en materia de pesquerías independientemente de un mar territorial; la extensión de dicha zona de pesca hasta un límite de doce millas a partir de las líneas de base aparece en la actualidad como generalmente aceptada. El segundo es el concepto de derechos de pesca preferente en las aguas adyacentes en favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial de sus pesquerías costeras...”²⁰

La Corte atribuyó un peso considerable a lo que denominó “el consenso general manifestado” en la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar “que en los últimos años ha cristalizado como Derecho consuetudinario en base a la práctica posterior de los Estados.

El Derecho consuetudinario se ha caracterizado como producto de una práctica prolongada al grado de hablarse de “una práctica continuada desde tiempo inmemorial”.

Frente a esto, la Corte ha aceptado una práctica que ha madurado rápidamente valorando así el requisito de su duración no como un fin en sí mismo, sino únicamente como medio para demostrar la generalidad y uniformidad de determinada práctica de los Estados.

En la sentencia de la Plataforma continental del Mar del Norte, la Corte dijo con relación a la costumbre y el tiempo para su formación:

“... el transcurso de un periodo de tiempo reducido no es necesariamente o no constituye en si mismo, un impedimento para la formación de una nueva norma de Derecho Internacional consuetudinario a partir de lo que originariamente solo era una norma convencional”.²¹

²⁰ ONU., International Court of Justice: Reports, 1974, p. 23.

²¹ ONU., International Court of Justice. Reports, 1969 p. 43.

2.1.3.- EL FUNDAMENTO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL ENTRE ESTADOS SOBERANOS.

El consentimiento del Estado soberano, elemento esencial en la creación de las normas jurídicas internacionales, sean convencionales o consuetudinarias, es igualmente trascendente en su aplicación.

La jurisdicción internacional es de carácter voluntario y fundada siempre en el asenso de los Estados en conflicto, en consecuencia, resulta de gran interés analizar el consentimiento del Estado en cuanto sustento del ejercicio de la función jurisdiccional, aún en las controversias de índole jurídica.

2.1.3.1.- La voluntad del Estado y jurisdicción internacional.

Los Estados, y en particular las llamadas Grandes Potencias son reacios a someter sus asuntos en controversia al conocimiento del Tribunal Internacional de Justicia. Esta actitud de los Estados ha condicionado el Estatuto del Tribunal desde su origen.

El Comité de Juristas que por encargo del Consejo de la Sociedad de las Naciones, formuló en 1920 el proyecto inicial del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, proponía la jurisdicción obligatoria, lo cual fue rechazado y la cuestión fundamental de la competencia del Tribunal se resolvió conforme a la posición de las Grandes Potencias, por ello, quedó establecida la competencia facultativa de la Corte.

En la Conferencia de San Francisco, los Estados Unidos y la U.R.S.S. no estuvieron de acuerdo con que se atribuyera a la Corte una jurisdicción obligatoria ni aún limitada por la posibilidad de formular reservas que permitieran excluir algunas controversias de esa competencia obligatoria, no obstante la posición favorable de la mayoría. Por tal virtud la Corte Internacional de Justicia es competente para juzgar sólo cuando las partes voluntariamente le someten la controversia.

Como fórmula de composición, el artículo 36 de la Carta de las Naciones Unidas establece que el Consejo de Seguridad al hacer recomendaciones para el arreglo pacífico de controversias "... deberá tomar también en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia de

conformidad con las disposiciones del Estatuto de la Corte”, situación que en la práctica solo ha acontecido en el caso del Canal de Corfú.

La Corte ha sostenido invariablemente que su jurisdicción se funda en el consentimiento de los Estados, en la voluntad de las partes para someterse a su competencia, así, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó en el caso de la Factoría de Chorzow, que:

“... la jurisdicción del Tribunal es siempre una jurisdicción limitada, que no existe sino en la medida que los Estados la han admitido;” “... siempre es la existencia de la voluntad de las partes de conferir jurisdicción al Tribunal, lo que constituye el objeto del examen de la cuestión de saber si hay o no competencia”.²²

En igual sentido se pronunció el propio Tribunal en el asunto del derecho de las minorías en la Alta Silesia, en su sentencia de 26 de abril de 1928, sosteniendo que:

“... la jurisdicción del Tribunal depende de la voluntad de las Partes. El Tribunal es siempre competente desde el momento en que estas aceptan su jurisdicción...”²³

El Tribunal Internacional de Justicia en congruencia con la Carta de las Naciones Unidas y su propio Estatuto, también sostiene el carácter voluntario de su facultad jurisdiccional, así lo ha manifestado en diversos asuntos: dictamen sobre reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1949, dictamen de 3 de marzo de 1950, referente a la interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumania; sentencia de 26 de mayo de 1961, relativa a las excepciones preliminares de Tailandia en el caso del Templo de Preah Vihear ; etc.

El Tribunal Internacional de Justicia expresa en su jurisprudencia su preocupación por cimentar con claridad el ejercicio de su competencia en el consentimiento de los Estados partes de controversia, con lo cual “encuentra en tal asentimiento la justa medida entre las soberanías que reconoce el

²² Sociedad de Naciones, Permanent Court International of Justice: Chorzow Factory Case, Serie A, Num. 17 p. 32.

²³ Sociedad de Naciones, Corte Permanente de Justicia Internacional Serie A, num. 15 p. 22.

derecho que tiene por misión aplicar”²⁴. Así, en el caso de la Anglo-Iranian Oil Co., de 22 de julio de 1952, frente a una duda de interpretación gramatical el Tribunal optó por investigar el sentido de la voluntad del Gobierno iraní en el momento de la declaración y tomó en cuenta la política observada por Irán respecto de sus tratados y en función de la cual había redactado de manera muy restrictiva su declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal.²⁵

No obstante cuando la aceptación de los Estados se establece con firmeza, la Corte afirma su jurisdicción sin declinarla por objeciones meramente formales considerando siempre las intenciones reales de los Gobiernos sobre las apariencias y las formas.

En este sentido se pronunció el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su fallo de 30 de agosto de 1924, sobre el asunto de las concesiones Mavrommatis al señalar que:

“Al ejercer el Tribunal una jurisdicción internacional, no tiene porque otorgar a las consideraciones de forma la misma importancia que podrían presentar en el derecho interno”²⁶

La jurisdicción obligatoria motiva de modo evidente la suspicacia y preocupación política de los Estados dada la incertidumbre que conlleva el someter obligadamente a la decisión del Juez litigios aún no promovidos y los riesgos consecuentes de fallos adversos a sus intereses.

Expresión de esa reluctancia de los Estados son las reservas con las que algunos de estos limitan sus declaraciones de aceptación de la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia en el contexto del artículo 36 de su Estatuto.

Consideración jurídica esencial en el análisis y comprensión de la función de las reservas y su problemática es el principio conforme al cual únicamente las diferencias de carácter internacional son susceptibles de someterse a la competencia del Tribunal Internacional de Justicia o de cualquier otro de

²⁴ De Vischer Charles, op. cit. p. 383.

²⁵ ONU., Cour Internationale de Justice: Recueil, 1952, p. 105.

²⁶ Sociedad de Naciones, Corte Permanente de Justicia Internacional: Asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina: Serie A, numero 2 p. 34.

índole internacional, lo que exceptúa de su jurisdicción las controversias que afecten materias propias de la competencia interna de algunos de los Estados partes, no regulado, por ende, por las normas jurídicas internacionales.

Algunas reservas se formulan de manera tal que el cumplimiento del compromiso queda sujeto a la apreciación unilateral y soberana del Estado signatario, es el caso de las reservas de competencia nacional o de jurisdicción interna en la cual la facultad de calificar la aplicación de la reserva corresponde al Estado y no a la Corte.

La reserva de competencia doméstica es calificada por el Juez Lauterpacht como “reserva automática” y se insertó por primera vez en la Declaración de Estados Unidos, depositada en 1946, y exceptúa los conflictos sobre cuestiones que corresponde esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados Unidos de América²⁷

La reserva es considerada “automática” porque una vez que el Estado demandado haya determinado que la cuestión concierne a su jurisdicción nacional, el Tribunal tiene que acatar la decisión sin ninguna consideración posterior.

La consecuencia jurídica de la reserva de competencia interna es que deja sin efecto la obligación contraída voluntariamente de aceptar la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia.

La cuestión ha originado críticas y opiniones diversas sobre la validez de las reservas automáticas y de las declaraciones unilaterales de aceptación de la jurisdicción del Tribunal que las incluyan.

El Tribunal Internacional de Justicia ha evitado pronunciarse sobre la validez de este tipo de reservas; así, eludió la cuestión de la reserva automática francesa en el caso de las Norwegian Loans e igualmente respecto de la reserva automática de competencia nacional contenida en la declaración unilateral de los Estados Unidos de aceptación de la jurisdicción del propio Tribunal en el caso *Interhandel*.²⁸

²⁷ Sorensen Max y varios, op. cit. p. 656.

²⁸ *Ibidem*, p. 657

En ambos asuntos, algunos miembros del Tribunal consideraron que la reserva invalidaba la Declaración misma. En el asunto Norwegian Loans, el Juez Lauterpacht opinó que la reserva era contraria al artículo 36 párrafo 6 del Estatuto, el cual da competencia al Tribunal para determinar su propia jurisdicción que la Declaración de Francia pretendiera conferir a la Corte.

En el caso Interhandel, los jueces Klaestad y Armand-Ugon consideraron que la reserva no era válida pero toda vez que los Estados Unidos tenía la intención de conferir jurisdicción a la Corte, tal propósito debería hacerse efectivo separando la reserva de la Declaración.

Carrillo Salcedo, señala que tales reservas contravienen el artículo 36 párrafo 6 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia y son incompatibles con la existencia de una obligación jurídica, ya que el cumplimiento de esta no puede quedar sujeto a la apreciación unilateral y soberana del Estado signatario de la declaración por la que voluntariamente acepta la competencia del Tribunal y sostiene que la reserva de competencia doméstica es nula y siendo éste parte esencial de la Declaración que la contiene, ésta también es nula.²⁹

Refiriéndose a la reserva de competencia nacional, De Visscher considera que la libertad de apreciación del Estado ha de entenderse limitada a las cuestiones sobre las cuales, en razón de la indeterminación de las normas de Derecho Internacional relativas a la delimitación del ámbito reservado, puede preverse que surjan diferencias, se trataría de casos límite, sin embargo, señala que constituyen precedentes lamentables que fortalecen las resistencias políticas opuestas al ejercicio de la función jurisdiccional internacional.³⁰

El artículo 36 párrafo 2 del Estatuto del Tribunal excluye los conflictos que corresponden a la jurisdicción interna del Estado declarante, por lo que el establecimiento de la reserva en las Declaraciones de aceptación de la jurisdicción internacional es una reiteración expresa de la norma, lo que evidencia la resistencia y cautela de los Estado para someterse al Tribunal Internacional de Justicia.

Las reservas a la cláusula facultativa se fincan en el principio “*in plus stat minus*” dado que si se permite a cualquier Estado parte del Estatuto

²⁹ Cfr. op. cit. p.p. 133 y 134.

³⁰ Cfr. op. cit. p. 385.

mantenerse ajeno al sistema de la cláusula opcional, consiguientemente un Estado miembro debe estar facultado para aceptar solo parcialmente la jurisdicción de la Corte subordinando su aceptación a ciertas condiciones o limitaciones. En todo caso dichas reservas no pueden afectar las obligaciones que a los Estados parte les corresponde por virtud del artículo 36 párrafo 1 del Estatuto.³¹

2.1.3.2.- Controversias de orden jurídico y jurisdicción obligatoria

La Carta de las Naciones Unidas en su artículo 2, párrafo 3, establece la obligación general de los Estados de resolver todas las controversias internacionales por medios pacíficos.

El principio de arreglo pacífico de las controversias tiene alcance general en el Derecho Internacional. Considerando lo anterior, el Comité Especial para el Examen de los Principios de Derecho Internacional, referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados el 21 de abril de 1966 adoptó unánimemente el texto cuya esencia es la siguiente.³²

Reproduce el artículo 2o párrafo tercero del Estatuto de la Corte y en consecuencia, los Estados procuraran llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a los organismos regionales u otros medios pacíficos de su elección. El arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios.

El texto citado en lo conducente denota claramente que la obligación general de arreglo pacífico de las controversias internacionales se complementa por otros dos principios: la libertad de elección por los Estados de los medios de arreglo pacífico que el Derecho Internacional establece y el de la prioridad de negociación directa entre los Estados interesados sobre cualquier otro procedimiento de arreglo pacífico de controversias; en consecuencia, esta obligación general es compatible con el carácter voluntario de la jurisdicción internacional.

³¹ Jiménez de Aréchaga, op. cit. p. 185.

³² ONU., Asamblea General: Documento A/6230, párrafo 248.

En la mencionada reunión del Comité Especial, Dahomey, Italia, Japón Madagascar y los Países Bajos presentaron una propuesta recomendando que por regla general las controversias de orden jurídico deberían ser sometidas al Tribunal Internacional de Justicia y esforzarse los Estados por aceptar la jurisdicción del Tribunal; asimismo que en los acuerdos multilaterales generales auspiciados por las Naciones Unidas, se debería estipular que las controversias relativas a su interpretación no resueltas por otros medios, podrán someterse por cualquiera de las partes al Tribunal Internacional de Justicia o a un tribunal de arbitraje; igualmente propusieron que, deberían proseguir los esfuerzos de codificación del Derecho Internacional para fortalecer la base jurídica del arreglo judicial de las controversias.³³

El Reino Unido de la Gran Bretaña presentó una propuesta con igual texto, pero categórica en su obligatoriedad, pues utiliza el término “deberán” en lugar de “deberían”.³⁴

Las representantes de otros Estado se opusieron destacando en sus consideraciones lo siguiente: soberanía del Estado y carácter voluntario de la jurisdicción internacional; necesidad de reforzar la base jurídica del arreglo judicial de las controversias, mediante el desarrollo progresivo del Derecho Internacional adaptado a la realidad internacional actual; dificultad para determinar con precisión que controversias son de naturaleza política y cuales de carácter jurídico.³⁵

La competencia judicial internacional continúa siendo voluntaria y dependiente del consentimiento de los Estados partes de la controversia.

El Tribunal Internacional de Justicia, consciente de las inquietudes políticas que en los Estados suscita su jurisdicción, manifiesta en su actuación mayor interés por asentar su facultad jurisdiccional en el consentimiento de las partes y circunscribirla cuidadosamente dentro de límites indiscutibles, que por ampliar su competencia.

³³ ONU., Documento A/AC. 125/L.25 y Add. 1, párrafo 3: documento A/6230.

³⁴ ONU., Documento A/AC. 125 L. 44, parte II: documento A/6799, párrafo 374

³⁵ ONU., Asamblea General : Documento A/5746, párrafos 166-178; A/6230 párrafos 210-220; A/6799 párrafos 384-393; A/6955 del 11 de diciembre de 1967, párrafos 93-97 Asamblea General, XXII Sesión; Informe VI Comisión.

Así se aprecia en el caso del Canal de Corfú (objeciones preliminares) dada la preocupación del Tribunal de esclarecer el carácter voluntario de su jurisdicción, al sostener siete jueces que “Nos parece imposible aceptar una interpretación según la cual este artículo (36 párrafo 3 de la Carta de las Naciones Unidas), sin decirlo expresamente haya introducido, en forma más o menos velada, un nuevo caso de jurisdicción obligatoria”.³⁶

La obligación de someter al arreglo judicial, sin reserva ni excepción alguna, todas las diferencias no corresponde a la estructura y circunstancias actuales de las relaciones internacionales.

³⁶ ONU., International Court of Justice: Reports 1947.

CAPITULO 3

RESTRICCIONES AL RELATIVISMO DEL DERECHO INTERNACIONAL

La soberanía del Estado confiere características esenciales al Derecho Internacional al punto de constituir su fundamento y configurarlo como un orden jurídico descentralizado y relativo, toda vez que los Estados se vinculan a una obligación o situación jurídica mediante su consentimiento en tanto que hayan intervenido en la creación de las normas internacionales o las reconozcan.

El reconocimiento, por ende, es primordial en el Derecho Internacional para su creación y aplicación, atendiendo a la trascendencia de la aquiescencia del Estado en el proceso de formulación de las disposiciones legales y en el procedimiento jurisdiccional internacional que es siempre voluntario.

No obstante, el hecho de que al propio tiempo el orden jurídico internacional sea básicamente un Derecho relacional, en tanto que regula las relaciones entre el conjunto de Estados soberanos o sociedad internacional, desecha la posibilidad de una conducta insular de los propios Estados, situación que deviene en límites jurídicos y facticos al relativismo del Derecho de gentes, que restringen la tendencia de los Estados soberanos a la apreciación unilateral y discrecional de sus vinculaciones normativas y el sentido y alcance de sus obligaciones jurídicas.

En efecto, existen principios y normas imperativas que propician racionalidad y objetividad en las acciones de reconocimiento del Derecho Internacional por parte de los Estados, tales como el principio de la buena fe; el principio del no formalismo del consentimiento; el principio de efectividad y las normas de *jus cogens*, ubicados por encima de la voluntad de los Estados.

Por tal virtud, los excesos en que pudieran incurrir los Estados en la estimación de los alcances de sus derechos y obligaciones, son corregibles conforme a los principios de la buena fe y del no formalismo del consentimiento. Asimismo, la imposibilidad de reducir el Derecho Internacional a resultante exclusiva de la voluntad de los Estados,

jurídicamente es expresada por el principio de efectividad y las normas imperativas o *jus cogens*.

3.1.- EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y EL VALOR DEL COMPORTAMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

3.1.1.- LA BUENA FE.

En Derecho Internacional la prudencialidad del Estado soberano es muy amplia, correspondiendo a cada Estado “apreciar razonablemente y de buena fe las situaciones y reglas que le conciernen”.¹

El principio de buena fe en Derecho Internacional tiene un importante cometido: limitar la discrecionalidad del Estado soberano al ejercer sus competencias, enmendar los posibles excesos de apreciación del alcance de sus derechos y obligaciones jurídicas internacionales.

El Tribunal Permanente de Arbitraje en sentencia de 7 de septiembre de 1910, sobre el asunto de las Pesquerías de la Costa del Atlántico Norte, refiriéndose al derecho de la Gran Bretaña a reglamentar la pesca en aguas canadienses en las que existían ciertos derechos de pesca de los nacionales de Estados Unidos, afirmó que:

“... el Tratado (de Gante) resulta una relación obligatoria en virtud de la cual el derecho de la Gran Bretaña a ejercer su soberanía dictando reglamentos, se limita a los dictados de buena fe y sin violar las disposiciones del Tratado”.²

La Carta de las Naciones Unidas en su artículo 2, párrafo 2 establece el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones. Igualmente, la resolución 2625 de la Asamblea General relativa a la declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados en que expresamente se establece para los Estados “el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de: La Carta de las Naciones Unidas; los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos; acuerdos internacionales válidos con

¹ Sentencia del Tribunal Arbitral Franco-Español sobre la utilización de las aguas del Lago Lanoux, 16 de noviembre de 1957. Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, Naciones Unidas, p.p. 284-287.

² Reports of International Awards, Vol. XI, p. 188.

arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos.”

El principio de la buena fe presupone ciertamente la libertad y discrecionalidad del Estado y corresponde a los Estados calificar si el deber de obrar de buena fe se ha cumplido o no; si su comportamiento se ha adecuado o no al principio de la buena fe.

El principio de buena fe constituye una guía o referencia que los Estados no pueden ignorar, ir mas allá en su comportamiento sin incumplir el propio principio; adicionalmente, el principio caracteriza al fundamento mismo de las obligaciones en Derecho Internacional. Lo anterior se advierte en las obligaciones de comportamiento y en el principio de “*pacta sunt servanda*”.

3.1.1.1.- Comportamiento del Estado y principio de buena fe.

Las obligaciones de comportamiento de los Estados se definen en reglas de conducta o directrices generales expresadas por estándares de comportamiento.

Las obligaciones del Estado signatario de un tratado en tanto se inicia su vigencia, son un claro ejemplo de las obligaciones de comportamiento y la función que en éstas corresponde al principio de buena fe.

El Estado signatario esta obligado a no frustrar el objeto de un tratado antes de su entrada en vigor. En efecto, el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que:

“Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) Si ha firmado el tratado o a canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación o aceptación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado;

b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.”

Los deberes que el Derecho Internacional impone al Estado en función de su soberanía territorial manifiestos en la sentencia del Tribunal Internacional de

Justicia en el asunto del Canal de Corfú, constituye otro ejemplo de obligaciones de comportamiento conforme a la buena fe.

Asimismo, la función de buena fe en los compromisos de comportamiento del Estado, en la conducta que debe observar respecto de una Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Con ocasión del dictamen del Tribunal Internacional de Justicia respecto del procedimiento del voto aplicable a las cuestiones referentes a los informes y peticiones relativas al Territorio del Suroeste Africano; el Juez Lauterpacht, en opinión individual, sostuvo que no se discutía que la autoridad administradora pueda negarse a cumplir las recomendaciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino “Lo que se ha discutido es la opinión de que una recomendación no tiene efecto jurídico alguno. Una resolución que recomienda a un Estado administrador una medida determinada crea una cierta obligación jurídica que, por rudimentaria, flexible e imperfecta que sea, es, sin embargo, una obligación jurídica y constituye una medida de vigilancia. El Estado en cuestión, si no está obligado a aceptar la recomendación, está obligado a examinarla de buena fe”.³

En las obligaciones de comportamiento se observa que el principio de buena fe en Derecho Internacional va más allá de constituir una regla de honestidad de acción, toda vez que existen condiciones de objetividad que el voluntarismo y la discrecionalidad de los Estados no pueden desconocer sin incurrir en responsabilidad.

3.1.1.2.- El tratado y el principio de buena fe.

La norma “*pacta sunt servanda*” es un principio fundamental del Derecho Internacional recogido por la Carta de las Naciones Unidas en su Preámbulo y en el artículo 2, párrafo 2 de la misma que señala que los Miembros “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que:

³ ONU., International Court of Justice: Reports 1955, p.p. 115 y sigs.

“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”.

No obstante, existen problemas sobre los límites del deber de los Estados de cumplir las obligaciones derivadas de los tratados en que sean partes que el Derecho Internacional reconoce.

La cuestión fue debatida en el Comité Especial para el examen de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, abordando la problemática de: los tratados desiguales; los tratados nulos o anulables; los tratados contrarios a la Carta de las Naciones Unidas y en la aplicación a este problema del principio *rebus sic stantibus*.⁴

En tal ocasión, delegaciones de Estados que estimaban adverso a sus intereses el *statu quo*, consideraron que el deber de cumplir de buena fe las obligaciones establecidas por tratados, no era aplicable a los tratados desiguales, planteando al Comité Especial la conveniencia de una salvedad por la cual únicamente serían obligatorios los tratados libremente concertados sobre una base de igualdad; situación particularmente de interés para los países que obligadamente bajo régimen colonial habrían celebrado tratados inequitativos y que podrían rechazar esas imposiciones. La salvedad, concluían esos Estados, contribuiría a precisar el ámbito de procedencia del principio de la buena fe.

La propuesta de esos Estados de incorporar al principio de buena fe la idea de que las obligaciones sólo podían derivarse de acuerdos libremente concertados sobre bases de igualdad no encontró apoyo; sin embargo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados presenta, sin duda, importantes avances normativos sobre esta cuestión.

Así, la sección 2 de la Convención que se refiere a Nulidad de los Tratados, considera entre las causas de nulidad los vicios del consentimiento: en el artículo 50, la corrupción del representante de un Estado; la coacción sobre el

⁴ Documento A/6799, párrafos 286-300: Observaciones hechas en el Comité Especial acerca del informe del Comité de Redacción. Examen de 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: Informe de la VI Comisión de la Asamblea General Documento A6955 11 de diciembre de 1967, párrafos 73 a 79.

representante de un Estado se prevé en el artículo 51 y, en el artículo 52, la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza.

En materia de sucesión de Estados y la problemática que entrañan los tratados suscritos por la Metrópoli y los Estados independizados, el artículo 73 de la Convención de Viena expresamente señala que las disposiciones de la misma “... no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir como consecuencias de una sucesión de Estados...”

El alcance de la regla *pacta sunt servanda*, no es ilimitado toda vez que su procedencia está condicionada por un supuesto esencial como lo es el que la regla esté referida a un “tratado en vigor” según lo señala el citado artículo 26 de la Convención de Viena.

En consecuencia evidentemente la regla no es aplicable respecto de los tratados nulos; en correlación, el artículo 69, párrafo 1 dispone que “es nulo un tratado cuya nulidad quede determinada en virtud de la presente Convención. Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica”

Pese a la problemática que conlleva el principio de la buena fe por el carácter descentralizado y escasamente institucionalizado del Derecho Internacional, constituye un límite al comportamiento arbitrario de los Estados y es criterio de objetividad atemperante del relativismo de ese orden legal.

3.1.2.- Comportamiento y consentimiento en Derecho Internacional

Principio substancial del Derecho Internacional el consentimiento del Estado es fundamento para su formulación, desarrollo y aplicación. El Estado queda vinculado por sus propias declaraciones, por la manifestación expresa o tácita de su consentimiento.

En efecto, el Derecho Internacional ha acogido un principio existente en el Derecho interno de varios países, concretamente en el Derecho anglosajón se le conoce como *estoppel*, que específicamente bajo su forma denominada “*Estoppel by representation*”, es definido por el profesor Miaja como el que “existe cuando una determinada persona, con sus palabras o por su conducta, produce en otra la creencia en la existencia de un determinado estado de cosas y la induce a actuar de manera que altere su anterior situación jurídica: el

primero no puede alegar frente al segundo que el estado de cosas era diferente”.⁵

El Estado se obliga jurídicamente mediante el consentimiento y este puede manifestarse de forma positiva mediante actos concluyentes de los que se deduzca dicho comportamiento, es decir, el Estado se vincula por los actos que realiza.

El estoppel o principio de inadmisibilidad de las retractaciones en Derecho Internacional es reconocido en la jurisprudencia internacional que lo ha afirmado repetidamente al rechazar las argumentaciones de un Estado contrarias a sus propios actos mediante razonamientos apoyados en: el carácter mas o menos notorio de ciertas situaciones internacionales y en el grado de conocimiento que de los mismos, se supone, tienen los Estados; también en el comportamiento de los Estados frente a hechos susceptibles de afectar sus intereses (especialmente su abstención o su silencio); y, asimismo en los elementos de hecho aptos para determinar, en materia territorial, una consolidación histórica.

En general el silencio no genera obligaciones en el orden internacional excepto cuando puede ser interpretado como una presunción de consentimiento de acuerdo a las circunstancias del caso concreto como son ausencia de protesta, conocimiento de la situación por notificación o por registro del acto unilateral en las Naciones Unidas.

La valoración jurídica de los mencionados supuestos de conducta de los Estados y su trascendencia en el Derecho Internacional en cuanto formas de manifestación de la voluntad se contempla claramente en el asunto de las pesquerías entre el Reino Unido de la Gran Bretaña y Noruega, relativo a la delimitación del mar territorial mediante un decreto noruego de 1935 con antecedentes de 1869 y 1899.

Inglaterra afirmó que el acto unilateral no le era oponible ya que no había consentido el mismo, no había concedido su asentimiento y sostuvo que Noruega tenía que demostrar que su título jurídico había sido dado a conocer al mundo entero de suerte que los demás Estados lo habían conocido o había de presumirse su conocimiento y que había obtenido el consentimiento de la comunidad internacional incluyendo al Reino Unido.

⁵. Díez de Velazco Manuel, *op.cit.*, p. 148.

Por su parte Noruega fundó jurídicamente su postura en el hecho de que la aplicación de su sistema de delimitación de la línea de base y su mar territorial era pacífica, notoria y efectiva; Gran Bretaña había protestado tardíamente, después de una consolidación histórica suficiente, sin que importara que Inglaterra conociera o no el sistema noruego de delimitación, ya que el consentimiento no era el fundamento de la prescripción.

El representante de Noruega en su informe oral ante el Tribunal afirmó que si la formación del título histórico se apoyase únicamente en la aquiescencia de los terceros Estados, el fenómeno se confundiría con el reconocimiento siendo que entre este y los títulos históricos existe una diferencia sustancial que Gran Bretaña pretendía pasar por alto: la relevancia jurídica del transcurso del tiempo. La consolidación histórica no se fundamenta en la voluntad de los Estados sino en la necesidad de estabilidad en Derecho Internacional.

Una situación que se prolonga pacífica y notoriamente durante largo tiempo, entra en los hábitos y, de algún modo, queda incorporada al ordenamiento jurídico, siendo necesario evitar que pueda ser impugnada en cualquier momento, pues es en interés de la sociedad internacional por lo que, después de un largo transcurso de tiempo los derechos de un Estado deben quedar fuera de todo posible ataque.⁶

El Tribunal Internacional de Justicia en sentencia de 18 de diciembre de 1951 dio la razón a Noruega afirmando que:

“El Gobierno del Reino Unido ha hecho valer que el sistema de delimitación noruego no le era conocido, por lo que aquél carecía de la notoriedad requerida para un título histórico que le fuese oponible. Sin embargo el Tribunal no puede admitir este punto de vista. Estado ribereño del Mar del Norte, altamente interesado en las cuestiones de pesca en esta zona; potencia marítima tradicionalmente atenta al Derecho del mar, el Reino Unido no ha podido ignorar el Decreto de 1869, que bien pronto había originado una petición de explicación por parte del Gobierno francés...

⁶ ONU., Cour Internationale de Justice: *Affaire des Pêcheries. Mémoires, Plaidoiers et Documents*: Vol. III, *Dúplica de Noruega*, pp. 452-453; Vol. IV, *informe del representante de Noruega*, p.p. 308-309.

“El Tribunal observa que respecto de una situación que no podía dejar de fortificarse de año en año, el Gobierno del Reino Unido se ha abstenido de formular reservas. La notoriedad de los hechos, la tolerancia general de la comunidad internacional, la posición de Gran Bretaña en el Mar del Norte, su propio interés en la cuestión, su abstención prolongada, permitirían en todo caso a Noruega oponer su sistema de delimitación al Reino Unido.”⁷

Con motivo del litigio entre Camboya y Tailandia sobre la interpretación de los trabajos de dos comisiones de límites fronterizos establecidas en 1904 y 1907, en virtud del tratado entre Francia y Siam, el Tribunal Internacional de Justicia afirmó en su sentencia que:

“Incluso si hubiera duda sobre la aceptación del mapa por Siam en 1908 y, por consiguiente, de la frontera allí indicada, el Tribunal, teniendo en cuenta los acontecimientos posteriores y la conducta de Tailandia, considera que ésta no podría hoy afirmar que no ha aceptado el mapa. Durante cincuenta años este Estado ha gozado de las ventajas del convenio de 1904, aunque sólo fuese de las de una frontera estable. Francia, y a través de ella Camboya, han confiado en su aceptación ... Tailandia no puede en la actualidad invocar los beneficios del acuerdo y gozar de ellos y, al mismo tiempo, alegar que no ha consentido en el mismo”⁸

El profesor Paul Reuter en su informe oral ante el Tribunal en nombre de Camboya, sugería que diversas teorías jurídicas podrían fundar la pretensión de Camboya, como son: el estoppel, la prescripción adquisitiva, la consolidación de un título por costumbre, etc.

El estoppel viene al caso según Reuter por el comportamiento de Tailandia, su prolongado silencio, el permitir crearse una situación aparente, fortificada por el uso que ella misma ha hecho del mapa de delimitación al que hubiera sido fácil oponerse, están en abierta contradicción con la tesis posteriormente aducida.

La consolidación o prescripción adquisitiva, en la medida de su admisibilidad en Derecho Internacional, sería igualmente aducible por Camboya. Asimismo

⁷ ONU., Cour Internationale de Justice: Affaire des Pêcheries, Recueil 1951 p.p. 128-139.

⁸ ONU., Internationale Court of Justice: Case Corcerning the Temple of Préah Vihear. Reports 1962. p. 32.

podría argumentar la costumbre, en cuanto a la consolidación de un título por el paso del tiempo.⁹

Conforme a lo anterior, la voluntad de los Estados no desempeña un papel exclusivo ni en el establecimiento de normas jurídicas ni en la determinación de los efectos jurídicos de las modificaciones en el *statu quo* respecto de Estados que no han participado en las mismas.

Reuter señalaba la flexibilidad de la jurisprudencia internacional al respecto y la sintetizaba en tres grandes principios:

- Todo derecho afirmado y ejercitado se consolida por el transcurso del tiempo;
- Una situación territorial no puede quedar consolidada más que si goza de perfecta notoriedad.
- El silencio respecto de un derecho afirmado y ejercitado de una manera notoria y pacífica, equivale a aquiescencia y convierte al derecho en cuestión en oponible.¹⁰

La jurisprudencia internacional reconoce consecuencias jurídicas a las actitudes y comportamiento de los Estados, mediante razonamientos apoyados en diversas figuras jurídicas como son el estoppel, la preclusión, tolerancia, aquiescencia, consolidación, etc., lo cual expresa un límite del voluntarismo de los Estados en Derecho Internacional: el principio del no formalismo del consentimiento.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados reconoce la trascendencia jurídica de la actitud y comportamiento de los Estados; así, el artículo 31 que establece la regla general de interpretación, dispone en su párrafo 3 que “Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta.... inciso b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del Tratado”.

⁹ ONU., Cour Internationale de Justice: Affaire du Temple de Préah Vihéar, *Memories Plaidoiries et Documents*. Informe profesor Reuter, Vol. II, p. 204 y sigs.

¹⁰ ONU., Corte Internacional de Justicia: loc. cit.

La propia Convención en el artículo 45 señala que: “Un Estado no podrá ya alegar una causa para anular un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación con arreglo a lo dispuesto por los artículos 46 a 50 ó en los artículos 60 a 62, si después de haber tenido conocimiento de los hechos, ese Estado: “b) Se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación según el caso”.

El consentimiento del Estado es un principio fundamental del Derecho Internacional cuyos límites o acotaciones deben tomarse en consideración, toda vez que dicho orden jurídico no es reducible a producto exclusivo de la voluntad de los Estados.

3.2.- LA EFECTIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el Derecho Internacional la efectividad es un elemento que manifiesta la relación que objetivamente guardan las normas y situaciones jurídicas con la realidad social.¹¹

El caso *Nottebohm*, fallado por el Tribunal Internacional de Justicia permite apreciar claramente el papel de la efectividad en Derecho Internacional como elemento corrector de criterios de validez predominantemente subjetivos.

La nacionalidad, esencialmente es materia de competencia interna para cada Estado, sin embargo, desde siempre y mayormente en la actualidad, esta regido también por exigencias y condiciones de Derecho Internacional tales como la existencia de un vínculo efectivo entre la persona y el Estado del cual es nacional.

Es posible que la concesión de la nacionalidad a un individuo por un Estado sea válida y produzca efectos jurídicos conforme a su régimen jurídico interno; y, a pesar de ello, sea ineficaz frente a otros Estados para ejercer la protección diplomática.

El Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia enfatizó la debilidad de los vínculos de *Nottebohm* con *Liechstentein*: carencia de domicilio, de residencia prolongada en ese país, de los motivos de dispensa de domicilio, de intereses económicos o actividades a ejercer en el Principado, todo lo cual

¹¹ Carrillo Salcedo. op. cit. p. 181.

indicaba que la naturalización era una ficción cuyos elementos de hecho estaban en contradicción con la validez internacional y generalizó el criterio de la nacionalidad efectiva, haciendo una distinción entre la nacionalidad y sus consecuencias jurídicas en el derecho interno y los efectos jurídicos en el Orden internacional.

La nacionalidad, dijo la Corte, es “un vínculo jurídico que tiene en su base un hecho social... una solidaridad efectiva de existencia, de interés, de sentimientos, junto con una reciprocidad de derechos y deberes”,¹² y concluyó que la naturalización de Nottebohm en Liechtenstein no se basaba en ninguna relación genuina con dicho país; por consecuencia, Liechtenstein no tenía el derecho de formular una reclamación en nombre de Nottebohm contra Guatemala.

La efectividad se configura así como un criterio de corrección de excesos en el otorgamiento de la nacionalidad; en requisito para la validez internacional de situaciones subjetivas y en una exigencia objetiva del Derecho Internacional.

La efectividad más que un principio jurídico *stricto sensu* es una noción que informa al Derecho Internacional, dado que las normas y las situaciones jurídicas operan bajo su inspiración y su lugar es particularmente importante, aún cuando insuficientemente definido, como lo señala el maestro Charles de Visscher; aquí, con facilidad se incurre en dilogía y resulta difícil una definición general, ya que la noción de efectividad evoca simultáneamente una cierta tensión y una última adecuación entre el hecho y el derecho.¹³

La efectividad, indiscriminadamente aplicada conduce a excesos de interpretación, como podría ser la aceptación de un supuesto derecho surgido de la ilegalidad, que si bien en alguna época fueron admitidos o tolerados, hoy son inadmisibles y reprobados, tal es el caso de la conquista, rechazada por la norma de *jus cogens* contemplada en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas que prohíbe el uso ilícito de la fuerza.¹⁴

¹² ONU., Cour Internationale de Justice: Affaire Nottebohm, Sentencia del 6 de abril de 1955, Recueil 1955, p. 23.

¹³ Cfr. Carrillo Salcedo. op cit p. 183.

¹⁴ Cfr. De Visscher Charles: op. cit., pp. 115-117.

La efectividad sirve tanto para justificar el orden establecido como para promover una nueva formulación del Derecho o como principio de solución en controversias sobre títulos jurídicos que contribuye a dar carácter jurídico a los efectos consolidadores del tiempo y a los cambios en la realidad social.¹⁵

El principio de efectividad en cuanto límite del relativismo del Derecho Internacional, se manifiesta en las derogaciones del principio del efecto relativo de los tratados y en las modificaciones de los tratados por un cambio en las circunstancias que motivaron su conclusión.

3.2.1.- Anulación del efecto relativo de los tratados por la noción de efectividad.

Es clara la función de la efectividad en las normas consuetudinarias en tanto que apoya su validez, en cambio, en el Derecho Internacional convencional en el cual un Estado no puede vincularse sin su consentimiento, es particularmente interesante indagar el papel que desempeña la efectividad.

La convención de Viena, en su artículo 34 establece como norma general sobre los efectos de los tratados respecto de terceros Estados: "Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento".

En ciertos casos, sin embargo, el efecto relativo de los tratados internacionales, es superado por determinadas situaciones jurídicas de origen convencional que entrañan efectividad superior, y producen efectos jurídicos respecto de terceros Estados aún cuando estos no los hayan reconocido.

El ámbito de validez de las normas y situaciones jurídicas en estos supuestos no es determinado por la voluntad de los Estados ya que su carácter objetivo no es producido por el tratado. Es por consiguiente la efectividad lo que fundamenta la oponibilidad a terceros Estados de situaciones de origen convencional, y se advierte en los supuestos siguientes: Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional; tratados que representen la gestión de intereses comunes por un conjunto de Estados suficientemente representativos; tratados constitutivos de Organizaciones internacionales.

¹⁵ Touscoz Jean: *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, París 1964, p. 9, cit. por Carrillo Salcedo, op. cit. p. 181.

3.2.1.1.- Normas convencionales que se transforman en costumbre internacional.

El artículo 38 de la Convención sobre Derechos de los tratados establece que:

“Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal”.

El precepto no constituye una regla sino que refiere a un proceso como es el conducente al establecimiento de una norma consuetudinaria que, como se ha expuesto, se configura por diversos elementos.

La Comisión de Derecho Internacional en el comentario de la propuesta del artículo 34, (38 del texto vigente), enfatiza que la disposición “constituye pura y simplemente una reserva de carácter general para excluir cualquier interpretación de los artículos 30 a 33 (34 a 37 en el texto adoptado), en el sentido de que el Proyecto de artículos rechaza la legitimidad del proceso antes mencionado”.¹⁶

El artículo en comentario admite la posibilidad de trascender en norma consuetudinaria de Derecho Internacional y, por tanto, con validez general, una regla o situación jurídica convencional cuyos efectos jurídicos originalmente se reducían a los Estados partes.

Ciertas disposiciones de un convenio multilateral pueden llegar a convertirse en modelo o guía de la conducta subsecuente de los Estados, son suasorias y la práctica de los Estados es atraída hacia tales disposiciones.

El Juez Sorensen en su opinión disidente en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, se refirió a ese proceso:

“El convenio puede servir como una guía dotada de autoridad para la práctica de los Estados que se enfrenten con los nuevos problemas jurídicos con él relacionados, y de esta forma sus disposiciones pueden llegar a ser el

¹⁶ ONU., Asamblea General: Documento A/6309/R EV. I, p. 64.

núcleo alrededor del cual cristalice un nuevo conjunto de normas jurídicas generalmente reconocidas”.¹⁷

El Tribunal Internacional de Justicia, conoció los argumentos de Dinamarca y los Países Bajos en el mismo asunto de la Plataforma, en el sentido de que el artículo 6 de la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental que establecía el principio o regla de la equidistancia en la delimitación de la plataforma continental, había adquirido, con posterioridad a 1958, efecto constitutivo y que su influencia había originado una nueva norma que, en la fecha de la sentencia en 1969, se había incorporado al “*corpus*” general del Derecho Internacional consuetudinario.

La Corte no aceptó el alegato, sosteniendo que la regla de equidistancia carecía de índole normativa, dado que su aplicación tenía carácter subsidiario respecto a la obligación primaria de efectuar la delimitación mediante acuerdo y se hallaba sometida a excepciones en el caso de que existieran circunstancias especiales; sin embargo, el Tribunal hizo una afirmación general por la que reconoció la existencia y legitimidad de lo que se ha denominado efecto generador o constitutivo, diciendo que:

“En la medida en que esta tesis se basa en la idea de que el artículo 6 de la Convención ha tenido la influencia y ha producido el efecto descrito, implica claramente que se considera dicho artículo como una disposición creadora de normas que ha servido de base o de punto de partida de una regla que siendo puramente convencional o contractual en su origen, posteriormente, se habría integrado en el *corpus* general del Derecho Internacional y sería en la actualidad aceptada como tal por la *opinio iuris*, de manera que habría llegado a ser obligatoria incluso para los países que no son, ni nunca han sido, partes de la Convención. Ciertamente este proceso entra en el ámbito de lo posible y ocurre de tiempo en tiempo; constituye, sin duda, uno de los métodos reconocidos en virtud de los cuales pueden formarse nuevas normas de Derecho Internacional consuetudinario. Pero también no hay que considerar que dicho resultado se alcance con facilidad”.¹⁸

¹⁷ Sorensen Max: Opinión disidente en los asuntos North Sea Continental Shelf, ONU., International Court of Justice Reports, 1969, p. 244.

¹⁸ ONU., International Court of Justice: Reports, 1969, p. 41.

El problema de la transformación de una norma convencional prevista en un tratado, cuyos efectos están restringidos a los signatarios, en una norma consuetudinaria con validez *erga omnes*, no es sencillo y ciertamente la acción del principio de efectividad no excluye la importancia del consentimiento del Estado pues la aceptación por los terceros Estados es precisa.

3.2.1.2.- Tratados que representan la gestión de intereses comunes por las Grandes Potencias.

Existen ciertos tratados, por ejemplo los de neutralización o de militarización o los relativos al régimen jurídico de las comunicaciones internacionales, generadores de efectos jurídicos para terceros Estados y que son considerados con validez universal, alcance logrado a virtud de la acción de las Grandes Potencias.

“No cabe atribuir un fundamento simplemente contractual al derecho de un tercer Estado directamente interesado en hacer respetar un tratado plurilateral que sea obra de las Grandes Potencias, ello al menos cuando el régimen surgido del tratado se halle ya históricamente consolidado”¹⁹

De Visscher afirma que “Tal consolidación anula el principio del efecto relativo de los tratados y nos encontramos frente a una situación jurídica objetiva, con efectos *erga omnes*; su desarrollo es el resultado de una acción política prolongada sostenida por la adhesión general.”²⁰

La Comisión de Derecho Internacional no creyó necesario prever una disposición sobre convenios de ese tipo en su Proyecto de artículos sobre el Derecho de los Tratados y si bien reconoció que en ciertos casos los derechos y obligaciones convencionales pueden llegar a ser válidos *erga omnes*, no consideró tales casos como consecuencia de un concepto o institución especial del Derecho de los tratados estimando que esos supuestos cambian en las disposiciones de los artículos 32 y 34 del Proyecto (34 y 38 de la Convención).

¹⁹ Informe de la Comisión de Juristas (1920) sobre el alcance de la desmilitarización de las islas Åland por el convenio de 30 de marzo de 1856.

²⁰ Cfr. De Vischer. op. cit. p.p. 287-288.

Es la efectividad la que fundamenta las consecuencias jurídicas de esos tratados, de esas situaciones convencionales respecto de terceros Estados, pues la relación de origen convencional en razón de su efectividad termina por generar efectos jurídicos de validez general.

Tratados de esa índole se encuentran en la práctica internacional: el Tratado de Estado Austríaco de 1955; el Tratado de no militarización y libertad de investigación en la Antártida; el Tratado de prohibición de experiencias termonucleares no subterráneas; el Tratado de desnuclearización de América Latina, recogido luego en la Resolución 2286 de la Asamblea General de las Naciones Unidas; el Tratado de no proliferación de armas nucleares, etc.

La acción del principio de efectividad y la gestión de intereses comunes por un conjunto de Estados suficientemente representativos, explica los efectos que alcanzan este tipo de tratados en el Derecho Internacional positivo de nuestros días; en ese grupo de Estados particularmente se encuentran las Grandes Potencias por su influencia general en razón de su preponderancia y los demás Estados participantes en virtud de su influencia específica a causa de su especial situación respecto de un problema determinado.

La acción de ambos factores hace que una normatividad efectiva y llevada a cabo por un conjunto de Estados representativos, “llegue a producir efectos jurídicos *erga omnes*, al margen de la voluntad y del consentimiento de los Estados que no han participado en su creación”.²¹

La efectividad tiene una función creadora y constituye un elemento que acredita la imposibilidad de reducir todo el Derecho Internacional a resultado consensual de los Estados.

3.2.1.3.- Tratados constitutivos de Organizaciones internacionales.

La efectividad presenta dos aspectos en las Organizaciones internacionales, uno de ellos notoriamente político expresado en la institucionalización del papel de las Grandes Potencias en el grupo social internacional; otro, de índole funcional, se refiere a las competencias de sus órganos y se manifiesta en la interpretación del tratado constitutivo, especialmente en el problema de sus competencias implícitas o presuntas y en la práctica de la Organización.

²¹ Cfr. De Visscher Charles. op. cit. p.p. 80-82.

Lo anterior resulta evidente en la Carta de las Naciones Unidas que establece con validez general la función preponderante de las Grandes Potencias, cuya situación jurídica privilegiada expresa una efectividad que no pueden desconocerse, así como de las correspondientes responsabilidades. Ante ello el Tribunal Permanente de Justicia Internacional dijo:

“... es difícil concebir que las resoluciones sobre cuestiones que afectan a la paz del mundo puedan ser adoptadas contra la voluntad de aquellos miembros del Consejo que, aún estando en minoría, deberán soportar la mayor parte de sus consecuencias en razón de su situación política.”²²

Las Organizaciones internacionales con propósito universal son una efectividad estructural considerada plenamente en el Derecho Internacional positivo, de ahí que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional dictaminara el 11 de abril de 1949 sobre el problema de si la Organización de las Naciones Unidas podía presentar una reclamación internacional contra un Gobierno responsable de actos contrarios al Derecho Internacional que:

“... cincuenta Estados, representando una amplia mayoría de los miembros de la comunidad internacional, tenían el poder, conforme al Derecho Internacional de crear una entidad con personalidad objetiva, y no simplemente una personalidad reconocida por ellos solos”.²³

En consecuencia, depende de criterios objetivos, de su efectividad en el ámbito de las relaciones internacionales y no del reconocimiento de terceros Estados el que la Organización de las Naciones Unidas tenga capacidad de manifestar su propia voluntad. Es evidente que el aspecto cuantitativo de la efectividad confiere a los actos de la Organización y a la misma el grado de oponibilidad frente a terceros Estados.

La Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2 párrafo 6 dispone en ese sentido que:

“ La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos principios en la

²² ONU., Cour Permanente de Justice Internationale: Dictamen relativo a la interpretación del artículo 3, párrafo segundo del Tratado de Lausana, 21 de noviembre de 1925. Serie B, num. 12, p. 29.

²³ ONU., International Court of Justice: Reports 1949, p. 185.

medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

Esta disposición se funda en el principio de efectividad y en la institucionalización de la acción de gobierno internacional de un conjunto de Estados suficientemente representativos: los Miembros de la Organización de las Naciones Unidas y entre ellos las Grandes Potencias. De esta suerte la obligación general de arreglo pacífico de las controversias y la prohibición del uso de la fuerza o la amenaza de recurrir a esta, son principios de validez general con efectos jurídicos aún para los Estados no Miembros de la Organización.

3.2.2.- Los tratados y su efectividad ante un cambio fundamental en las circunstancias que le dieron origen.

Los acuerdos internacionales, al igual que todo acto jurídico puede verse afectado por situaciones surgidas con posterioridad a su entrada en vigor, lo cual plantea en Derecho Internacional una de las cuestiones más delicadas y difíciles que pone de manifiesto la recíproca influencia entre política y Derecho.

La máxima “*Omnis convertio intelligitur rebus sic stantibus*”, fue introducida por Gentilis en el siglo XVI, al afirmar la existencia de una condición tácita en los tratados perpetuos según la cual los tratados son obligatorios sólo si las circunstancias permanecen sin cambiar, si las cosas quedan como están.

La tesis establecía una condición resolutoria implícita sumamente peligrosa ya que la causal de terminación era concomitante a la convención, produciendo automáticamente su extinción tan luego se presentara un cambio esencial en las circunstancias, abriendo la posibilidad, para los Estados de una discrecionalidad ilimitada para dar por terminado unilateralmente un tratado, con todas las graves consecuencias para el Orden internacional.²⁴

La Corte Internacional, nunca había aplicado esta causal antes de su reconocimiento en la Convención de Viena, y si bien en esta codificación sobre el Derecho de los Tratados se aceptó el cambio fundamental en las circunstancias como una causa de terminación de tratados, artículo 62, se hizo

²⁴ Jiménez de Aréchaga, op. cit. p. 89.

con fundamento jurídico muy diferente, inclusive sin referencia alguna al término “*rebus sic stantibus*” con el fin de deslindar esta causal de los inconvenientes de esta doctrina.

En efecto, la causal se establece como motivo extrínseco de terminación basado en una regla general de Derecho Internacional consuetudinario cuyos requisitos de procedibilidad son rigurosos y bien definidos; adicionalmente, conforme a la propia convención, debe existir lo que el Tribunal Internacional denomina... “el complemento procesal de la doctrina del cambio en las circunstancias”,²⁵ concepción muy distinta de la condición resolutoria implícita en los tratados perpetuos.

La causal no extingue automáticamente un tratado ni procede la denuncia unilateral mediante su invocación, únicamente confiere el derecho a reclamar la terminación mediante el procedimiento establecido en el artículo 65 de la Convención de Viena.

Cuando los demás signatarios no formulan objeciones al reclamo, la parte que alegó la causal puede legalmente terminar el tratado o suspender su aplicación.

En caso de objeción, las partes deben buscar una solución por los medios señalados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

De no solucionarse en doce meses a partir de la objeción, cualquiera de sus partes puede iniciar el procedimiento previsto en el anexo de la Convención mediante una Comisión de Amigables Compondores cuyo informe, que ciertamente no vincula a las partes y sus recomendaciones tienen el propósito de facilitar una solución amistosa, es de gran valor y peso para resolver la controversia.

Sólo después de una sentencia o informe favorable, podrá un Estado desvincularse legítimamente de un tratado por esta causa.

El artículo 62 se formuló en términos negativos de manera que la causal únicamente procede por excepción y la parte que la aduzca deberá probar que las condiciones se surten plenamente. El párrafo 1 del artículo 62, establece

²⁵ ONU., International Court of Justice: Reports, 1973, p. 21.

cinco requisitos que deben concurrir para la procedencia de esta causal de terminación de tratados.

El cambio ocurrido con respecto a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado, debe ser de naturaleza fundamental. El Tribunal Internacional de Justicia en sentencia de 1973 en el asunto de la jurisdicción de pesca en aguas islandesas aceptó la validez de la doctrina en el Derecho Internacional contemporáneo aunque concluyó que las condiciones requeridas no concurrían en el caso, la Corte señaló que “Uno de los requerimientos básicos incorporados en ese artículo es que el cambio de circunstancias debe haber sido fundamental”²⁶ y añadía refiriéndose a las consideraciones de Islandia sobre la índole fundamental de los cambios operados.

“Esta interpretación correspondería a la opinión tradicional de que los cambios de circunstancias que deben considerarse como fundamentales o vitales, son aquellos que ponen en peligro la existencia o el desarrollo vital de una de las partes”

Es también condición necesaria que el cambio no haya sido previsto por las partes, si el tratado prevé disposiciones aplicables frente a contingencias que pudieran presentarse, en su caso, simplemente estas se aplican sin que haya lugar a promover la causal para extinguirlo por cambio en las circunstancias.

Asimismo, se requiere que la existencia de las circunstancias que han cambiado “constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado”. Por ello es indispensable valorar si el cambio ha ocurrido con relación a circunstancias determinadas que existían en el momento de la conclusión del tratado y cuya permanencia las partes asumieron como la base necesaria de las obligaciones aceptadas, circunstancias sin las cuales el tratado no se habría celebrado, es decir, en la especie las circunstancias habrían constituido una auténtica “condición previa” para la celebración del tratado.

En el caso de las Zonas Francas, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional aplicó ese requisito: Francia argumentaba que de acuerdo a las estipulaciones de 1815, el Cantón de Ginebra era, de hecho, una zona de libre comercio, ya que el retiro de las barreras aduaneras de Francia y Cerdeña en esa época hizo del área de Ginebra y de las zonas una unidad económica, y

²⁶ ONU., *International Court of Justice: Reports*, 1973, pp. 18-19.

posteriormente, en 1849, el establecimiento de la Aduana Federal Suiza destruyó esa unidad económica y puso fin a las condiciones en vista de las cuales se habían creado las Zonas Francas.²⁷

Suiza alegó que esas circunstancias no eran aquellas cuya subsistencia había constituido la base que determinó a las partes a celebrar el tratado.²⁸ La Corte concluyó que Francia no acreditó que la ausencia de derechos aduaneros en Ginebra fue la consideración que determinó a las potencias a decidir en 1815, la creación de las zonas francas de lo que resulta que en opinión del Tribunal Permanente la procedencia del cambio de circunstancias como causa de terminación de tratados esta sujeta a la prueba de que el tratado se celebró “en vista de la existencia de las circunstancias que han cesado de existir.”²⁹

El Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la Jurisdicción de Pesquerías afirmó que “los cambios en el Derecho pueden, bajo ciertas condiciones, constituir una razón válida para alegar un cambio de circunstancias que afecte la duración de un tratado”³⁰ tal sería el caso de los tratados de protección de minorías concluidos entre las dos guerras mundiales por virtud de las disposiciones, posteriormente establecidas, para la protección universal de los derechos humanos previstos por la Carta de las Naciones Unidas.

El párrafo 1, inciso b) del artículo 62 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados, condiciona también a que sea trascendente, el efecto importante, del cambio señalando la necesidad de que “ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado”.

En el propio caso de la Jurisdicción de Pesquerías, la Corte sostuvo que: “... a fin de que un cambio de circunstancias pueda dar lugar a una causal para alegar la terminación de un tratado, es también necesario que haya resultado en una transformación radical del alcance de las obligaciones aún por cumplirse. El cambio debe haber incrementado la carga de las

²⁷ ONU., Cour Permanente de Justice Internationale: Series A/B, num. 46, p. 156.

²⁸ ONU., Cour Permanente de Justice Internationale: Series C, núm. 58, 463-476.

²⁹ ONU., Cour Permanente de Justice Internationale: Series A/B, num. 46 p. 157.

³⁰ ONU., International Court of Justice: Reports 1973, p. 17.

obligaciones a ejecutar al extremo de convertir su cumplimiento en algo esencialmente diferente de lo originariamente convenido”.³¹

La causal de extinción de un tratado por cambio en las circunstancias esta limitada en su aplicación a las obligaciones “que todavía deban cumplirse en virtud del tratado” según lo dispone el artículo 62, párrafo 1 inciso b) y no afecta a las obligaciones ya ejecutadas.

El artículo 62, en su segundo párrafo establece que: “Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) Si el tratado establece una frontera; o b) si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado”

El inciso a) se explica en razón de que el objeto y la finalidad de un tratado de límites es la certidumbre, crear una situación estable y definida, por lo cual sería una contradicción esencial aceptar esta causal.

El inciso b) del artículo 62, se basa en el principio de que nadie puede beneficiarse de sus actos ilícitos no obstante que haya podido provocar un cambio fundamental en las circunstancias.

Un cambio fundamental en las circunstancias es una efectividad que enfrenta la norma con la realidad en ocasiones al grado de requerir una nueva formulación del Derecho, situación que se determina objetivamente mediante una norma de Derecho Internacional que supera los efectos indeseables de la doctrina *rebus sic stantibus* y el subjetivismo voluntarista de las partes restringiéndose así el relativismo de ese orden jurídico.

3.3.- EL JUS COGENS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

En todo sistema jurídico la voluntad esta acotada por normas y principios que los sujetos del mismo no pueden ignorar o modificar a su arbitrio.

Estas normas o principios, prescindiendo de consideraciones axiológicas, en su esencia son nociones o conceptos lógicamente necesarios e indispensables para preservar la existencia del propio orden jurídico y del universo que

³¹ ONU., International Court of Justice: Reports 1973, p. 21.

reglamenta, ante la posibilidad de su negación o destrucción por los sujetos que regula, posibilidad manifiesta en el postulado radical de que “la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos” que llevado al absurdo permitiría convenir, pactar el desconocimiento del Derecho, su negación. De ahí su admisión y valor en el orden legal de tales principios.

Los sujetos del Derecho, reconocen, aceptan los principios como presunciones o premisas lógicas de sustentación del orden jurídico, propiciatorios de su certidumbre; mirando en ellos su carácter de guía que da claridad, solidez y recto sentido a las relaciones entre los sujetos coadyuvando a la preservación del orden de derecho y a la salvaguardia de las condiciones mínimas que permiten y garantizan su propia existencia como sujetos y objetos del Derecho.

Una consideración integral de los principios permite apreciar que a la necesidad lógica funcional de su existencia y de su reconocimiento por el Derecho, se aúna su valor moral intrínseco reconocible y aceptable por la conciencia de todos los hombres como inherentes a la condición humana, por todo lo cual son imperativos.

En el Derecho Internacional existen también normas superiores a la voluntad de los Estados, necesarios para la vida internacional, arraigados en la conciencia de los pueblos, que se refieren a los intereses de la comunidad internacional, a los de toda la humanidad y que por éllo tienen carácter imperativo.

La concepción voluntarista del Derecho Internacional, predominante en el siglo XIX y principios del actual, no admitía restricciones a la voluntad de los Estados para celebrar tratados.

El extremo de esa doctrina lo ilustró el dicho de Jellinek de que “todo acto ilícito internacional ... podría ser elevado al nivel de un acto jurídico si se hace de él el contenido de un tratado”. Otro autor, Brierly, primer relator sobre el Derecho de los Tratados reconocía que en el campo internacional “prevalece una casi completa libertad de contratar”.³²

Para el maestro Antonio de Luna “Hoy resulta insostenible (la concepción contractual) porque el Derecho Internacional se ha universalizado y

³² Jiménez de Aréchaga, op. cit. p. 79.

socializado y porque existen en la actualidad al menos tres grandes concepciones del mundo que es preciso coordinar para realizar una coexistencia pacífica y una cooperación sin las que la humanidad carece de futuro” “se trata de necesidad de orden moral, económico político, etc. indispensable para la existencia misma de una sociedad internacional y, por consiguiente, imperiosas y absolutas; el Derecho Internacional no puede desconocerlas, pues o acaban por imponerse o desaparece la sociedad internacional”.³³

En su primer informe a la Comisión de Derecho Internacional en 1953, Lauterpacht, propuso con el título “Legalidad del objeto de un tratado” como causal de nulidad que “Un tratado o cualquiera de sus disposiciones, es nulo si su ejecución implica un acto ilegal conforme al Derecho Internacional, declarado tal por la Corte Internacional de Justicia y explicaba que “en principio los Estados son libres de modificar por tratados, entre ellos, las reglas del Derecho Internacional consuetudinario. La piedra de toque para saber si el objeto de un tratado es ilícito no es la incompatibilidad pura y simple con las reglas del Derecho Internacional consuetudinario, sino la incompatibilidad con ciertos principios absolutos de Derecho Internacional que pueden ser considerados como constituyendo principios del “orden público internacional.”³⁴

Fitzmaurice que fue el siguiente relator, precisó la causal de nulidad limitándola a los tratados que violaran una regla de “*jus cogens*” señalando la posibilidad de que dos o más Estados convengan aplicar *inter se* una norma o régimen que difiera o se aparte de las normas del Derecho Internacional consuetudinario que tienen el carácter de “*jus dispositivum*”.

Únicamente cuando el tratado suponga eludir o contravenir mandatos o prohibiciones absolutos e imperativos de las normas del Derecho Internacional que tienen el carácter de “*jus cogens* puede haber una causa de invalidez”.³⁵

La Comisión de Derecho Internacional en su Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados al reconocer expresamente la existencia de normas

³³ ONU., De Luna Antonio. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963-I, párrafos 58 a 66, y 1966-I, Iª parte, párrafos 31 a 35.

³⁴ ONU., Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1953, II, p. 154.

³⁵ ONU., Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1958, II, p. 27.

de Derecho Internacional de carácter imperativo y formular una propuesta que se incluyó en la Convención de Viena, admitió que “no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de Derecho Internacional que tenga carácter de *jus cogens*.” y concluía la Comisión que “... no es la forma de una norma general de Derecho Internacional la que le da carácter de *jus cogens*, sino la especial naturaleza de su objeto”.

3.3.1.- Normas de Derecho Internacional general que son imperativas.

La Comisión de Derecho Internacional sostuvo en el Proyecto de Derecho de los Tratados la nulidad de los convenios contrarios a una norma imperativa de Derecho Internacional general sin precisar cuales tienen el carácter de *jus cogens* internacional, y formuló una propuesta de tipo descriptivo, mas que conceptual, del *jus cogens* que, en lo sustancial, se incorporó a la Convención de Viena en el Artículo 53 el cual señala:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, este en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”.

Diversas críticas se han dirigido a la Comisión de Derecho Internacional respecto de la definición que propuso; una corriente estimaba conveniente establecer una lista de las normas de *jus cogens*. Al respecto Roberto Ago que señala que el momento en que se enuncia la norma de nulidad de todo tratado contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional general no es el oportuno para esa precisión, toda vez que las normas de *jus cogens* pueden hallarse dispersas en diversas ramas del Derecho Internacional lo cual requiere una labor de codificación y desarrollo progresivo del Orden internacional que no admite anticipaciones.

Jiménez de Aréchaga advierte que la técnica ejemplificativa que algunos proponían, hubiera obligado a la Comisión a codificar las reglas actuales de

jus cogens y su enumeración “hubiera condenado a una osificación prematura un concepto tan cambiante como este”.³⁶

A juicio del propio autor, la definición no percibe la esencia del *jus cogens*, pues se basa en los efectos jurídicos de la norma y no en la naturaleza intrínseca de la regla imperativa. No es que ciertas reglas sean de *jus cogens* porque no permiten acuerdos en contrario; mas bien, no se permiten acuerdos contrarios a ciertas normas porque éstas poseen el carácter de reglas de *jus cogens*.

En todo caso la Comisión no logró establecer un consenso sobre la determinación del *jus cogens* internacional pues como dijera su Presidente el profesor Bartos “la expresión *jus cogens* no significa lo mismo para todos, respecto de lo que constituye Derecho Internacional en un momento dado”³⁷

La tarea harto difícil de determinar que normas del Derecho Internacional positivo son de carácter imperativo es función que corresponde parcialmente al juez internacional y a los Estados principalmente ya que son estos quienes crean y desarrollan progresivamente el Derecho Internacional, sin embargo, existen divisiones en cuanto a precisar cuales son las normas imperativas superiores a su voluntad.

Los precedentes de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional en la materia son muy limitados. En efecto, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, se abstuvo de cualquier pronunciamiento respecto del *jus cogens* no obstante que en dos ocasiones hubo requerimientos sobre el problema.³⁸

El Tribunal Internacional de Justicia, sin ocasión todavía de pronunciarse en esta cuestión, se ha referido en alguna de sus decisiones a nociones como las de “elementales consideraciones de humanidad”, “principios que obligan a los Estado al margen de todo vínculo convencional”, y “los intereses generales de la humanidad en general”.

³⁶ Cfr. Jiménez de Aréchaga, op. cit. p. 80.

³⁷ Comisión de Derecho Internacional, 705ª Sesión. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1963, Vol. I. Párrafo 70. Igualmente, 851ª Sesión de la VI Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A/C. 6/SR. 851.

³⁸ De Vischer Paul: “Cours général de Droit international” R.C.A.D.I., 1972-II, Vol 136, p.p. 103-104.

En su sentencia de 24 de mayo de 1980, el tribunal destacó “el carácter fundamental” de las obligaciones que el conjunto de reglas internacionales que integran el Derecho diplomático y consular imponían a Irán, por tratarse de un edificio jurídico pacientemente construido por la humanidad en el curso de siglos cuya salvaguardia es esencial para la seguridad y el bienestar de una comunidad internacional tan compleja como actual”.³⁹

El Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la Barcelona Traction en su sentencia de 5 de febrero de 1970 dijo que:

“debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con respecto a otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los intereses en juego, puede considerarse que todos los Estados tiene un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por tanto, las obligaciones en este caso son obligaciones *erga omnes*”.⁴⁰

Esta afirmación del Tribunal es de valiosa utilidad para determinar las normas de *jus cogens* internacional ya que las “obligaciones *erga omnes*” a que alude la sentencia son las derivadas del *jus cogens* internacional; obligaciones que el Tribunal señala:

“resultan, por ejemplo, de la ilegitimidad de los actos de agresión y del genocidio en el Derecho Internacional contemporáneo, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial”.⁴¹

Los principios reconocidos por la Comunidad internacional salvaguardan valores fundamentales para toda la humanidad, protegen intereses no solo de un grupo de Estados sino que importan a toda la comunidad internacional en su conjunto; incluyen la prohibición del uso o la amenaza de fuerza y la agresión; la prevención y represión del genocidio, piratería, tráfico de esclavos, la discriminación racial, el terrorismo o la toma de rehenes.

³⁹ ONU., International Court of Justice: reports, 1980, párrafos 91 y 92 de la sentencia.

⁴⁰ ONU., International Court of Justice: reports, 1970, p. 32.

⁴¹ Idem.

La observancia de esos principios es la conducta debida que de sus Miembros espera la comunidad de Estados y su violación por un Estado afecta a todos.

Conforme a la importancia de preservar los principios es necesario establecer de antemano la sanción preventiva de la nulidad absoluta respecto de uno de sus actos preparatorios como es la conclusión de un tratado por el cual dos o mas Estados convienen la ejecución de actos violatorios de uno de esos principios fundamentales.

El *jus cogens* tiene función protectora de los Estados contra acuerdos celebrados en agravio de ciertos intereses y valores de la comunidad internacional en su conjunto.

La expresión “en su conjunto” no se refiere a una exigencia de unanimidad sino de consenso como lo manifestó el Presidente de la Comisión de Redacción de la Conferencia de Viena sobre los tratados, Embajador Yasseen:⁴²

“No se trata de exigir que una norma sea aceptada y reconocida como imperativa por los Estados de manera unánime. Basta una mayoría muy amplia, lo cual significa que si un Estado rehusa aisladamente aceptar el carácter imperativo de una norma, o bien si dicho Estado es apoyado por un número muy pequeño de Estados, ello no puede afectar a la aceptación y al reconocimiento del carácter imperativo de esa norma por la comunidad internacional en su conjunto”.

La noción de *jus cogens* constituye un avance importante en el Derecho Internacional, significa una perspectiva nueva, una posibilidad de desenvolvimiento. El número de reglas de *jus cogens* puede ser actualmente limitado, sin embargo nuevas reglas pueden ser reconocidas por la comunidad internacional mediante tratados multilaterales o Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que amplíe la noción a nuevas materias.

La propuesta del profeso Roberto Ago, aceptada por la Comisión de Derecho Internacional distinguiendo entre delitos y crímenes internacionales, evoca sin duda la noción de *jus cogens*; planteamiento que la Comisión recogió afirmando que el hecho internacionalmente ilícito “resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la

⁴² Jiménez de Aréchaga: op. cit. p. 81.

salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación esta reconocida como un crimen internacional”.⁴³

La Comisión precisó que un crimen internacional puede resultar de una violación grave de un obligación internacional de importancia esencial para : el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión; la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos; la prohibición del establecimiento o mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; la salvaguardia del ser humano; la prohibición de la esclavitud, el genocidio o el apartheid; la salvaguardia y la protección del medio humano, o los que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.⁴⁴

La aceptación de la noción de *jus cogens* ha sido progresiva, desplegándose en campos diversos; así, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, tomando en cuenta una propuesta de la Delegación Chilena tendiente a consagrar expresamente el carácter de *jus cogens* del patrimonio común de la humanidad aplicado a la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos, en su artículo 311 dispone que:

“los Estados partes en esta Convención, convienen en que no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad establecido en el artículo 136 y en que no serán partes en ningún acuerdo contrario al mismo”.

No existe organización internacional con autoridad para definir que normas son de *jus cogens*. La imprecisión y dificultades para calificar los casos prácticos de tratados violatorios del “*jus cogens*” motivó en la Convención de Viena una solución de compromiso, para obtener el consenso, estableciendo la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia sobre la aplicación o la interpretación, de los artículos 53 y 64 de la Convención, en el marco de los procedimientos de solución pacífica de controversias que prevé el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas.

El *jus cogens*, en su contenido específico es modificado por el desarrollo del Derecho y la moral internacional; es una noción evolutiva y expresamente el

⁴³ ONU., Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1976, vol. III, 1ª parte.

⁴⁴ Idem.

artículo 53, prevé la posibilidad de su modificación “ por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tengan el mismo carácter”.

La Convención de Viena considera también el *jus cogens superveniens* en su artículo 64 que señala “si surge una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

3.3.2.- La prohibición de la agresión o la amenaza de fuerza como norma imperativa

Consagrada en el artículo 2o. párrafo 4 de la Carta de las Naciones Unidas, la prohibición de la agresión esta unánimemente considerada como norma de *jus cogens* y constituye su ejemplo mas evidente; sin embargo cuestiones de orden político e ideológico le restan certidumbre y ponen de relieve la problemática que enfrenta este principio.

La Carta de las Naciones Unidas complementa la prohibición de recurrir a la fuerza o a la amenaza de fuerza, centralizando el uso legal de la fuerza en el Consejo de Seguridad para los supuestos de agresión, ruptura o amenazas a la paz.

La Carta establece un mecanismo de acción colectiva en el cual corresponde al Consejo de Seguridad, exclusivamente, determinar la existencia de alguno de los supuestos y recomendar o decidir las medidas para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

El sistema de seguridad colectiva previsto por la Carta, se configura como conjunto de las obligaciones de los Estados Miembros y tiene como supuesto básico la unanimidad de las Grandes Potencias, esta condicionado por el derecho de veto de esas Potencias, miembros permanentes del Consejo de Seguridad así como por el consentimiento y la voluntad de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, en cuanto a las facilidades y ayudas como el derecho de paso y la puesta a disposición del Consejo de Seguridad de fuerzas armadas nacionales en el caso de medidas colectivas que impliquen el uso de la fuerza armada.

El capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas no constituye un auténtico sistema de seguridad colectiva puesto que sólo podría funcionar si las

Grandes Potencias estuviesen dispuestas a cooperar entre sí y, en los hechos, no han mostrado ese ánimo de cooperación y obrar de consuno.

La inoperancia de los postulados en que se finca el sistema de seguridad establecido en la Carta de las Naciones Unidas explica la revalorización del artículo 51 que autoriza el uso de la fuerza por los Estados en su legítima defensa; la tendencia a ampliar lo supuesto en los que el derecho de legítima defensa preventiva individual o colectiva es procedente; la pretensión de algunos Estados de que la Carta no ha derogado el derecho de autoprotección o autotutela o derecho de los Estados a recurrir a la fuerza para la protección de sus derechos violados arbitrariamente por otro Estado.

En ese contexto también se presentan las discrepancias sobre la interpretación del término fuerza en Derecho Internacional. El término ha sido objeto de debate en cuanto al alcance del mismo, que para algunos debe limitarse a la fuerza armada, en tanto que otros incluyen la presión, económica, política o de otra índole.

En favor de una interpretación amplia del término fuerza se han aducido diversas razones tales como: el número de Estados que la aceptan; su reconocimiento en documentos internacionales; la peligrosidad de las presiones económicas y políticas; el término fuerza es referido en la Carta en forma genérica sin adjetivo alguno por lo que cabe interpretarlo ampliamente; en los trabajos preparatorios de la Conferencia de San Francisco no se manifestó oposición a una interpretación amplia del término fuerza, y el rechazo de la propuesta de Brasil de adicionar las presiones económicas prueba que se consideró innecesaria la referencia toda vez que en el artículo 2º párrafo 4 se emplea la palabra fuerza en amplio sentido.

Otros Estados, principalmente occidentales, han sostenido que en el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta la palabra fuerza significa únicamente fuerza armada, siendo inaceptable una formulación del principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza que alterase el significado dado al término fuerza en la Carta e igualmente es improcedente intentar hacerlo extensivo a las presiones económicas, políticas o de otra índole.

El preámbulo de la Carta en su párrafo séptimo da sustento a la afirmación anterior, al señalar como uno de los medios de alcanzar las finalidades establecidas por los pueblos de las Naciones Unidas, el de "asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se

usará la fuerza armada sino en servicio del interés común”, principio fundamental contenido en el artículo 2, párrafo 4 de la Carta, y los métodos adoptados para asegurar el logro de esas finalidades son aquellos indicados en los artículos 43 a 47 del propio Ordenamiento, relativos todos a la fuerza armada.

Tales presiones o algunas de sus formas son violaciones del Derecho Internacional y de la Carta que deben tratarse en el contexto del principio de no intervención y han argumentado que el sólo planteamiento de Brasil y el rechazo del mismo era prueba de la restricción del término fuerza a su expresión armada; una interpretación amplia presupone la reforma de la Carta lo cual debe hacerse conforme al procedimiento previsto en su artículo 108; interpretar ampliamente el término fuerza implicaría una interpretación también mas amplia del derecho de defensa propia establecido en el artículo 52 aunque la protección ahí prevista debe aplicarse únicamente en caso de amenaza o uso ilegítimo de fuerza armada.

El principio de la prohibición del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales de los Estados que establece la Carta, fue solemnemente reiterado por la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, relativa a la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y hoy es, sin duda, una norma de *jus cogens*, regla general de Derecho Internacional que obliga a todos los Estados, miembros y no miembros de las Naciones Unidas.

La propia Declaración en su preámbulo se refiere al “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”. La Carta se refiere únicamente al uso o amenaza de fuerza armada, en consecuencia los otros tipos de presión a que alude la Declaración se consideraron violaciones al principio de No intervención.

Stone ha sostenido que lo que la Carta prohíbe “no es el uso de la fuerza como tal, sino el empleo 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”.⁴⁵

El artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas presenta algunos problemas de interpretación, particularmente la frase “Contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado” y una corriente de Estados pretende inferir de ese párrafo algo de la discrecionalidad que antes ejercían los Estados soberanos con relación al recurso a la fuerza armada.

El Reino Unido de la Gran Bretaña en alguna medida planteó esta interpretación en el asunto del Canal de Corfú al sostener ante el Tribunal Internacional de Justicia que el barrido de minas realizados por su flota en aguas albanesas no contravenía la disposición mencionada porque la acción “no amenazó ni la integridad territorial ni la independencia política de Albania. Albania no sufrió por ello ni pérdida territorial ni parte alguna de su independencia política”⁴⁶

El Tribunal rechazó la pretensión de calificar la operación como un medio de auto protección o de defensa propia y en su sentencia de 9 de abril de 1949 afirmó que:

“La Corte no puede admitir semejante sistema de defensa. El pretendido derecho de intervención no puede ser considerado por el Tribunal más que como manifestación de una política de fuerza, que en el pasado ha dado lugar a los mas graves abusos y que, cualquiera que sean las deficiencias del sistema actual de Organización Internacional, no encuentra lugar alguno en el Derecho Internacional. La intervención es quizá menos aceptable en la forma particular que presenta en este caso, puesto que reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más poderosos podría llevar fácilmente a quebrantar la misma administración de justicia internacional”.⁴⁷

Análogamente, las palabras finales del precepto citado: “...o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas” han sido interpretados en el sentido de que la Carta no prohíbe el uso de la fuerza como tal, sino su empleo en una forma incompatible con los propósitos de las

⁴⁵ Aggression and World Order, p. 43, cit. por Carrillo Salcedo op. cit. P.218

⁴⁶ ONU., International Court of Justice: Corfú Channel Case, Pleadings, 1949, Vol. III p. 296.

⁴⁷ ONU., International Court of Justice: Reports, 1949 p. 35.

Naciones Unidas. Por consiguiente, se ha pretendido que el uso de la fuerza para proteger los derechos humanos o de la libre determinación de los pueblos, los cuales son propósitos expresos de las Naciones Unidas, no constituiría una violación de la prohibición general del recurso a la fuerza.

La Carta, no obstante, establece la primacía del mantenimiento de la paz, en consecuencia todos los demás propósitos de las Naciones Unidas deben subordinarse al propósito señalado en el artículo 1, párrafo 1, que es “mantener la paz y la seguridad internacionales”.

La Corte así lo ha interpretado, diciendo:

“... el lugar primario asignado a la paz y seguridad internacionales es natural, ya que el cumplimiento de los demás propósitos depende del logro de esta condición básica”⁴⁸

Con excepción de la legítima defensa todo recurso a la fuerza no es compatible con el propósito esencial de las Naciones Unidas y está prohibido por el artículo 2, párrafo 4, de la Carta.

Por otra parte debe tomarse en consideración que la Carta preserva el derecho de revolución, en consecuencia si la intención ha sido afirmar el derecho de los pueblos a emplear la fuerza para determinarse libremente, la propuesta no es necesaria; además, sería inaceptable dentro del concepto de legítima defensa colectiva a que se refiere el art. 51 facultar a terceros Estados a emplear la fuerza contra otros Estados pretextando autodefensa a virtud de apoyar el ejercicio del derecho de libre determinación por algún pueblo. Esto significaría ampliar ilimitadamente lo previsto por el numeral citado y modificaría de facto la Carta.

Conforme a los antecedentes relativos, las limitaciones del uso de la fuerza fueron propuestas en los trabajos preparatorios de la Carta de las Naciones Unidas por un grupo de Estados medianos y pequeños con el fin de reforzar la prohibición y asegurar que, salvo el caso de legítima defensa, no hubiera resquicios que permitieran el empleo lícito de la fuerza. También, en su oportunidad, el Comité Especial que preparó la Resolución 2625, consideró la frase final del artículo 2 párrafo 4 de la Carta como una limitación de la acción del Estado y no como una cláusula de escape.

⁴⁸ ONU., *International Court of Justice: Reports*, 1962, p. 164.

Las intervenciones de carácter humanitario que se aducen como ejemplos que justificarían el uso de la fuerza de manera compatible con los propósitos de las Naciones Unidas, en opinión del maestro Jiménez de Arechega, el objetivo humanitario no legítima la intervención, sólo pudiera en algún caso ser atenuante o eximente de la responsabilidad internacional que la intervención produjera. “La prueba de que tal acción no constituye el ejercicio de un derecho inmanente es que si el Estado territorial se opone por la fuerza a esa intervención, no incurre en responsabilidad internacional alguna por las pérdidas o daños sufridos por el Estado interventor”.⁴⁹

En el pasado reciente las acciones de represalias armadas no se estimaron violatorias del Pacto de la Sociedad de Naciones por no constituir un Estado de guerra; en el Derecho Internacional actual son ilegítimos.

Conforme a la Carta y a la Resolución 2625 de la Asamblea General que codifica diversos pronunciamientos del Consejo de Seguridad a este respecto, disponiendo que “los Estados tienen el deber de abstenerse de actos de represalias que impliquen el uso de la fuerza”.

El derecho inmanente de legítima defensa es regulado en el artículo 51 de la Carta, el cual condiciona el surtimiento de la hipótesis de defensa propia a la existencia de una situación de hecho: el ataque armado contra el Estado que invoca y ejerce el derecho de legítima defensa. La fuerza sólo es permitida contra la fuerza.

Lo anterior no significa que deba esperarse que el ataque armado se lleve a cabo a fin de utilizar legítimamente la fuerza en auto defensa, es suficiente que se haya iniciado el ataque armado.

En el caso de las armas nucleares, dadas sus características, es posible que los meros actos conducentes a su utilización efectiva tales como su despliegue y emplazamiento estratégico en forma ilegítima o clandestina, puedan ser consideradas por las potencias que las poseen, mediante acuerdos entre ellas o entendimiento tácitos, como acciones equiparables a un ataque armado o autoricen ciertos actos limitados de interferencia con la navegación en alta mar.

⁴⁹ Ibidem. p. 114.

Con la Carta de las Naciones Unidas la prohibición de la fuerza y, en consecuencia, la legitimidad de la defensa propia, quedaron establecidos como nociones jurídicas correlativas y, en tal virtud, para ejercer la legítima defensa un Estado debe cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 51 de la Carta, precepto que al propio tiempo permite armonizar la función defensiva de los pactos regionales con las facultades del Consejo de Seguridad.

Las normas de *jus cogens* son excepcionales en Derecho Internacional, no obstante, constituyen la acotación más importante a la apreciación voluntarista de los Estados en cuanto a lo que es o no vinculatorio para ellos; tanto es así, que las disposiciones relativas a la imperatividad de esta noción contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados acreditan su trascendencia.

CAPITULO 4

EL NUEVO DERECHO DEL MAR Y LA SOBERANIA

Nada de tan antiguo vinculado a las relaciones entre los Estados y su regulación jurídica como el Mar, nada hoy tan profundamente transformado, con visión hacia el futuro, en el Derecho Internacional como el Derecho del Mar al punto de calificársele de nuevo. Para muchos el mar es la cuna del Derecho Internacional, por lo mismo, no es extraño que en él se gesticule su renovación hacia un auténtico *jus gentium*.

La Convención de Jamaica de 1982 fue antecedida por la Conferencia de La Haya y dos conferencias más. La de 1930, fallida en su intento de codificación y desarrollo progresivo de la Norma del Mar, confió esa tarea a la Comisión de Derecho Internacional cuyos trabajos dieron lugar a la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Ginebra en 1958 que adoptó convenciones sobre el mar territorial y zona contigua, altamar, pesca y conservación de recursos y plataforma continental. La II Conferencia se reunió también en Ginebra en 1960, resultando en fracaso.

Los nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización cuestionaron normas y acuerdos internacionales en cuya formulación no habían participado, además el notable desarrollo tecnológico y científico, hizo posible la pesca intensiva y la explotación de recursos del fondo del mar induciendo a una revisión de las normas consuetudinarias y convencionales del Derecho Internacional del Mar.

Una convicción compartida por los países ribereños en desarrollo era la necesidad del cambio de las estructuras político-jurídicas de los espacios marinos para la viabilidad de las Empresas marítimas ribereñas y de la asistencia técnica que propiciara nuevas relaciones y equilibrios con las potencias industriales.

La Asamblea General en su convocatoria a la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispuso como propósitos:

“...el establecimiento de un régimen equitativo –incluido un mecanismo internacional para la zona y los recursos de los fondos marinos y oceánicos, y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional -, de la definición precisa de la zona y una amplia gama de cuestiones conexas, en especial las relacionadas con los regímenes de la alta mar, la plataforma continental (incluida la cuestión de su anchura y de los estrechos internacionales) y la zona contigua, de la pesca y conservación de los recursos vivos (incluida la cuestión de los derechos preferenciales de los Estados ribereños), de la protección del medio marino (incluida, entre otras, la prevención de la contaminación) y de la investigación científica”.

Es así que el nuevo Derecho del Mar considera nuevas zonas de jurisdicción nacional (la zona económica exclusiva y las aguas archipelágicas); nuevas definiciones de conceptos ya existentes como la plataforma continental, mar territorial y el paso del tránsito por los estrechos; destacando el nuevo concepto del área internacional de fondos marinos como patrimonio común de la humanidad. Asimismo, prevé la creación de nuevos organismos internacionales, en particular la Autoridad de los Fondos Marinos y el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar y mecanismos obligatorios de solución de controversias

En el Derecho Del Mar la soberanía territorial y la jurisdicción nacional desempeñan una función clave, así se advierte en la aceptación de la anchura de doce millas de mar territorial, de las doscientas millas de zona económica exclusiva, de la zona contigua, en la nueva definición de la plataforma continental.

El Maestro Carrillo Salcedo sostiene la ruptura del principio tradicional de la libertad de los mares, casi absoluto, a partir de la Convención de Jamaica habiendo ocurrido “una verdadera revolución en la reglamentación jurídica del medio marino ya que el 35% de las superficies marítimas, y la práctica totalidad de los recursos vivos y de las reservas petrolíferas existentes en el medio marino, han quedado sometidas a competencias estatales, a la jurisdicción de los Estados”.¹

¹ Carrillo Salcedo Juan Antonio, “El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio”, Primera ed. Edit Tecnos, Madrid 1984. p. 215.

en 1942, la nueva conformación del espacio marino ha dado origen a un centenar de acuerdos desde 1972.²

Las negociaciones bilaterales o multilaterales enfrentan un conjunto de problemas, entre otros; las diferencias en la configuración de la línea de la costa, la existencia de islas, rocas o promontorios que emergen en alta mar, la distribución de recursos, etcétera.

Asimismo, en los últimos 25 años la mayoría de las sentencias de casos de jurisdicción internacional sometidos a la Corte Internacional de Justicia y a Tribunales Arbitrales, están referidos a problemas de límites fronterizos marinos.

La regulación de la delimitación marina entre los Estados está en proceso de formación, principalmente merced a la jurisprudencia internacional, sin que "... se haya ya formado un *corpus* tan consistente como para consentir a la individualización de reglas generales suficientemente, precisas y consolidada, en la práctica internacional".

El prototipo del derecho de toda delimitación marítima es el relativo a la plataforma continental aun cuando, de inicio, no sea evidente que la delimitación del mar territorial, la plataforma y la zona económica exclusiva, deban corresponder a los mismos principios y reglas de derecho pues por su objeto propio se aplican a jurisdicciones de diversa índole jurídica.

La delimitación debe efectuarse conforme a los criterios de equidad mediante la aplicación de métodos prácticos apropiados para garantizar, según la configuración geográfica regional y demás circunstancias específicas del caso, un resultado equitativo.

4.1.1.1.- Supuestos de delimitación

4.1.1.1.1.- Espacios marinos internacionales

La delimitación de los espacios marinos puede referirse a un espacio internacional colindante, cuando el Estado ribereño ha desplegado su

² Gómez Robledo V. Alonso, "Jurisprudencia Internacional en Materia de Delimitación Marítima", Primera ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1989, p. 15.

4.1.- JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO

4.1.1.- La delimitación marítima

La soberanía territorial de los Estados nacionales ribereños comprende los espacios terrestres y marinos; sus límites deben ser claros y precisos en tanto ámbito en el que ejercen su competencia y potestad exclusiva con los consecuentes derechos y responsabilidades que comporta, de ahí la importancia de establecer sus límites.

En el Derecho del mar tradicional, los problemas técnicos de las delimitaciones de zonas marítimas en la mayoría de los casos eran de solución sencilla. Así, los conflictos y negociaciones por los espacios se referían a fronteras terrestres, no a las marítimas, con excepciones escasas.

La línea de delimitación lateral del mar se internaba pocas millas desde la costa y las líneas de base para su mensura, generalmente seguían su configuración.

La atribución de espacios marinos con base en territorio insular no significaba mayores problemas pues los intereses eran limitados como incipiente era el aprovechamiento del lecho y el subsuelo del mar y la actividad pesquera distaba mucho de su relevancia actual.

Con el Nuevo Derecho Del Mar la problemática se complica, la delimitación marítima entre Estados vecinos o laterales, va más allá de las tres, seis o doce millas, llegando, en algunos casos de plataformas marítimas muy amplias, a sobrepasar las 200 millas.

Los intereses en juego son hoy en día muchos y de enorme importancia económica; límites marinos antes laterales, ahora, por su longitud y configuración costera a la que se refieren, son frontales; Estados situados a menos de 400 millas se han convertido en vecinos con problemas de delimitación.

Consecuencia de ello es el creciente número de acuerdos con fines de delimitación marítima, a partir del primero suscrito por Inglaterra y Venezuela

soberanía o jurisdicción sobre la mar sin encontrarse con espacios de mar que pretende otro Estado o, tratándose de estos espacios, cuando los derechos de dos o más Estados costeros deban ajustarse a una superficie insuficiente para satisfacer cabalmente sus supuestos derechos.

Un espacio marino internacional es delimitado automáticamente cuando el ribereño, generalmente en forma unilateral, ejerce el derecho a establecer un espacio de mar bajo su soberanía o jurisdicción, o en el caso de la plataforma continental, la verifica, precisando su anchura y la línea de base para su mensuración.

La comprobación de la correcta aplicación de las normas que fundan el ejercicio de sus derechos por los ribereños al delimitar unilateralmente los espacios marinos, no es competencia de órgano internacional alguno, por lo que son los otros Estados y, en su caso, la Autoridad Internacional de Fondos Marinos, los que pueden protestar y objetar los actos que estimen contrarios a Derecho, dando lugar a su inoponibilidad por no ser producto de un acuerdo.

4.1.1.1.2.- Espacios marinos interestatales.

La delimitación entre Estados ribereños vecinos cuya frontera terrestre llega hasta el mar, se denomina lateral y se le llama frontal a la delimitación marina referida a espacios entre costas enfrentadas; generalmente ocurre entre Estados sin vecindad terrestre, pero también puede presentarse entre Estados vecinos según la configuración de la costa, o bien, una delimitación lateral puede transformarse en frontal.

La delimitación entre estados costeros colindantes plantea mayores problemas que la referida a zonas internacionales de mar, pues ningún Estado acepta que la mensuración de su soberanía o jurisdicción quede a la acción unilateral de su vecino.

La Corte Internacional de Justicia en el caso de la delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte, a partir de la unanimidad existente sobre este punto, señaló la obligación de negociar de buena fe, "los Estados interesados en la delimitación deben esforzarse *bona fide* en establecerla de mutuo acuerdo".³

³ International Court of Justice. Reports, 1969, p. 53.

Es una obligación jurídica negociar de buena fe para efectuar una delimitación convenida; así, la búsqueda del Acuerdo es norma básica en los convenios de codificación y desarrollo del Derecho del Mar, tanto en el Convenio de Ginebra sobre Mar Territorial, como en el Convenio sobre Plataforma Continental, y en la Convención de 1982. Por virtud de esa norma, las delimitaciones unilaterales son inoponibles a los demás Estados.

La delimitación de una misma plataforma continental contigua al territorio de dos o más Estados con costas enfrentadas, en ausencia de otro acuerdo, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1958, deberá determinarse según la *línea media* cuyos puntos sean todos equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base desde donde se mide la anchura del mar territorial. Este método puede ser inaplicable, cuando se trate del mar territorial o de la plataforma continental, si existen “circunstancias especiales”, o títulos históricos tratándose del mar territorial, que aconsejen otro método.

A falta de otro acuerdo entre las partes, o de circunstancias especiales, el propio principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base, es aplicable a la delimitación de la plataforma continental adyacente al territorio de dos Estados limítrofes.

Las normas de Ginebra retornan al punto de inicio, es decir, la búsqueda del acuerdo, sin remediar su ausencia; se inclinan por la aplicación subsidiaria de la equidistancia en superficie, pero este método no es imparcial, favorece o perjudica a los Estados según la configuración de sus costas o por la presencia y ubicación de islas, arrecifes o bajos.

La III Conferencia sobre Derecho del Mar, fue escenario de las divergencias entre la corriente que privilegiaba el método de la equidistancia, demeritando el elemento de las “circunstancias especiales” y el grupo favorable a los principios equitativos opuesto a cualquier consideración de la equidistancia.

Con el método de la equidistancia, según sus partidarios, la relación geográfica de mayor relevancia entre la zona marítima y las costas es la “proximidad”. Por su parte, los Estados postulantes de los “principios equitativos” pretendían que en el proceso de delimitación se consideraran todos los aspectos de la relación geográfica entre el área marítima y las costas de los respectivos Estados, tomando en cuenta, desde luego, la proximidad pero sin limitarse al mismo.

Es entendible que las potencias marítimas de siempre, usufructuarias exclusivas de la llamada libertad de los mares, aparezcan hoy como adalides de un "internacionalismo" que postulan como posición progresista, *versus* el conservadurismo "territorialista" de los Estados ribereños.

No obstante, la propia Convención estableció límites a la voluntad de los Estados ribereños y a las características de sus derechos soberanos aún en aguas de jurisdicción nacional, mediante el régimen de los fondos marinos internacionales cuya titularidad de derechos corresponde a la humanidad, los derechos de los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa y el sometimiento obligatorio a mecanismos de solución de controversias.

Ambas posturas incurren en el mismo error: pretender jerarquizar o subordinar entre sí los elementos referidos; adicionalmente, en el caso de la equidad, como es observable en la práctica, la aplicación del método de la equidistancia con frecuencia resulta en soluciones equitativas. En numerosos acuerdos de delimitación se ha tomado como criterio básico la línea trazada conforme al método de la equidistancia, conviniendo también los ajustes para la consideración de circunstancias específicas como islas u otras peculiaridades.

La jurisprudencia acredita que en materia de delimitación, la regla “equidistancia – circunstancias especiales” y “los principios equitativos”, en la realidad convergen, apuntando al encuentro de soluciones de equidad, y la controversia en torno de los principios equitativos carecía de trascendencia jurídica siendo más de índole política.

Los artículos 74 y 83, relativos a la delimitación de la zona económica exclusiva y a la de la plataforma continental, respectivamente, con igual redacción, son una disposición adoptada por la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la Convención de Jamaica de 1982, los cuales establecen que:

“La delimitación de la plataforma continental (o zona económica exclusiva) entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho Internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa”.

La disposición tiene como características esenciales, primeramente, que la delimitación debe llevarse a cabo por acuerdo; en segundo término, efectuarse de conformidad con las reglas del Derecho Internacional señaladas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, primordialmente el derecho consensual y la costumbre; finalmente, acuerdo y reglas de derecho a las que se ajuste, deben confluir en una solución equitativa.

Cuando los Estados interesados no concluyan algún acuerdo dentro de un plazo razonable, deben recurrir a los medios pacíficos de solución de controversias internacionales como son: Tribunal del Derecho del Mar, Corte Internacional de Justicia, Arbitraje, u otro medio previsto por el artículo 33 de la Carta.

Dos méritos concurren en la disposición en comentario: su muy amplio consenso y su elusión del estéril debate sobre la equidistancia remitiendo a las reglas del Derecho Internacional, convencionales o consuetudinarias, sin especificarlas ni detallar su contenido. Tales virtudes, que propiciaron su aceptación general, constituyen también su inconveniente al dar lugar a la inseguridad jurídica habida cuenta de la vaguedad de los “principios y soluciones equitativas”:

4.1.1.2.- Los métodos de delimitación

La precisión de la delimitación en su aspecto operativo por el cual define la extensión específica de la zona que se delimita, el señalamiento de las líneas de base desde las cuales la zona será determinada, que también conlleva la precisión de los límites exteriores de dicha zona, depende del método que se utilice, a elección de las partes, o por señalamiento jurisdiccional, conciliación, arbitraje, etcétera.

En el año de 1953, un Comité de Expertos de la Comisión de Derecho Internacional, encargado de estudiar aspectos técnicos relativos al mar territorial, analizó jurídicamente la problemática de su delimitación.

El Comité planteó interrogativamente alternativas diversas como son: la prolongación de la frontera terrestre; una línea perpendicular a la costa partiendo del lugar en donde la frontera terrestre llegue al mar; o la línea perpendicular a partir del punto citado pero siguiendo la dirección general de la costa; una línea mediana y, en este caso, se preguntaba el Comité como sería su trazo.

El Comité se pronunció porque en el caso de que las Partes no la hubieran fijado de otra manera, la frontera lateral entre las aguas territoriales de Estados contiguos debería ser trazada conforme al principio de la equidistancia de la costa, de una parte y, de otra, del punto de convergencia de la frontera. En el supuesto de que esa solución no fuera equitativa, la misma debería encontrarse en el curso de las negociaciones.

Línea media y línea de equidistancia son términos sinónimos en cuanto que ambos son resultantes de un mismo método geométrico. La línea de equidistancia entre dos puntos cualesquiera de un mismo plano, llega a ser la

bisectriz de la perpendicular de una línea que une a todos ellos. Este principio geométrico está comprendido dentro del concepto de la línea media.

La delimitación de muy diversas situaciones geográficas puede ser resultado con este método: Estados con costas enfrentadas o adyacentes entre sí, aún pudiendo presentarse islas y otras formaciones o características en la proximidad de las líneas de base.

La práctica internacional acredita que en muchas ocasiones los trazados adoptados son delimitaciones efectuadas conforme al método de la equidistancia que en el curso de las negociaciones se corrigen y modifican según las necesidades específicas hasta llegar a un resultado equitativo.

La delimitación se hace a partir de líneas de base situadas en las costas, proyectando las líneas perpendiculares desde el punto medio de aquellas, y dirigiéndolas en forma recta hacia los puntos equidistantes más próximos de las costas de los Estados ribereños involucrados; puntos y trazos que cartográficamente se representan con signos convencionales universalmente reconocidos y se precisan mediante las coordenadas geográficas respectivas.

La Corte Internacional de Justicia y los Tribunales de Arbitraje han inspirado su jurisprudencia en la tesis de que el Derecho Internacional General no establece imperativamente ningún método único de delimitación. Lo que tiene sustento en las normas internacionales generales es que la delimitación se realice conforme a criterios equitativos teniendo en cuenta las circunstancias del caso para acceder a una solución equitativa.

4.1.1.3.- Concepto y función de la delimitación

Una solución equitativa consiste en una solución que corrige, cuando es necesario, ciertos accidentes o particularidades geográficas que, sin ser esenciales, de tomarse en cuenta, producirían un resultado inequitativo.

La Corte Internacional de Justicia conoció de ciertas divergencias entre el Reino de Dinamarca y la República Federal de Alemania y entre ésta y el Reino de los Países Bajos, que le fueron sometidas por las Partes, respecto de la delimitación, establecida mediante sendos compromisos, en cuanto a zonas de la plataforma continental del Mar del Norte pertenecientes a ellas, con

excepción de las zonas inmediatas a las costas que ya habían sido delimitadas anteriormente.

El planteamiento a la Corte se refiere a zonas de la plataforma que prolongan mar adentro de las zonas ya delimitadas, a fin de que esta señale “cuáles son los principios y reglas de Derecho Internacional aplicables”, correspondiendo a las Partes la tarea de establecer efectivamente los límites prolongados de que se trata, operaciones de la delimitación que llevaran a cabo de conformidad con la determinación de la Corte sobre los principios y normas internacionales propios del caso.

El problema se suscita por la costa cóncava o entrante de Alemania sobre el Mar del Norte, disposición que al aplicar el método de la equidistancia tiende a encorvar las líneas de delimitación hacia la concavidad y, por consecuencia, dos líneas de equidistancia se reencuentran a poca distancia de la costa, tomando el área de la plataforma que encierra forma triangular, con el vértice dirigido hacia el mar, lo que priva al Estado costero de zonas de plataforma localizadas fuera del triángulo.

Por el contrario, si la costa presenta saliente, o su configuración es convexa, las líneas de equidistancias se separan una de la otra y la zona de plataforma localizada frente a esa costa tiende a irse ampliando, tal es el caso en alguna medida de Dinamarca y los Países Bajos.

El maestro Gómez Robledo Verduzco, señala que la delimitación “es una operación consistente en determinar los límites de una zona dependiente ya del Estado costero, y no en una operación que pretendiera definir esa zona de novo”.⁴

La Corte en su sentencia sobre el caso señaló:

“Delimitar de una manera equitativa es una cosa, pero otra muy diferente es la de atribuir una parte justa y equitativa de una zona todavía no delimitada, aun cuando el resultado de las dos operaciones fuera en ciertos casos comparable, o incluso idéntico”.⁵

⁴ Op. Cit. p. 32.

⁵ Corte Internacional de Justicia, Caso de la Plataforma del Mar del Norte, Informe 1969.

El criterio de la Corte se aparta de la doctrina de “la parte justa y equitativa” al considerar como la primordial de las normas relativas a la plataforma continental: “los derechos del Estado ribereño concernientes a la zona de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio bajo el mar existen *ipso facto et ab initio*, en virtud de la soberanía del Estado sobre dicho territorio y por una extensión de tal soberanía bajo la forma del ejercicio de derechos soberanos a los fines de la explotación del lecho del mar y de la explotación de sus recursos naturales”.

“Existe ahí un derecho inherente, por lo cual no existe necesidad alguna para ejercerlo de seguir un proceso jurídico particular, ni de llevar al cabo actos jurídicos especiales; su existencia puede ser constatada, pero no por ello supone ningún acto constitutivo; dicho derecho es independiente de su ejercicio efectivo”.

“En realidad, el título que el Derecho Internacional atribuye *ipso iure* al Estado ribereño sobre su plataforma continental procede del hecho que las zonas submarinas en cuestión pueden ser consideradas como siendo verdaderamente parte del territorio sobre el cual el Estado ribereño ejerce ya su autoridad: se puede decir que aun cuando recubiertas de agua, dichas zonas son una prolongación, una continuación, una extensión de dicho territorio bajo el mar”.

La llamada Proclama Truman de 1945, recordaba la Corte, prevaleció sobre las demás doctrinas al afirmar que el Estado ribereño poseía un derecho originario, natural y exclusivo, en suma, un derecho adquirido sobre la plataforma situada frente a sus costas, y enunciando que la línea de delimitación debía ser determinada por los Estados interesados conforme a principios equitativos.

Como afirma Jiménez de Arechega,⁶ la proclama, y su aceptación por otros Estados originó un uso que aunque basado en actos unilaterales, adquirió la validez de un principio de Derecho Internacional. La Corte Internacional de Justicia declaró en 1969 que los primeros artículos de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la plataforma continental constituyen normas de derecho consuetudinario. Esos artículos reconocen al Estado ribereño “derechos de soberanía sobre la plataforma continental...”, exclusivos y en

⁶ Op. cit. p. 255.

forma independiente “de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa”.

El principio de la soberanía es reconocido absolutamente por el Derecho Internacional en cuanto su asiento territorial para efectuar la delimitación. La obligación de que dicha operación se lleve a cabo mediante acuerdo entre los Estados costeros involucrados, pone de manifiesto el respeto a la igualdad soberana de los Estados.

El propio concepto de delimitación, parte del reconocimiento de la soberanía al aceptar la dependencia primaria de la zona respecto del Estado costero; se trata de determinar los límites, no de atribuir o asignar el área. La delimitación tiene por objeto constatar, no constituir derechos, estos se poseen por virtud de la soberanía, son una consecuencia lógica natural de esta.

4.1.2.- LOS ESPACIOS MARINOS BAJO LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

La clasificación jurídica tradicional del océano: Mar territorial – Alta mar, resulta insuficiente ante las necesidades taxonómicas de la pluralidad de espacios y regímenes legales convenidos por los Estados ribereños como consecuencia de las dimensiones estratégicas y económicas que hoy caracterizan a la Mar, merced al desarrollo tecnológico.

En principio, es posible diferenciar en forma general entre espacios bajo la jurisdicción del Estado ribereño: aguas interiores, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental, incluida la residual, y aguas archipelágicas en el caso de los archipiélagos; y espacios situados más allá de la jurisdicción nacional: Alta Mar y Zona Internacional de Fondos Marinos y Océánicos.

4.1.2.1.- Aguas interiores y mar territorial

4.1.2.1.1.- Las aguas interiores

Las “aguas interiores”, son las aguas comprendidas dentro del territorio terrestre, así como las aguas marítimas situadas del lado de tierra de las líneas de base no archipelágicas: lagos, ríos, puertos, radas, bahías internas.

Son un espacio marino sometido plenamente a la soberanía del Estado ribereño tal como lo es el territorio terrestre, hasta donde la condición natural lo permita y se encuentra bajo un régimen jurídico diverso al del mar territorial, principalmente por la inaplicabilidad del “derecho de paso inocente” en las aguas interiores.

Cabe señalar, sin embargo, que la Convención de 1982 dispone que en los casos en que el trazado de la línea de base recta tenga por efecto encerrar como aguas interiores aquellas que anteriormente no se consideraban como tales, existirá en ellas un derecho de paso inocente.

El caso de las pesquerías anglo-noruegas fue ocasión para que la Corte admitiera por primera vez la aplicación de las aguas interiores al reconocer la validez del método de líneas de base rectas adoptado por Noruega para mensurar su mar territorial, ratificó paralelamente la incorporación de aguas situadas más acá de las líneas de base, a las aguas interiores.⁷

El trazo de líneas de base recta, con la posibilidad consiguiente de incorporar porciones de mar a las aguas interiores, debe cumplir con una serie de requisitos:

Estas líneas deben trazarse en los lugares en que la costa tenga profundas aberturas o escotaduras o en las que haya una franja de islas situadas en su proximidad inmediata debiendo, en este último caso, utilizar una única isla como punto de apoyo, posibilidad avalada por la práctica de los Estados. Lo anterior lo establece el artículo 7, párrafo 1 de la Convención de 1982 como anteriormente lo previó el artículo 4, párrafo 1 de la Convención de Ginebra.

⁷ Corte Internacional de Justicia, *Pesquerías, Gran Bretaña vs. Noruega*, sentencia de 18 de diciembre de 1951, Reports 1951.

El artículo 4, párrafo 2 de la Convención de 1958, al igual que el artículo 7, párrafo 2 de la Convención de 1982, indica que el trazado de las líneas no debe apartarse de una manera apreciable de la dirección general de la costa. Asimismo, la propia disposición de la Convención de Ginebra y el artículo 7, párrafo 3 de la Convención de 1982, señalan que las zonas de mar situadas del lado de tierra, han de estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre para someterse al régimen de las aguas interiores, es decir, la soberanía ha de proyectarse de manera efectiva sobre la zona.

Este requisito y el anterior, probablemente buscan la razonabilidad y moderación a las que se refirió la Corte en el asunto de las Pesquerías Anglonoruegas, habida cuenta de la inexistencia de un límite de la longitud de las líneas de base rectas, lo que sólo puede ser establecido casuísticamente.

Es necesario que los puntos de apoyo terrestre de estas líneas emerjan siempre y, si sólo lo hacen en bajamar, deben existir sobre ellos construcciones que se encuentren permanentemente sobre el nivel de agua o que dichos puntos de apoyo hayan sido objeto de un reconocimiento internacional; así lo prevé el artículo 7, párrafo 4 de la Convención de 1982.

El Estado que aplique las líneas de base rectas no puede hacerlo de forma que aisle el mar territorial de otro Estado del alta mar o de una zona económica exclusiva, según lo dispone el artículo 7, párrafo 6 de la Convención de 1982.

4.1.2.1.2.- El mar territorial

Principio de Derecho Internacional firmemente establecido, la soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial. Observado como norma consuetudinaria, fue codificado por la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958, también se adoptó en el artículo 2 párrafo 1 de la Convención de 1982 con la novedad de que fue ampliado su alcance al caso del Estado archipelágico.

Así, el mar territorial es territorio sumergido del Estado. La Corte Internacional de Justicia afirmó:

“Es la tierra en sí misma, la que confiere al Estado ribereño el derecho a las aguas adyacentes a sus costas”.⁸

En ese sentido la soberanía sobre el territorio marítimo es un corolario de aquella que se posee sobre el territorio terrestre.

4.1.2.1.2.1.- Anchura del Mar Territorial.

La indefinición de la anchura del mar territorial, con la consecuente imprecisión de los límites jurisdiccionales nacionales e internacionales, durante largo tiempo fue un importante vacío del Derecho Internacional. Las teorías clásicas homologaban la anchura al alcance de la artillería del Estado costero, tres millas hacia fines del siglo diecinueve, medida aceptada por las potencias marítimas dado su interés por favorecer los espacios de alta mar y disminuir los de aguas territoriales.

En la Conferencia de codificación de La Haya de 1930, se intentó sin éxito, unificar los criterios entorno de las tres millas. En la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1958, se adoptaron normas detalladas para determinar la línea de base a partir de la cual mensurar el mar territorial, pero sin llegar a un acuerdo respecto de su anchura máxima.

La Convención de 1982, recogió la práctica de los Estados señalando en el artículo 3 que: “Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de las líneas de base determinadas de conformidad con esa Convención”.

4.1.2.1.2.2.- Régimen legal del mar territorial.

La soberanía sobre el mar territorial, es idéntica a la que posee el Estado costero respecto de las aguas interiores, con una limitación que impone el Derecho Internacional que es el derecho de paso inocente del que gozan los buques de todos los Estados, definido y reglamentado detalladamente en los artículos 17 a 20 de la Convención de 1982.

Como consecuencia de la extensión del mar territorial a doce millas, un buen número de estrechos propios de la navegación internacional, atravesados en su parte media por corredores de alta mar, quedó dentro de aguas territoriales.

⁸ Asunto de las Pesquerías, Gran Bretaña vs. Noruega, Reports 1951.

El artículo 18 de la Convención de 1982 define el “paso” como el hecho de navegar por el mar territorial con el fin de atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores o bien de dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas. El paso será rápido y sin interrupciones pero comprende la detención y el fondeo por incidentes normales de la navegación, fuerza o fines de auxilio.

El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, detallando el artículo 19 los actos perjudiciales tales como amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política, utilización de armas, espionaje, propaganda contra la defensa o la seguridad del ribereño, en general cualquier acto hostil, de contaminación del medio, investigación levantamiento hidrográficos o cualesquiera otras actividades no relacionados con el paso.

El ribereño tiene derecho de tomar las medidas necesarias para impedir las actividades prohibidas en los buques extranjeros en sus aguas territoriales pudiendo, en su caso, detenerlos y llevarlos a un puerto nacional para enjuiciar a los responsables. En el supuesto de violaciones del régimen del mar territorial por buques de guerra, no se aplican las medidas anteriores, únicamente se les puede exigir su salida inmediata del espacio marítimo territorial.

Las limitaciones señaladas no impiden la competencia del Estado ribereño para emitir leyes y reglamentos sobre las materias especificadas por la Convención de 1982, que son manifestaciones de su soberanía sobre el mar territorial. Así, el ribereño puede designar vías marítimas y dispositivos de separación del tráfico, con la debida publicidad y exigir a los buques cisterna, a los de propulsión nuclear y a los que transporten sustancias o materiales nucleares u otros peligrosos o nocivo, que limiten su paso a esas vías marítimas.

Además, puede suspender temporalmente el paso inocente de buques extranjeros por ciertas áreas, sin discriminaciones y con la debida publicidad, si la medida es indispensable para proteger su seguridad.

En el ejercicio de su soberanía, el Estado costero es competente para reglamentar la pesca en sus aguas territoriales y reservar la actividad para sus nacionales; puede también admitir a extranjeros mediante convenio o concesión, casi siempre sobre la base de reciprocidad.

También es competencia del ribereño garantizar la seguridad de la navegación y regular la materia aduanera y sanitaria y tiene el derecho de vigilancia sobre las embarcaciones pudiendo visitarlas, capturarlas, detenerlas y confiscar artículos prohibidos y puede continuar en alta mar, la persecución iniciada en aguas territoriales siempre y cuando no haya sido interrumpida.

La soberanía del Estado se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial y al lecho y subsuelo del mismo, pudiendo reglamentar el sobrevuelo por encima de sus aguas territoriales y adoptar a este respecto las disposiciones que estime pertinentes.

4.1.2.1.3.- Zona contigua.

La zona contigua es “el espacio marítimo que se extiende más allá del límite exterior del mar territorial hasta una distancia determinada y en el cual el Estado ribereño posee con respecto a los buques extranjeros unas competencias rigurosamente limitadas a determinados aspectos”.⁹

En otras épocas algunos Estados se arrogaron la facultad de practicar más allá del mar territorial algunos controles sobre las embarcaciones extranjeras en materia aduanal y sanitaria. La consolidación y regulación de la zona contigua como espacio marino bajo la jurisdicción del Estado ribereño se hizo en 1958 en la Convención de Ginebra, en la que, paradójicamente, no se precisó el límite exterior del mar territorial y, sin embargo se codificó la institución de la zona contigua con la anchura máxima de 12 millas.

El artículo 33 de la Convención de Jamaica dispone que la zona contigua no puede ir más allá de 24 millas a partir de las líneas de base desde las cuales se mide la anchura del mar territorial.

El Estado ribereño en la zona contigua puede tomar medidas de fiscalización para prevenir y sancionar las infracciones de su legislación aduanera, fiscal, de población o sanitaria, que se cometan en su territorio o aguas territoriales.

Asimismo, existe competencia del Estado ribereño sobre el patrimonio cultural subacuático, a fin de fiscalizar, impedir o sancionar el tráfico de los

⁹ Remiro Brotons Antonio, “Derecho Internacional”, Primera ed. Edit. Mc Graw Hill, Madrid 1997, p. 604.

objetos arqueológicos e históricos que pudieran removerse de los fondos marinos de esa zona.

La naturaleza jurídica de la zona contigua fue definida en el artículo 24 del Convenio de Ginebra como una zona de alta mar. La Convención de 1982, no hace referencia a la alta mar pues sería incongruente con la creación de la zona económica exclusiva que no es alta mar y se superpone espacialmente a la zona contigua.

4.1.2.- Zona Económica Exclusiva

El Derecho Internacional 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. El Tratado de Gran Bretaña y Venezuela de 1942, relativo a la delimitación de los espacios marinos en el golfo de Paria, y la proclama del Presidente Truman de los Estados Unidos, 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 y están bajo su jurisdicción y control...” representan dos de los primeros hitos en la configuración de unos derechos soberanos del Estado ribereño sobre este espacio subacuático.¹⁰

Paralelamente surgió otra práctica estatal en relación con el aprovechamiento de los recursos vivos en las aguas adyacentes al mar territorial, consistente en la creación de zonas de pesca de extensión variable en las que los Estados ribereños, preocupados por asegurar el aprovechamiento a sus nacionales, afirman una jurisdicción exclusiva.

Los progresos tecnológicos con respecto a nuevos métodos de pesca y las crecientes inversiones en flotas pesqueras acompañadas de barcos frigorífico, modificaron radicalmente las premisas en que se fundaban las reglas tradicionales sobre libertad de pesca en alta mar.

El Derecho Internacional reconoció los derechos exclusivos respecto de los recursos minerales de la plataforma continental; la respuesta latinoamericana a la proclamación por de los derechos de Estados Unidos a los recursos

¹⁰ Ibid, p. 609.

minerales de la plataforma fue ampliar esa reivindicación y extenderla a los recursos vivos.

Argentina, Brasil, Uruguay, Perú, Chile, la escuela territorial propugnaba la soberanía del Estado costero sobre un mar territorial extendido a doscientas millas, a fin de conferir al ribereño derechos de soberanía sobre los recursos vivos en dicha zona del mar. Otros Estados latinoamericanos como México, Venezuela y Colombia, defendían lo que se ha descrito como el concepto del "mar patrimonial".

Limitaban el mar territorial a doce millas, pero reconocían al Estado costero derechos soberanos sobre los recursos naturales de una zona adyacente al mar territorial que no excediera las doscientas millas, respetando al mismo tiempo la libertad de navegación y de sobrevuelo de todos los Estados en esta Zona.

Un tercer grupo preconizaba la "zona económica" propuesta originariamente por Kenya en 1972, esta fórmula, si bien garantiza la libertad de navegación, sujeta a todos los recursos naturales más allá del mar territorial, a la jurisdicción del Estado costero.

La creación de zonas exclusivas de pesca fue generalizándose en los años siguientes, hasta el punto de que la Corte Internacional de Justicia, advertía en el asunto de la competencia en materia de pesquerías en 1974, la cristalización consuetudinaria de dos conceptos:

"El primero es el concepto de zona de pesca, zona en cuyo interior el Estado puede reclamar una competencia exclusiva en materia de pesquerías independientemente de su mar territorial; la extensión de dicha zona de pesca hasta un límite de 12 millas a partir de las líneas de base parece en la actualidad generalmente aceptada. El segundo es el concepto de derechos de pesca preferentes en las aguas adyacentes a favor del Estado ribereño que se encuentra en una situación de dependencia especial de sus pesquerías costeras, preferencia que opera respecto a los demás Estados interesados en la explotación de esa pesquería...".¹¹

Es en la "Declaración de Santo Domingo", del 19 de junio de 1972, adoptada por la Conferencia de los Países del Caribe, donde se puede encontrar el

¹¹ Corte Internacional de Justicia, Competencia en materia de Pesquerías. Gran Bretaña Vs. Islandia; R:F:A: vs. Islandia, Fondo, sentencia de 25 de julio de 1974, Reports, 1974.

antecedente posiblemente más inmediato, y quizá también el más importante, de la futura concepción de una zona económica exclusiva, como fue propuesta en la Tercera Conferencia sobre Derechos del Mar.

Un número considerable de países en desarrollo convirtió la reclamación en legislación interna, y la oposición a la misma fue diluyéndose. Incluso los Estados que habían mantenido las mayores reservas a la extensión de la jurisdicción nacional a los espacios marinos distintos de la plataforma continental, como Estados Unidos, la Unión Soviética, Japón y los miembros de la Comunidad Europea, proclamaron zonas de pesca de 200 millas o zonas económicas exclusivas en los años 1976 y 1977.

En el asunto de la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Túnez (1982), la Corte sostuvo que: “el concepto de zona económica exclusiva... puede ser considerado como parte del Derecho Internacional contemporáneo”.¹² El carácter consuetudinario de la institución fue confirmado por la Corte en el asunto de la delimitación de la plataforma continental entre Libia y Malta en 1985.

En la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, se formó amplio consenso a favor de la idea de una Zona Económica Exclusiva comprendiendo el fondo del mar y su subsuelo y las aguas suprayacentes hasta una distancia no mayor de doscientas millas marinas; del reconocimiento al Estado ribereños de derechos soberanos con el fin de explorar y explotar todos sus recursos naturales, así como de su jurisdicción respecto de la investigación científica y la preservación del medio marino contra la contaminación. Los demás Estados gozarán ahí de libertad de navegación y sobrevuelo y del derecho a tender cables y tuberías submarinas.

4.1.2.1.- La naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva

La naturaleza jurídica de la Zona Económica Exclusiva es también una cuestión controvertida en la Conferencia. Las grandes potencias marítimas sostienen que la Zona Económica Exclusiva debe ser considerada como una parte de alta mar donde el Estado ribereño ejerce ciertos derechos de alta mar,

¹² Sentencia de 24 de febrero de 1982. Reports 1982.

específicamente enumerados en el tratado y que todas las potestades que no están expresamente indicadas son retenidas por la comunidad internacional.

Por su parte, los Estados “territorialistas” se oponen a este punto de vista, y sostienen que los derechos no enumerados o residuales deben pertenecer al Estado ribereño y que la Zona Económica Exclusiva ha de considerarse como sometida a la jurisdicción del Estado costero, con la sola excepción del pasaje no interrumpido, el sobrevuelo y tendido de cables y tuberías.

La transacción a que parece llegarse en la Conferencia es que la Zona Económica Exclusiva no debe considerarse ni como mar territorial ni como alta mar, sino *sui generis* un tercer genero, con una reglamentación y enumeración muy detallada de los derechos y obligaciones del Estado ribereño y de los demás Estados en general. Como dijo el embajador Castañeda:

“Esta zona no es ni alta mar ni mar territorial. No es alta mar porque el Estado tiene derechos soberanos sobre todos los recursos de la zona... Tampoco es mar territorial porque en la zona económica existe la libertad de navegación. Además, los derechos de la soberanía del Estado ribereño en la zona están confinados a sus recursos, no se ejerce su soberanía misma, como en el caso del mar territorial... se trata... de una institución nueva, de una zona *sui generis* con un estatuto internacional propio, que la comunidad internacional puede perfectamente crear una identidad específica”.¹³

La zona económica no puede ser considerada parte integrante del territorio del Estado costero; éste ejerce solamente una jurisdicción y control para ciertos fines específicos, sobre todo en lo que concierne a la pesca, la preservación del medio marino, a fin de eliminar los peligros de contaminación y la investigación científica.

En ocasiones, se ha querido calificar a la zona económica como una zona de alta mar, en la cual la administración de los recursos naturales estaría confiada al Estado ribereño.

El control y la jurisdicción que pueden ser ejercidos por el Estado costero, modifica, por ello mismo, el principio de la libertad de comunicaciones, tal y

¹³ Castañeda Jorge, “El Nuevo Derecho del Mar”, en “Seis años de Relaciones Internacionales de México” (1970-1976), Primera ed. Edit. Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1976.

como es conocido en el régimen de la alta mar, donde no existen restricciones de esta clase.

Por otra parte, hay que subrayar también que la expresión misma de “zona económica exclusiva” hace aún más difícil la precisión de su naturaleza jurídica, pues como justamente se hizo notar en el seno de la Segunda Comisión, la expresión es criticable en la medida que el adjetivo de “exclusiva” está aplicado a la zona misma, siendo que en realidad los derechos reconocidos al Estado costero son los que deben ser calificados de exclusivos.

El artículo 55 de la Convención, presenta a la zona como un espacio marítimo donde se equilibran los derechos del Estado costero, con aquellos de los terceros estados:

La zona económica es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta Parte, de acuerdo con el cual los derechos y jurisdicción del Estado ribereño y los derechos de libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes de esta Convención.

En esa virtud la zona económica exclusiva constituye una zona de soberanía económica, que es parte integrante de la “zona de jurisdicción nacional”, la que a su vez incluye las aguas interiores y el mar territorial como zonas de plena soberanía.

Esta zona de soberanía económica se refiere a la explotación de los recursos naturales, vivos y no vivos, así como la producción de la energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; pero no se aplica al espacio marítimo en sí mismo, ya que éste permanece abierto a las libertades tradicionales de navegación y de comunicación.¹⁴

¹⁴ Gómez Robledo V. Alonso, “Derecho del Mar” Primera ed. Edit. UNAM – Mc Graw Hill, México 1997, p. 36.

4.1.2.2.- Aprovechamiento de los recursos naturales

El mecanismo para la explotación de los recursos biológicos se presenta, en sus principales líneas, dentro de la nueva Convención, Parte V, de la siguiente manera:

PRIMERO: el principio general que impera en la zona económica es que el Estado ribereño goza de derechos de soberanía, para los fines de exploración y explotación.

SEGUNDO: el Estado ribereño, teniendo en cuenta los datos científicos más fidedignos de que disponga, asegurará, mediante medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos vivos de su zona económica exclusiva no se vea amenazada por un exceso de explotación.

TERCERO: el Estado ribereño promoverá la “utilización óptima” de los recursos vivos en su zona económica y determinará la captura permisible de los mismos.

CUARTO: el Estado ribereño determinará su capacidad para explotar toda captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente, mediante acuerdo u otros arreglos.

QUINTO: al dar a otros Estados acceso a su zona económica, el Estado costero tendrá en cuenta los factores pertinentes, incluidos la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño interesado, las necesidades de los Estados en desarrollo de la región, y la necesidad de reducir al máximo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona.

SEXTO: los nacionales de otros Estados que pesquen en la zona económica exclusiva observarán las modalidades y condiciones establecidas en las leyes y reglamentos del Estado costero, pudiéndose referir, entre otras cosas, a cuestiones como las concesiones de licencias a pescadores, incluidos el pago de derechos y elegir, según sus posibilidades y exigencias, en que medida llega a ser “pescador”, o bien “vendedor de recursos”.

La Convención de Jamaica de 1982, consagra ciertas disposiciones específicas para un determinado número de especies marítimas que por

características particulares su explotación y administración amerita un tratamiento diferenciado.

Las especies altamente migratorias son los túnidos, por su valor comercial, el alto volumen de captura, dos millones de toneladas anuales, con los consecuentes problemas para su administración y conservación.

La solución se estableció en el artículo 64 de la Convención, que sin definir el régimen de administración aplicable a los grandes migrantes, se circunscribe a enunciar algunos criterios en materia de cooperación intergubernamental, resultando así una disposición ambigua pero flexible.

El Estado ribereño y los otros Estados cuyos nacionales pesquen en la región las especies altamente migratorias (...), cooperan directamente por conducto de las organizaciones internacionales apropiadas, con miras a asegurar la conservación y promover el objetivo de la utilización óptima de dichas especies en toda la región, tanto dentro como fuera de la zona económica exclusiva. En las regiones en que no exista una organización internacional apropiada el Estado ribereño y los otros Estados o grupos nacionales que capturen esas especies en la región cooperarán para establecer una organización de este tipo y participar en sus trabajos.

La Convención de 1982 en su artículo 62, prevé que el Estado ribereño determinará su capacidad de captura dentro de su zona económica exclusiva, pero que cuando éste no tenga capacidad para explotar toda la captura posible, dará acceso a otros Estados al excedente de la captura permisible mediante arreglos y otros acuerdos.

No existe obligación jurídica formal dentro de la Convención para que un Estado se vea compelido a declarar dicho excedente de captura pero cuando el Estado costero declare dicho excedente, el mismo Estado posee la plena facultad para determinar con su propio criterio y discreción los términos y las condiciones de acceso de otros Estados.

4.1.3.- La plataforma Continental

4.1.3.1.- Descripción geomorfológica

Los continentes se asientan en una especie de meseta o pedestal sumergido, que se extiende, más allá de las aguas territoriales, hasta una línea a partir de la cual su pendiente desciende súbitamente a las zonas de mayor profundidad de los mares.

Esta zona del fondo marino, que es una especie de cornisa que bordea, en esta forma más o menos acentuada, las islas y los continentes, ha sido denominada plataforma continental o planicie insular.

La plataforma continental es muy variable en su extensión así en algunas regiones tiene una anchura insignificante, por ejemplo, la costa occidental de América del Sur, en tanto que en otras regiones alcanza una extensión de 800 o más millas, por ejemplo, en el mar de Behring.

En la mayor parte de los casos se comprueba que, a partir de cierto punto, el declive, que era suave, se acentúa bruscamente, formando un talud o reborde, que separa la plataforma continental del dominio propiamente oceánico.

El borde exterior de la plataforma donde se registra un rápido aumento de la pendiente, se alcanza a una profundidad promedio 135 m, aun cuando en ciertos casos esto mismo puede ocurrir en profundidades de casi los 50 m y, en otros, a 500 m.

El zócalo de los continentes o plataforma continental se extienden desde la línea de la costa hasta la isóbata de los 200 m, en la que, generalmente, se presenta un quiebre en la pendiente y se acentúa fuertemente el declive hacia las profundidades.

El llamado talud continental se inicia en el borde exterior de la plataforma y va descendiendo hasta el punto donde se encuentra con la “emersión continental” y, la zona geológica formada por el lecho y subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental, recibe el nombre de “margen continental”

4.1.3.2.- Definición y régimen jurídico.

Durante la Conferencia sobre el Derecho del Mar en 1958, se enfrentaron dos tesis respecto al tipo de los derechos ejercidos por el Estado ribereño sobre la plataforma continental.

Para los Estados partidarios del principio territorialista, el Estado ribereño debería ejercer una completa soberanía territorial sobre la plataforma continental y la futura Convención no contendría, a este respecto, ninguna disposición que tuviera por efecto limitar dicha soberanía.

La segunda tesis sostuvo que los derechos del Estado ribereño deberían estar limitados a la jurisdicción y control sobre la plataforma para los fines de exploración y explotación de sus recursos naturales.

El Estado ribereño tiene derechos exclusivos e incondicionados, soberanos, respecto de su plataforma continental que ejerce en los términos establecidos por el artículo 77 de la Convención de Jamaica.

Estos derechos son exclusivos en el sentido de que si el Estado no ocupa o explota su plataforma continental, ningún otro Estado puede emprender esta exploración, sin su consentimiento.

No se afecta el régimen jurídico aplicable a las aguas suprayacentes, a la plataforma (alta mar), ni al espacio aéreo situado sobre dichas aguas.

Las actividades de exploración de la plataforma y de explotación de sus recursos no deben entorpecer la navegación y otros derechos y libertades de pesca.

La definición de plataforma continental, dada por la Convención de 1958, resulta en incertidumbre por la mención de tres criterios en forma casi yuxtapuesta: a) "profundidad", b) "explotabilidad" c) "adyacencia".¹⁵

El criterio de profundidad, es decir, la isóbata de 200 m. Resuelve para el Estado ribereño una plataforma mínima, lo que afecta a los Estados cuyo

¹⁵ Ibid, p.48.

fondo del mar frente a sus costas descendiendo rápidamente grandes profundidades.

La “explotabilidad” fue objeto de críticas especialmente por Estados tradicionalmente partidarios de la libertad de los mares, y que veían que al amparo de este criterio los Estados pudieran desplegar jurisdicciones marítimas. Además la noción de “explotabilidad”, por su imprecisión en el tiempo podría conducir a que el límite exterior de la plataforma continental fuese determinado por el aprovechamiento de los países tecnológicamente más avanzados.

La “adyacencia” parecía el criterio eminente de todos ellos, en tanto que determinaría a los otros dos, puesto que se dice que la plataforma continental es el lecho del mar y el subsuelo de las aguas submarinas “adyacentes” a la costa.

La adyacencia, se dijo, se refería a una noción de dependencia tanto geológica como geográfica de la costa, lo cual impondría reivindicación ilimitada de explotación de la plataforma.

El artículo 76 párrafo I de la Convención de Jamaica señala que:

“la plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio, hasta el borde exterior del margen continental, o bien, hasta una distancia de 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos que el borde exterior del margen territorial no llegue a esa distancia”.

No se trata ya del criterio de la isóbata de los 200 m. Tampoco de la explotación; ahora es la combinación de un criterio de distancia y de un criterio geomorfológico.

Los dos criterios descansan sobre el concepto de distancia; el de las doscientas millas corresponde a la extensión de la zona económica, y el otro está referido al punto donde el “margen continental” linda con las profundidades oceánicas. El “borde exterior del margen continental” corresponderá de esta suerte al límite exterior de la llamada emersión continental.

4.1.3.3.- Plataforma continental y Zona Económica Exclusiva

Al referirse al concepto de margen continental como continuación del territorio terrestre del Estado ribereño, se alude a una noción geomorfológica aceptable siempre y cuando se trate de una plataforma cuyo borde exterior del margen se sitúe más allá de la cifra convencional de doscientas millas náuticas.

Cuando el borde exterior no alcance dicha distancia, debemos admitir necesariamente que es la zona económica exclusiva, noción jurídica, sin base geofísica, que extiende la plataforma geológica, por una ficción legal hasta el límite externo de la zona.

Es así que el artículo 56, párrafo 3° de la parte V (zona económica) de la Convención de 1982, dispone:

Los derechos enunciados en este artículo con respecto al lecho del mar y su subsuelo se ejercerán de conformidad con la Parte VI.

Por virtud de la parte VI, relativa a la plataforma continental, el régimen jurídico de éste se aplica al lecho y subsuelo de la zona económica.

Considerando que los derechos soberanos del Estado ribereño previstos en el ámbito de la zona económica están referidos también a los recursos comprendidos en el fondo y subsuelo de dicha zona, podría dudarse sobre la verdadera utilidad de la institución de la plataforma continental, establecida ésta para afirmar derechos soberanos sobre porción de los fondos marinos en una época, que en las aguas suprayacentes eran consideradas alta mar.

En la Convención de Jamaica los partidarios de la "absorción" de la plataforma continental por la zona económica, aducían que el criterio de 200 millas permitía dar una respuesta óptima a la cuestión de una definición precisa uniforme y equitativa de la prolongación de la jurisdicción del Estado costero sobre los fondos marinos, mas allá de sus aguas territoriales.

De esta forma se evitaría disminuir considerablemente la superficie de los fondos marinos, cuyos recursos son patrimonio común de la humanidad y se descartaría en Alta Mar, la eventualidad de extender las aguas suprayacentes más allá de las 200 millas, de los derechos sobre los recursos de una plataforma definida en función de la margen continental.

Ambas instituciones se justifican aun cuando dichas zonas están yuxtapuestas en parte, pues comparten un espacio común (los fondos marinos entre 12 y 200 millas), sin embargo, no llegan a confundirse.

Los fondos marinos de la zona económica se definen con ayuda de un criterio de distancia, más bien arbitrario, en tanto que los fondos de la plataforma continental están vinculados a una realidad geográfica y geológica, por ello no se confunden.

La plataforma continental fundada en el criterio de distancia, sin prescindir del criterio geomorfológico, ha absorbido los fondos marinos de la zona económica, aún incluso en los casos en que estos últimos geológicamente no se correspondieran.

También es posible que existan áreas del fondo marino no coincidentes con ambas zonas, ya que pueden pertenecer a la plataforma continental pero quedar fuera de la zona económica exclusiva.

En efecto, en determinadas condiciones geológicas consideradas por la Convención de Jamaica en su artículo 76, párrafos 4 y 5, un Estado puede contar con una plataforma continental que se extiende más allá de las 200 millas hasta el borde exterior del margen continental. Las condiciones geológicas que deben concurrir se refieren al espesor de las rocas sedimentarias y a la distancia de la línea de base, que no debe exceder de las 350 millas marinas, a partir de las líneas de base desde las cuales se mide la anchura del mar territorial, o de 100 millas marinas, contadas desde la isóbata de 2 500 m.

La multiplicidad de espacios y sus correspondientes regímenes convenidos por los Estados, por modo alguno han desplazado a la soberanía, el principio sigue desempeñando una función central e inclusive su proyección se ha ampliado mas allá de los límites marítimos tradicionales; así, la zona de jurisdicción nacional se ha ensanchado muy significativamente y con enorme trascendencia.

La dilatación de la soberanía se ha dado mediante el Derecho y no sobre el alcance de los cañones, como antaño ocurría, lo que confirma la condición jurídica del concepto. Al propio tiempo se han renovado sus características pudiendo hablarse de soberanía económica como la que poseen los Estados

respecto de su zona exclusiva establecida por la Convención de Jamaica de 1982.

4.2.- LIMITES A LA VOLUNTAD DE LOS ESTADOS RIBEREÑOS

4.2.1.- La protección del medio marino

4.2.1.1.- Definición y convenios

La Convención de Naciones Unidas de 1982, en su artículo 4, define a la contaminación del Medio Marino como:

“La introducción, por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos, tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento”.

La polución del Medio Marino, cuya capacidad de eliminación de reciclaje de los desechos nocivos, urbanos e industriales, ha sido puesta seriamente a prueba, ha conducido a una lucha contra la contaminación. Los límites de absorción, han sido rebasados en las zonas marítimas costeras, lugar donde confluyen todas las fuentes de contaminación, que al mismo tiempo son lugares privilegiados de la mayor parte de las actividades marítimas.

Los Estados ribereños causantes y víctimas de la contaminación han tomado la iniciativa en la aplicación concreta de las medidas más urgentes para la protección del equilibrio ecológico.

La preocupación de la comunidad internacional por reglamentar actividades marítimas riesgosas, se intensificó ante las catástrofes ecológicas registradas en este medio en los últimos tiempos, principalmente por derrames de hidrocarburos en su producción o transporte. No obstante, la aplicación de las convenciones relativas en buena medida esta sujeta a la discrecionalidad de los Estados.

Las primeras medidas convencionales se adoptan en el marco del Derecho Internacional clásico, por ejemplo, en materia de responsabilidad esta es atribuida al ámbito privado sin tocar la que corresponde al Estado por la contaminación.

Esa concepción tradicional se advierte en la Convención Internacional para Prevenir la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos adoptada en Londres el 12 de mayo de 1954, y enmendada subsecuentemente en 1962, 1969 y 1971.

Asimismo, la Convención Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos, adoptada en Bruselas el 29 de noviembre de 1969.

Los tratados o acuerdos sobre el medio marino adoptados de 1972 a 1979, ya no se limitan a la contaminación radiactiva o por hidrocarburos, sino que comprenden toda la diversidad de factores contaminantes. Las nuevas reglas sobre contaminación marina van a mostrar cambios radicales en relación con los conceptos tradicionales de Derecho Internacional y casi todas incluirían disposiciones expresas para su aplicabilidad obligatoria.

Ejemplo de esa tendencia, es la Convención para la Prevención de la Contaminación Marina provocada por el vertimiento de buque y aeronaves, adoptada en Oslo, el 15 de febrero de 1972, acuerdo regional pionero en la materia.

En el mismo sentido puede mencionarse la Convención Internacional para Prevenir la Contaminación de los Buques adoptada en Londres el 16 de noviembre de 1973, con objeto de controlar el derrame accidental, negligente o deliberado de hidrocarburos y otras sustancias perjudiciales.

El derecho consuetudinario sobre contaminación marina ha venido desarrollándose en los años recientes, mediante convenciones internacionales, resoluciones, declaraciones, siendo apreciables también los actos unilaterales por parte de los miembros de la comunidad internacional.

Estas convenciones corresponden a un propósito de cooperación entre Estados; estando cada una de las partes contratantes habilitada para constatar las infracciones a la Convención pertinente e impulsar una acción común en contra de la polución. No obstante, la regla de la competencia exclusiva del

Estado del pabellón subsiste, sólo este está facultado para la persecución eventual y fijar, en su caso, la penalidad en que se haya incurrido.

El área en donde se ha desarrollado el mayor número de reglas, es en cuanto a la responsabilidad de personas privadas, físicas o morales, por daños causados por contaminación de hidrocarburos o materiales radiactivos.

La responsabilidad “absoluta o estricta” ha sido ampliamente establecida, esto es, aquel tipo de responsabilidad cuyos elementos constitutivos no toman en consideración el comportamiento subjetivo (culpa) del Estado.

La responsabilidad absoluta se complementa con la “canalización y limitación de la responsabilidad”, como una técnica de imputación en donde la obligación de indemnizar deberá recaer en una persona en particular (por ejemplo, el propietario del buque); de tal suerte que las víctimas pudieran saber con certeza, hacia quién deberán dirigir sus reclamaciones y hasta dónde puede llegar el monto de la reparación, es el caso de la Convención de Bruselas de 1969.¹⁶

Adicionalmente, “el principio de la utilización no perjudicial del territorio” relativo a actividades de un Estado en su territorio que pudiese generar daños substanciales a terceros Estado, puede considerarse una norma ya consolidada en Derecho Internacional consuetudinario, cuyo fundamento jurídico se derivaría originalmente de la práctica judicial y arbitral y, sobre todo, aquella inferida de diversos casos que se han presentado por daños internacionales.

Los precedentes judiciales sin embargo poco pueden auxiliar, pues en la práctica, es posible que el problema no se centre en la cuestión básica de la legalidad o ilegalidad de las operaciones de vertimiento por un Estado dentro de sus aguas territoriales, sino más bien, en el nexo causal entre vertimiento y daños, el alcance del conocimiento, la previsión del daño, el estándar de prueba requerida, etcétera.

En consecuencia, la práctica estatal reciente, en lugar de buscar soluciones a las cuestiones de polución dentro del derecho existente, se orienta mayormente a la cooperación para el desarrollo de nuevas reglas, con objeto de lograr una respuesta adecuada.

¹⁶ Gomez Robledo, op. cit. p. 107.

Además, la mejor forma de proteger los efectos de los daños ambientales, es asegurar la implementación de mecanismos de prevención, paralelamente al reforzamiento de las obligaciones de diligencia en proporción directa con los riesgos inherentes creados por las actividades en cuestión.

4.2.1.2.- La obligación de proteger y preservar el medio marino

La Convención de Jamaica establece que la obligación general de los Estados, según dispone el artículo 192, es la de “proteger y preservar el medio marino”. Esta obligación y las consecuencias que se desprenden, precisadas en las siguientes disposiciones, se relacionan con el artículo 235 que consagra el hecho de que los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino, responsabilidad que será establecida de conformidad con el Derecho Internacional.

La Convención reafirma el principio de la preservación del medio marino, en concordancia con el principio del derecho soberano que tienen los Estados de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política en materia del medio marino.

Por otra parte, esta prevista una excepción general de inmunidad soberana, según la cual, las disposiciones de la Convención relativas a la protección y preservación del medio marino, no deberán aplicarse a los buques de guerra, naves auxiliares, otros buques o aeronaves pertenecientes o utilizados por un Estado, siempre y cuando se encuentren utilizándose en un servicio público no comercial.

En principio, las reglas de derecho se aplican, a los buques y aeronaves extranjeros que prestan un servicio público. Las reglas de navegación y policía del Estado territorial se aplican a los buques de guerra extranjeros que se encuentran en aguas interiores, con la limitación de que el Estado no puede imponer su cumplimiento por la fuerza.

No contaminar es una obligación general de comportamiento individualizada en un deber jurídico de diligencia, adaptable a las circunstancias del caso.

Los Estados deben tomar medidas necesarias para controlar y prevenir la contaminación, utilizando los medios viables de que dispongan y en la

medida de sus posibilidades, garantizar que las actividades bajo su jurisdicción se realicen en forma tal que no causen perjuicios a terceros Estados y su medio ambiente.

4.2.1.2.1.- Las fuentes de contaminación

La Convención de 1982 señala seis tipos de contaminación marina según su origen: fuentes terrestres, actividades en los fondos marinos nacionales o internacionales, por vertimiento, causadas por buques y la que proviene de la atmósfera o a través de ella.

Los Estados dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la polución proveniente de ellas.

Las leyes y reglamentos de carácter nacional concernientes a la contaminación marina por buques, pueden referirse tanto a los buques que enarbolan el pabellón del Estado, o inmatriculado sobre su territorio, incluidos los buques que ejerzan el derecho de paso inocente.

Los Estados ribereños pueden dictar, respecto de sus zonas económicas exclusivas, leyes y reglamentos para controlar y prevenir la polución de buques, debiendo éstos estar conformes con las reglas y estándares internacionales generalmente aceptados.

4.2.1.2.2.- Obligaciones y derechos de los Estados según su relación con la contaminación

El Estado del pabellón, debe velar por la ejecución efectiva de las reglas, leyes y reglamentos dictados contra la contaminación "doquiera que se cometa la infracción", así lo dispone el artículo 217 de la Convención de 1982.

En caso de infracción para un buque, el Estado del pabellón ordenará una investigación inmediata, y si es el caso, iniciará un procedimiento respecto de la infracción.

La Convención, establece nuevas prerrogativas para el Estado ribereño en materia de contaminación.

Cuando el Estado ribereño tenga motivos fundados para creer que un buque que navega en la Zona Económica Exclusiva, ha incurrido en infracción de las reglas internacionales para prevenir la contaminación, o de las leyes dictadas

por ese Estado, de acuerdo a los estándares internacionales, entonces estará facultado para: exigir identificación e información al buque, si ocurrieran descargas dañinas puede inspeccionar el buque y, en su caso, puede iniciar un procedimiento e inclusive retener el buque según su derecho.

Estas disposiciones se extienden a la Zona Económica Exclusiva, facultades y poderes que el Estado ribereño no poseía hasta ahora en forma indiscutible, más que al interior de su mar territorial.

Cuando un buque se encuentra voluntariamente en un puerto, ese Estado podrá investigar y si se justifica podrá iniciar acción penal respecto de cualquier descarga procedente de ese buque, realizada fuera de las aguas interiores, el mar territorial o la zona económica exclusiva de dicho Estado.

En el caso de una infracción por descarga en las aguas interiores, el mar territorial o zona económica de otro Estado, el Estado del puerto no iniciará ningún procedimiento, a menos que lo solicite aquél, el Estado del pabellón, o cualquier Estado perjudicado o amenazado por la descarga. Si el delito cae dentro de su jurisdicción, entonces el Estado del puerto, puede perseguir de oficio al autor de la violación.

Conforme a la Convención de 1982, los Estados tienen derecho a tomar y hacer cumplir, más allá del mar territorial, medidas que guarden proporción con el daño real o potencial, a fin de protegerse de la contaminación resultante de un “accidente marítimo”, entendiéndose por tal, un abordaje, una varada u otro incidente de navegación o acontecimiento a bordo de un buque (o en su exterior) que resulte en daños materiales o una amenaza inminente de daños al buque o su cargamento.

4.2.2.- Derecho de los Estados no ribereños

La soberanía marítima del Estado ribereño es una consecuencia lógica necesaria de la soberanía terrestre, aquella es una proyección natural de esta. Por consecuencia, los Estados mediterráneos están privados de espacios marinos propios exclusivos y condicionados en el disfrute de las libertades que a todos se reconocen en los que son comunes (alta mar) a la buena vecindad del Estado cuyo territorio se interpone en su camino.

4.2.2.1.- Derechos de acceso al mar y desde el mar de los Estados sin litoral y libertad de tránsito

Cuando las competencias de los ribereños se agotaban a pocas millas de las costas la pretensión de los Estados sin litoral era obtener un reconocimiento general de su derecho de acceso del mar, y desde el mar, mediante el libre tránsito por el territorio de los Estados vecinos.

El artículo 3 de la Convención de 1958 dispone que:

“Para gozar de la libertad de igualdad de condiciones con los Estados ribereños, los Estados sin litoral deberán tener libre acceso al mar”. Esta frase constituye una recomendación y no una regla obligatoria; establece una obligación moral pero no jurídica.

Conforme a la Convención de 1958 el Estado sin litoral debía convenir el acceso con el Estado de tránsito. Generalmente el que puede dar acceso al Estado sin litoral es sólo un Estado determinado, por lo mismo el Estado sin litoral quedaba a la merced de su vecino. El Estado del territorio dominante tenía la oportunidad de obtener concesiones sin relación alguna con el tránsito, a cambio de conceder el derecho de paso. Posibilidad mayor en vista de otra condición del artículo 3 de la Convención de 1958, estableciendo que el libre tránsito se concederá “en condiciones de reciprocidad”

Considerando que el Estado ribereño no puede ofrecer un acceso recíproco al mar, el requisito de la reciprocidad era interpretado como autorización al Estado ribereño para procurar concesiones a cambio del libre tránsito, como, por ejemplo, una libertad general de tránsito por todo el territorio del Estado sin litoral.

En tiempos recientes se inició el proceso expansivo de la soberanía y jurisdicción de los ribereños a amplios espacios marinos, entre los que la zona económica exclusiva de 200 millas alcanzó una enorme trascendencia económica lo que dio lugar a una segunda pretensión de los Estados sin litoral.

A los Estados sin costa se añadieron aquellos que teniendo litoral se consideraban en situación geográfica desventajosa por la propia configuración de su costa (de pequeñas dimensiones, perfil cóncavo) por la conformación de los espacios marinos adyacentes por ejemplo, mares

cerrados, porque aun teniendo un amplio litoral, éste es pobre en recursos naturales y procuraron una posición común.¹⁷

Formaron, en la III Conferencia sobre el Derecho del Mar, un grupo de 29 Estados sin litoral y 26 en situación geográfica desventajosa que reclamaron una compensación adecuada por el agravio comparativo que originaba su situación geográfica, mediante el reconocimiento de su derecho a participar, igualitariamente en la explotación de los recursos vivos y no vivos de las zonas marinas de los Estados ribereños vecinos y a recibir un trato preferencial en la distribución de beneficios de la explotación de los recursos minerales de la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo y lograr una adecuada representación en los organismos de gestión de la Autoridad de la Zona.

Principio tradicional fuertemente arraigado del Derecho marítimo, la libertad de la alta mar, alcanza a todas las naciones, tenga o no litoral marítimo. Condición previa indispensable para el ejercicio de la libertad de alta mar para los Estados sin litoral, es el reconocimiento del derecho de acceso al mar y desde el mar, lo que a su vez implica la libertad de tránsito a través de territorio terrestre y marítimo (aguas interiores y puertos) de los Estados, ribereños o no, situados entre ellos y el mar (Estados de tránsito). Es evidente que el tráfico de personas, mercancías y medios de transporte del Estado sin litoral supone una limitación de la competencia territorial del soberano de tránsito.

En la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar la aspiración de los Estados sin litoral por alcanzar el mar mediante el reconocimiento general de un derecho especial de tránsito obtuvo importantes resultados: la parte X establece los derechos de los Estados no ribereños.

El fundamento de la libertad de tránsito no son los acuerdos concluidos con los Estados de tránsito, sólo las condiciones o modalidades para el ejercicio de la libertad de tránsito serán convenidas entre los Estados sin litoral y los Estados de tránsito interesados mediante acuerdos bilaterales, regionales o subregionales. La Convención establece una serie de condiciones financieras y técnicas que deberán ser tenidas en cuenta en los acuerdos para facilitar la libertad de tránsito de los Estados sin litoral.

¹⁷ Remiro Brotóns, *op. cit.* p. 651.

El artículo 124 establece en su primer párrafo, las definiciones terminológicas para los efectos propios de la Convención como son los sujetos: Estados sin litoral y de tránsito, incluyendo entre estos aun a aquellos carentes de costa situados en la ruta hacia el mar que deban atravesarse. Precisa lo incluido en el “tráfico”, personas y bienes, y los medios de transportación considerados. En el párrafo 2 hace posible incluir como medios de transporte a tuberías y gasoductos. El acceso al mar de los Estados sin litoral se configura como un derecho, siendo los acuerdos un instrumento para su ejercicio.

Bajo la influencia de la Convención se han alcanzado algunos acuerdos de tránsito, por ejemplo, el suscrito el 24 de enero de 1992 entre Bolivia y Perú, por el que se reconoce el derecho de tránsito de Bolivia y el establecimiento de una zona franca en el puerto peruano de Ilo a cambio de idénticas facilidades para Perú en el fluvial Puerto Juárez de Bolivia.

No obstante, el tránsito hacia el mar de los Estados sin litoral depende finalmente, del acuerdo con su o sus vecinos ribereños; lo que lo hace más o menos accidentado esta en función de las situaciones geográficas, políticas y económicas del caso específico.

4.2.2.2.- Participación de los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa en la explotación de las zonas económicas exclusivas.

Los reclamos de los Estados en situación geográfica desventajosa fueron atendidos parcialmente en las zonas marinas bajo soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños vecinos: derecho de recibir información y participar en la investigación científica de su zona económica exclusiva y plataforma continental, circunscrito a los recursos vivos.

Las condiciones y modalidades de participación se establecerán en acuerdos bilaterales, regionales o subregionales deberán ser concluidos, dependiendo su ejercicio de circunstancias que califica el Estado ribereño como son:

La existencia de excedente, en función de la captura permisible y su propia capacidad de captura, el grado de dependencia económica de la explotación de esos recursos.

Las condiciones y modalidades de acceso son determinadas por los ribereños, en función de evitar perjuicio para sus propios intereses pesqueros, las

necesidades nutricionales de los respectivos Estados, participación de los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa en otra u otras zonas económicas exclusivas.

No son claras las relaciones entre el acceso previsto en el artículo 62 para los Estados de pesca habitual en la zona y el derecho reconocido en los artículos 69 y 70 a los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, sobre todo si son desarrollados, ya que el derecho de estos a pescar en las de los Estados desarrollados de la misma región o subregión está condicionado, a que su participación no produzca trastornos económicos a los Estados cuyos nacionales hayan pescado habitualmente en la zona (arts. 69.4 y 70.5).

En todo caso esta excluida la jurisdicción obligatoria respecto de las controversias sobre la prudencialidad del Estado ribereño en cuanto a las condiciones de acceso a los recursos de su zona económica exclusiva por Estados sin litoral y la conciliación prevista por la Convención, no sustituye la discrecionalidad del ribereño y el informe de la Comisión no es obligatorio.

La práctica de los Estados no ha concretado lo previsto por los artículo 69 y 70 optando los ribereños por establecer acuerdos de pesca con los Estados que les sea conveniente.

En cuanto a la Zona Internacional de Fondos Marinos y los Estados sin litoral y en situación geográfica desventajosa, la Convención contiene algunas previsiones que genera la condición de Estados en desarrollo como son: el Acuerdo preferencial en la distribución de beneficios derivados de las actividades de la Zona y de los pagos y contribuciones obtenidos de la explotación de la plataforma continental más allá de las 200 millas.

Así lo dispone también la Convención al establecer una serie de medidas de fomento de la transmisión de tecnología marina a los “Estados sin litoral y los Estados en situación geográfica desventajosa”.

4.2.3.- El fondo del mar como patrimonio común de la humanidad

4.2.3.1.- Génesis del principio

El delegado de Malta en las Naciones Unidas, embajador Arvid Pardo en agosto de 1967, planteó ante la Asamblea General la cuestión del fondo del

mar y de sus recursos minerales y la problemática que resultaría por la competencia de los Estados para usufructuar unilateralmente esos recursos.¹⁸

Propuso la adopción por la Asamblea General de una Resolución que declarará que el fondo del mar y su subsuelo constituyen el patrimonio común de la humanidad y pidiera a los Estados miembros que se abstuvieran de ampliar sus reivindicaciones nacionales hasta que se hubiera llegado a una decisión común sobre el uso y explotación de los recursos de los fondos marinos.

La Asamblea General adoptó la Resolución 2.574 de 15 de diciembre de 1969, disponiendo una moratoria, hasta en tanto se estableciera un régimen internacional sobre la explotación de los fondos marinos, los Estados, y las personas naturales y jurídicas estaban obligados a abstenerse de toda actividad de explotación de los recursos de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, fuera de los límites de la jurisdicción nacional, añadiendo que no se reconocería ningún reclamo sobre esta parte del mar o sus recursos.

Finalmente la resolución 2.749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970, fue adoptada, por 18 votos contra ninguno y 14 abstenciones; contiene la "Declaración de Principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional".

4.2.3.2.- Naturaleza jurídica

En esta Resolución la Asamblea General declara Patrimonio común de la humanidad a los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo más allá de la jurisdicción nacional (que denomina la Zona); protege a la Zona de toda apropiación nacional; impide su uso con fines militares, su explotación será en beneficio de toda la humanidad y prevé su regulación mediante un régimen jurídico especial.

En los trabajos de la Comisión Preparatoria de la III Conferencia y de la propia Conferencia, surgieron pronto dos grupos fundamentales de intereses en relación con el régimen aplicable de la Zona. Los países industrializados, favorables a la creación de una Autoridad Internacional de los Fondos

¹⁸ Jimenez de Aréchega, op. cit. p. 265.

Marinos, pero que la entendían como una simple organización de cooperación circunscrita a otorgar licencias a los Estados y a las personas físicas o jurídicas bajo su control, sostenían que la exploración y explotación de la Zona debía realizarse directamente por ellos, en beneficio propio, sometiéndose la comercialización de los minerales extraídos a las reglas del comercio internacional.¹⁹

Por su parte, los países en desarrollo, agrupados en torno al Grupo de los 77, afirmaban que la Autoridad Internacional debía proceder a la explotación directa y exclusiva de la Zona, e intervenir en su comercialización para impedir la baja de los precios de los minerales extraídos en tierra, particularmente de los países en desarrollo.

La Convención de 1982, dispuso en su Parte XI y en los Anexos III y IV un régimen de exploración y explotación de los recursos en la llamada Zona Internacional de los Fondos Marinos, estableciendo un sistema institucional estructurado en la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. El régimen esencialmente correspondía, al consenso en 1980 en la III Conferencia.

El Acta final de la III Conferencia, en su Resolución I anexa, previó la constitución de la Comisión Preparatoria de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, formada por los Estados contratantes y signatarios de la Convención de 1982 y los Estados que participaron en la III Conferencia como observadores, cuyos trabajos se iniciaron en 1983, durando casi una década en medio del rechazo de los países industrializados, al régimen de la Parte XI.

Ante la inminencia de las disposiciones de la III Conferencia respecto de la Zona algunos países industrializados se apresuraron a legislar en la materia para regular la actividad en la Zona y la participación de sus nacionales.

Las legislaciones de Estados Unidos, la URRS, Japón, Gran Bretaña y Francia, respetando los principios básicos de la Convención, se marginaban de cualquier procedimiento institucional de carácter internacional. Así por ejemplo las autoridades de esos Estados estarán facultadas para decidir la autorización para realizar actividades en la Zona, considerando las otorgadas

¹⁹ Remiro Brotóns, op. cit. p. 714.

por otro Estado sobre la base de la reciprocidad. También preveían transferir parcialmente los beneficios provenientes de actividades en la Zona a la Autoridad Internacional.

En 1984, en Ginebra, Estados Unidos, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Italia y los Países Bajos, celebraron un Acuerdo Provisional ratificando los anteriores celebrados entre los consorcios multinacionales en los que ellos participaban, conviniendo un sistema de información para evitar la autorización de licencias respecto de la misma área.

Seguidamente se produjeron varios Acuerdos para resolver problemas de solapamiento algunos de ellos aceptados por terceros Estados no participantes mediante votos diplomáticos; los Acuerdos en alguna medida se apartaban de los dispuestos en la Convención de 1982.

El Grupo de los 77 sostuvo en la Comisión Preparatoria lo indebido de tales Acuerdos por atentar contra el concepto de patrimonio común de la humanidad e incumplir la obligación de abstención de los signatarios de la Convención de incurrir en actos que arriesguen el objeto y el fin de ese instrumento, de conformidad con la Norma de Viena sobre los tratados.

4.2.3.3.- El acuerdo de 1994 y la modificación de la Convención de Jamaica

El contexto apuntaba hacia una revisión dado la falta de rentabilidad económica de la explotación de los fondos marinos por los costos tecnológicos, y los bajos precios de los minerales propios de la zona, así como la posibilidad de un consenso económico favorable a la Convención a partir de un régimen realista que propicie la participación de los países con posibilidad de afrontar la investigación y explotación de la Zona.

En 1990, a partir de una iniciativa del Grupo de los 77 para dialogar en busca de la participación universal en la Convención, el Secretario General inició consultas con los Estados interesados, para 3 años después proponer un Acuerdo provisional suspendiendo la Parte XI.

Estados Unidos, Inglaterra y Australia propusieron un proyecto de enmienda de la Parte XI contrapuesto al planteamiento del Grupo de los 77 que, no obstante, fue base de negociación y revisado, permitió que en 1994, las

Asamblea General de las Naciones Unidas adoptara el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 1982.

El Acuerdo de 1994, va más allá de una interpretación de la Convención; la modifica para incluir algunas de las pretensiones de los Estados industrializados y de alguna manera modera la categórica afirmación de los Fondos como patrimonio común de la Humanidad.

Los países industrializados y los países en desarrollo encontraron una formula de compromiso como sustento de la Parte XI de la Convención de los anexos III y IV que permite la simultaneidad de la participación de Estados o personas bajo su control y por la propia Autoridad, a través de la Empresa en la exploración y explotación de los recursos de la Zona constituyéndose así un sistema paralelo en la medida de que ambas actividades no son exclusivas de la Autoridad Internacional ni de los Estados o las entidades dependientes de ellos de conformidad con el artículo 153 de la Convención de 1982, sistema que es alterado por el Acuerdo con menoscabo de la Empresa.

4.2.3.4.- Régimen general de la exploración y explotación de la zona

El Consejo de la Autoridad debe aprobar previamente un plan de trabajo de exploración y, en su caso, de explotación para la realización de actividades en la Zona que debe apegarse a las condiciones del Anexo III de la Convención.

El Acuerdo de 1994, adicionó la exigencia de que el Estado o Estados promoventes de la solicitud de aprobación acrediten una inversión previa mínima de 30 millones de dólares en actividades de investigación y exploración excepto que sea un plan de trabajo de exploración de un inversor pionero sea Estado o entidad

Conforme al Acuerdo de 1994, los planes de trabajo incluidos los de la empresa deben formularse como contrato y se presume aprobados por el Consejo de la Autoridad salvo decisión en contrario por mayoría de los miembros presentes y votantes adoptada en el término de 60 días. El Acuerdo de 1994 ha aligerado además las cargas financieras que pesaban sobre los contratistas.

La Convención de 1982 estableció reglas para propiciar la actividad de la Empresa y garantizarle la tecnología necesaria, el financiamiento de sus actividades, y áreas apropiadas para su realización.

El Acuerdo de 1994 disminuye dichas facilidades en lo que se refiere al acceso de la tecnología, elimina las obligaciones de transferencia que imponía la Convención de 1982 a los contratistas y, en términos enunciativos, señaló la obligación genérica de los Estados partes de cooperar en este ámbito con la Autoridad en materia de financiamiento de las actividades de la Empresa; también suprime la obligación de los Estados de financiarle la explotación de un sitio minero inmediatamente después de la entrada en vigor de la Convención de 1982, limitando los recursos de la Empresa a las cantidades que reciba la Autoridad, cuyas fuentes de ingresos han disminuido, o por contribuciones voluntarias, préstamos o ingresos propios.

La Convención de 1982 disponía que toda solicitud de aprobación de un plan de trabajo debía comprender un área lo suficientemente extensa para que la Autoridad designara una reserva para las actividades de la Empresa y establecía prioridad para la participación de los países en desarrollo en las empresas conjuntas que pudiera crear la Empresa, y preveía la posibilidad de presentar planes de trabajo respecto de las partes reservadas en las que ésta hubiera decidido no operar. Este sistema, ha sido modificado por el Acuerdo de 1994. Ahora es exigencia que la Empresa lleve a cabo sus primeras actividades en el marco, de empresas conjuntas y los contratantes que aportaron la parte reservada para participar en dichas empresas tienen preferencia.

Las reglas para promover el crecimiento, la eficacia y la estabilidad de los mercados de los productos básicos extraídos de las zonas previstas por la Convención de 1982 y, la competencia de la Autoridad para establecer límites a la producción de la Zona, son suprimidas por el Acuerdo de 1994. Las reglas generales del comercio internacional y, específicamente las reglas del GATT (hoy OMC), son aplicables a la producción en la Zona y a la política de la Autoridad en la materia.

Se conserva la facultad de la Autoridad para establecer, un fondo de asistencia económica a favor de los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o economía sean seriamente perjudicados por la disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en que la merma obedezca a actividades en la Zona, pero limita los fondos para tal efecto.

El régimen dispuesto en la Convención tenía carácter provisional, al disponer su artículo 155 una conferencia de revisión de la Parte XI a los 15 años de haber iniciado la primera producción comercial. El Acuerdo de 1994, suprime esta previsión sujetando toda enmienda a la Parte XI, y al propio Acuerdo, al procedimiento general de enmienda establecido por la Convención de Jamaica.

4.2.3.4.1.- Inversionistas pioneros

La Resolución II anexa al Acta Final de la III Conferencia preveía un mecanismo de protección de las actividades preliminares de estudio y prospección realizadas antes de 1983 por Francia, India, Japón y Rusia y entidades de los Estados antes mencionados y cuatro entidades integradas por personas físicas o jurídicas de Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Italia, Japón, Países Bajos, República Federal de Alemania y Gran Bretaña; asimismo, los países en desarrollo que hubieran realizado actividades preliminares, con inversiones similares, antes de 1985 estaban protegidos.²⁰

La protección consistía en el reconocimiento a estos inversores pioneros de un derecho exclusivo para continuar con tales actividades en la misma área y en la concesión de un trato privilegiado llegada la ocasión de considerar sus solicitudes de contratación para su exploración y explotación.

La protección exigía, el registro del inversor pionero ante la Comisión Preparatoria de los Fondos Marino, el cual no podría efectuarse mientras no se garantizara que el área materia de la solicitud no se superponía con áreas que pudieran ser objeto de otras peticiones. La eliminación de estos solapamientos según la Resolución II mediante negociaciones entre los interesados y, en caso de no prosperar, recurriendo a un Tribunal arbitral. Por otra parte, los inversores pioneros que lograban el registro asumían diversas obligaciones, entre las que destaca el pago de una cantidad anual (un millón de dólares).

La Comisión Preparatoria de entidades dependientes de Francia, la India, Japón y la URSS, que debido al cambio de perspectivas económicas de las actividades de la Zona tuvieron dificultades para el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, dispuso dicha obligación a los inversores pioneros

²⁰ Ibid, pp. 718-719.

en 1990, lo que propició nuevos registros de 1991, una entidad china y un consorcio presentado por Bulgaria, Cuba, la entonces República Checoslovaca, Polonia y Rusia.

El Acuerdo de 1994, reforzó el tratamiento privilegiado de estos inversores, pues todo plan de trabajo de exploración presentado por un inversor pionero registrado en los 36 meses siguientes a la entrada en vigor de la Convención de 1982 se considerará aprobado. Hace extensivo el trato privilegiado a aquellos que sin ser inversores pioneros registrados, acrediten haber realizado la referida inversión previa de 30 millones de dólares en actividades de investigación y exploración.

4.2.3.5.- La Autoridad Internacional de los fondos marinos

La base funcional del régimen de exploración y explotación de los recursos en la Zona es la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, de la que son miembros los Estados partes en la Convención. El Acuerdo de 1994 ha limitado las funciones y la actividad de la Autoridad hasta la aprobación del primer plan de trabajo y la creación y el funcionamiento de sus órganos subsidiarios considerará las condiciones que permitan la desarrollo de las actividades de la Zona.

Tres órganos principales componen la Autoridad; la Asamblea, órgano plenario; el Consejo, de integración restringida, y la Secretaría, Además la Autoridad cuenta con la Empresa, órgano destinado a la realización de actividades en la Zona por cuenta de la Autoridad.

La Asamblea es un órgano de gobierno, le corresponden las decisiones fundamentales como la elección de los miembros del Consejo, el Secretario General y el Director de la Empresa; la aprobación del presupuesto de la organización, la aprobación de las normas, reglamento y procedimientos relativos a la prospección, exploración y explotación de la Zona, la gestión financiera y la administración interna de Autoridad (art. 160).

Sus atribuciones fueron limitadas por el Acuerdo de 1994 que traslada al Consejo el carácter de órgano supremo. El Acuerdo, dispone que la Asamblea se sujete a las recomendaciones del Consejo y de no aceptarse se le regrese para examinarla. La Asamblea adopta sus decisiones por consenso o, en su defecto, por mayoría de los miembros presentes y votantes para las cuestiones

de procedimiento, y por mayoría de dos tercios de los miembros respecto de las cuestiones de fondo.

El Consejo, está integrado por 36 miembros, de los cuales 18 los son de acuerdo con el criterio de distribución geográfica equitativa, y los demás se distribuyen entre cuatro grupos de intereses. El Acuerdo de 1994 prevé que los grupos los forman: a) los cuatro principales Estados exportadores de los minerales de la Zona, b) los cuatro principales Estados exportadores de esos minerales c) los cuatro Estados que, directamente o a través de sus nacionales, hayan hecho las mayores inversiones en la preparación y realización de actividades en la Zona y d) seis Estados en desarrollo que representen intereses especiales.

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, corresponderían a una cámara para los efectos de votación. Las reglas sobre adopción de decisiones en el Consejo son en principio iguales que en la Asamblea, por lo cual, siendo el consenso una exigencia en los casos previstos por la Convención de 1982, en las decisiones prevalecerá la posición mayoritaria de cualquiera de las cámaras.

El Consejo tiene también las competencias ejecutivas de la Autoridad, de supervisión y coordinación de la aplicación de la Parte XI, de control sobre las actividades de la Zona y para iniciar procedimientos ante la Sala de Controversias de los Fondos Marinos en caso de incumplimiento, de examen de valoración de los informes de la Empresa y de aprobación de los planes de trabajo.

La Secretaría desempeña a las funciones que le encomienden la Asamblea y el Consejo y actúa como fedatario en todas las sesiones de estos órganos y de cualquier otro órgano subsidiario. El Secretario General debe presentar un informe anual sobre las actividades de la Autoridad.

Conforme al Acuerdo de 1994 la Secretaría realizará las funciones de la Empresa hasta la aprobación del primer plan de trabajo o hasta que el Consejo reciba una solicitud de operación a través de una empresa conjunta con la Empresa.

Como se desprende claramente de este apartado, se confirma que la soberanía es una noción jurídica y política que se expresa en la creación y aplicación del

derecho, sujeto a este, jamás por sobre del mismo, en consecuencia, la propia renovación normativa que ha ensanchado el ámbito marítimo de aplicación de la soberanía, le establece sus límites, debiendo el Estado ribereño reconocer derechos que tienen otros Estados, aún sin litoral o con desventajas de localización, sobre sus recursos como ribereño y observar obligaciones de comportamiento respecto de la zona marítima, incluso de su jurisdicción.

Particularmente importante por su trascendencia y posibilidades es la acotación de la soberanía por el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad que apunta hacia un auténtico *Jus Gentium*, respecto del cual los Estados en desarrollo muestran su conformidad y lo han impulsado.

Por otra parte, las dificultades para poner en práctica el régimen jurídico que estableció la Convención de Jamaica para la exploración y explotación de los fondos marinos y oceánicos, parecieran cumplir la advertencia que hacia el maestro De Visscher, sobre las anticipaciones doctrinarias respecto de la realidad, si embargo, la norma cumple, en muchas ocasiones, un sentido axiológico necesario, la convicción de un deber moral que entraña la norma consuetudinaria, para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

4.3.- SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Un protocolo facultativo, anexo a la Convención de Ginebra de 1958 e independiente de los instrumentos principales, preveía lo relativo a la solución obligatoria de las controversias. La Convención de Jamaica establece un sistema de solución pacífica de controversias como parte integrante de la Convención.

Existe una cláusula compromisoria en el artículo 286 de la Convención de 1982 en virtud de la cual, con las salvedades que el propio numeral señala: "...toda controversia relativa a la interpretación o a la aplicación de esta Convención..", "... se someterá, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a la Corte o Tribunal que sea competente...".

En el Protocolo discrecional de 1958 estaba previsto el recurso a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, excepto que otro método fuese previsto o acordado por las partes, dentro de un plazo razonable.

Acudir a un Tribunal de Arbitraje es permitido en el Sistema de 1958, en lugar de recurrir a la Corte Internacional de Justicia, siempre y cuando se haga dentro de un plazo de dos meses siguientes a la notificación de la existencia de un litigio. Las partes también pueden convenir en recurrir a la Comisión de Conciliación, antes de apelar a la Corte Internacional de Justicia.

Fueron pocos los Estados que suscribieron este Protocolo, además, las posibilidades de aplicación eran escasas pues si dos Estados controvertían sobre los términos de las convenciones de 1958, el Protocolo Facultativo era aplicable solo si ambos Estados formaban parte del Protocolo y de una de las convenciones pertinentes.

El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas es invocado expresamente por cuanto a los medios a utilizar para la solución pacífica de las controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención de 1982, en consecuencia deben solucionar los diferendos mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recursos a organismos o acuerdos regionales u otros medios que elijan.

4.3.1.- La conciliación

Referido el numeral citado, la Convención dispone un procedimiento de conciliación a invitación de un Estado Parte que sea parte de una controversia sobre la Convención, a la otra u otras partes para someterla a tal procedimiento.

Considerando la reticencia de los Estados para dirimir judicialmente sus controversias por sus efectos mayormente vinculatorios, la conciliación es vista como una vía más plausible por la libertad, de aceptación o rechazo, de los pronunciamientos del órgano imparcial de conciliación.

Aceptada la conciliación y convenido el procedimiento, cualquiera de las partes puede invocarlo y cada parte nombrará a dos conciliadores y, entre los cuatro conciliadores, designarán al quinto conciliador que presidirá el órgano.

Previa audiencia de las partes, la Comisión, una vez examinadas las pretensiones y objeciones y formuladas las propuestas de solución, presentará un informe en el que, si no hubo acuerdo, se hace constar.

4.3.2.- Los órganos jurisdiccionales

Las controversias resueltas mediante conciliación o por alguna de las otras vías aceptadas por la Convención, deberán ser sometidas, por cualquiera de las partes, a uno o varios de los órganos reconocidos al efecto por el propio instrumento:

- a) El Tribunal Internacional del Mar
- b) La Corte Internacional de Justicia
- c) Un Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el anexo VII
- d) Un Tribunal Arbitral Especial constituido de conformidad con el Anexo VIII para las controversias que este especifica.

En el caso de que un Estado que sea parte en una controversia no haya hecho declaración alguna de los medios anteriores, se presumirá que ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el anexo XVI. En el supuesto de que las declaraciones de las partes de una controversia no coincidan en cuanto a los medios de solución aceptados ésta sólo podrá someterse al arbitraje previsto en el anexo VII excepto que convengan en otra cosa.

4.3.2.1.- El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

4.3.2.1.1.- Integración y competencia.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar con sede en Hamburgo es un nuevo órgano judicial establecido por la Convención de 1982. Esta compuesto por 21 miembros de reconocida competencia en asuntos relacionados con el Derecho del Mar, nombrados y elegidos por las partes contratantes.

Inicialmente se consideró conveniente asegurar la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo y una distribución geográfica, con cuatro miembros para Estados Africanos, tres latinoamericanos, tres asiáticos, Europa oriental, dos jueces y Europa occidental tres jueces. Finalmente la Convención estableció dos principios básicos para la designación de los jueces:

- a) El Tribunal no podrá tener dos miembros que sean conacionales; en los casos de personas a las que pudiera atribuirse más de una nacionalidad, será considerado nacional del Estado en el que habitualmente ejerza sus derechos civiles y políticos.
- b) No podrá haber menos de tres miembros por cada uno de los grupos geográficos, establecidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar conocerá de casos contenciosos en que pueden ser parte particulares u organizaciones internacionales los cuales generalmente presentan un alto grado de complejidad y tecnicismo propios de las cuestiones marítimas.

4.3.2.2.- Sala de controversias de los fondos marinos

Merece especial mención la constitución de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos formada por once miembros designados, por mayoría de entre los miembros del propio Tribunal de Derecho del Mar, para conocer de controversias sobre la explotación de la zona de fondos marinos.

El régimen de explotación de los fondos marinos, supone una serie de actividades técnicas y operativas, que requiere de una Sala especial similar en cierta medida a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas.

Presumiblemente, el mayor número de controversias en la zona se producirán entre compañías privadas e instituciones internacionales que administren la utilización de los recursos del fondo del mar, o entre Estados y esas instituciones.

Los Estados Partes, la autoridad y demás entidades o personas referidas en la sección 5 de la Parte XI, pueden recurrir a la Sala.

La Sala de Controversias de los Fondos Marinos conoce además de las controversias entre Estados partes o entre éstos y la Autoridad; de controversias que surjan entre la Autoridad y un probable contratista que haya sido patrocinado, por un Estado, o de los diferendos entre la Autoridad y un Estados parte, una empresa estatal, o una persona física o jurídica patrocinada por un Estado parte.

Los individuos carecen del derecho de emplazar a un Estado en forma directa ante la Sala de controversias de los Fondos Marinos. La disposición corresponde a la reticencia tradicional de los Estados a ser demandados por personas jurídicas o físicas ante un foro internacional. Aún en las limitadas situaciones en las cuales se les ha acordado a las personas físicas o jurídicas acceso a la Sala de Controversias, la misma Convención establece que se notificará este hecho al Estado parte patrocinante, el cual tendrá derecho a participar en las actuaciones, mediante declaraciones orales o escritas.

4.3.2.3.- El Tribunal de Arbitraje Especial

Para ciertas materias, es muy importante recurrir a un método suficientemente flexible, en el cual, quienes conozcan de la controversia, sean no tanto juristas, sino expertos en la materia, lo que inspira la posibilidad de constituir un "tribunal especial".

La controversia puede someterse al procedimiento de arbitraje especial, cuando se refiera a alguna de las cuestiones siguientes:

- a) Pesquería
- b) Protección y preservación del medio marino
- c) Investigación científica marina
- d) Navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento.

Cada Estado parte tendrá derecho a designar dos expertos en cada una de esas materias, de probada competencia en los aspectos jurídicos, científico o técnico de la materia de que se trate.

La parte que inicie el procedimiento nombrará dos miembros, de preferencia elegidos de la lista relativa a la materia objeto de la controversia, los cuales pueden ser sus nacionales.

La otra parte hará lo propio y de común acuerdo nombrarán al Presidente del Tribunal Arbitral Especial.

4.3.3.- Excepciones a la jurisdicción obligatoria

Algunos grupos de Estados consideraron delicadas ciertas materias, de lo que derivaron las excepciones a la jurisdicción obligatoria que están previstas por la Convención

Conforme al artículo 298 se establecen las llamadas “excepciones facultativas” según las cuales los Estados, al firmar, ratificar o adherirse a la Convención, o en cualquier momento posterior, podrán declarar por escrito que no aceptan uno o varios procedimientos de solución con respecto a una o varias de las siguientes controversias:

- a) Las controversias concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos. No obstante, en este caso, el Estado que haya hecho una declaración de esta índole debe aceptar, a petición de cualquier parte en la controversia, que la cuestión se someta al procedimiento de conciliación.
- b) Las controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta.

Las “limitaciones a la aplicabilidad” de los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias, están consideradas en el artículo 297.

La más importante de estas excepciones es la relativa a las controversias que puedan presentarse sobre la interpretación o la aplicación de la Convención con respecto al ejercicio por parte de un Estado ribereño de sus derechos soberanos o su jurisdicción y, por lo tanto, del ejercicio de sus competencias sobre la Zona Económica Exclusiva o sobre la Plataforma Continental. Los diferendos relativos al ejercicio, por el Estado costero, de sus derechos soberanos o jurisdicción previstos en la Convención, se someterán, sin embargo, a los procedimientos obligatorios dirigidos a decisiones obligatorias en los siguientes casos:

- a) Cuando se aduzcan supuestas violaciones dentro de su Zona Económica Exclusiva, por un Estado ribereño, de las libertades y los derechos de navegación, sobrevuelo o tendido de cables y tuberías submarinos, o respecto de cualesquiera otros usos del mar internacionalmente legítimos y especificados.

- b) Cuando se alegue que un Estado, al ejercer las libertades o derechos antes mencionados, ha actuado en contravención a las normas o reglamentos dictados de conformidad con la Convención por el Estado ribereño.
- c) Cuando se alegue que un Estado ribereño ha actuado en contravención a reglas internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino, establecidas por una organización internacional o conferencia diplomática de conformidad con la Convención.

La Convención dispone que en materia de controversias sobre pesquerías, el Estado ribereño no está obligado a aceptar que se someta a los procedimientos arbitrales o judiciales ningún diferendo relativo a sus derechos soberanos con respecto a los recursos vivos en la Zona Económica Exclusiva, incluidas sus facultades discrecionales para determinar la captura permisible, su capacidad de explotación, la asignación de excedentes a otros Estados, y su reglamentación en materia de conservación y administración.

No obstante, cuando no lleguen a un acuerdo y se rechace el procedimiento arbitral o judicial, el Estado ribereño deberá someterse al procedimiento de conciliación, a petición de cualquiera de las partes cuando se sostenga que:

El Estado ribereño incumpla evidentemente su obligación de velar, con medidas adecuadas de conservación y administración, porque la preservación de los recursos vivos de la zona económica exclusiva no resulte gravemente amenazada.

Se niegue arbitrariamente a determinar la captura permisible y su capacidad para explotar los recursos vivos con interés para el otro Estado que le solicitó la precisión.

Arbitrariamente niegue la asignación a otro Estado, conforme a las disposiciones de la Convención, de la totalidad o una parte del excedente que haya declarado.

Como es dable observar prevalece la elusividad de los Estados respecto de la jurisdicción obligatoria en cuanto a las controversias sobre el despliegue de sus competencias en las zonas marítimas de su jurisdicción, lo que expresa, sin duda, la prevalencia de la voluntad soberana del Estado.

Al propio tiempo, el alcance del sistema de recurso obligatorio a la jurisdicción o al arbitraje, es considerable, puesto que comprende en particular todas las cuestiones de navegación, las relativas al tránsito de países sin litoral y otras muchas en materia de comunicación, lo que pone de manifiesto la existencia de límites a la soberanía, en el punto donde los Estados han aceptado expresamente se encuentren sus soberanías para efectos de la jurisdicción internacional.

CAPITULO 5

LA FUNCION DE LA SOBERANIA DE LOS ESTADOS EN LA ORGANIZACION INTERNACIONAL

La evolución de las relaciones internacionales hacia su institucionalización mediante la constitución de entidades distintas a los Estados particularmente para la consecución de la paz y seguridad mundial, tiene hoy como expresión mas relevante a la Organización de las Naciones Unidas que compendia la experiencia histórica y fue concebida como un sistema de organizaciones internacionales.

La Carta de las Naciones Unidas establece como su objetivo primordial el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales en orden al cual se dispone un conjunto de medios y una estructura institucional, es decir, están previstos los mecanismos de que se vale la Organización para la procuración del mantenimiento de la paz y la seguridad mundial y el dispositivo orgánico al que corresponde la responsabilidad de tan delicada función; si bien esta cuestión última ha sido objeto de controversias al interior de la institución en cuanto a la distribución de competencias entre sus principales órganos.

Las actividades colectivas de los Estados y su voluntad concurrente son el origen de la organización internacional, que se establece mediante un tratado con el propósito de facilitar la cooperación institucionalizada entre Estados soberanos, lo cual, en última instancia, refuerza la estructura interestatal del sistema internacional.

La Organización de las Naciones Unidas, punto de convergencia de los esfuerzos de los Estados, para el logro de sus propósitos comunes no es, y así lo interpreta también el Tribunal Internacional de Justicia, un Estado y menos aún, un super Estado,¹ sus resoluciones no tienen carácter vinculatorio para los Estados miembros y sus competencias le han sido atribuidas por los Estados soberanos que la integran, las cuales llevan en si mismas sus propios limites.

¹ Tribunal Internacional de Justicia. Dictamen de 11 de abril de 1949 sobre reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas.

El Derecho Internacional contemporáneo no es entendible únicamente en función de los Estados soberanos sin consideración de los cambios que en su funcionamiento motiva el fenómeno de organización internacional, particularmente a través del ejemplo más evidente: la Organización de las Naciones Unidas cuestión apreciable en la función pública internacional con respecto a la soberanía de los Estados y las competencias exclusivas de estos con referencia a las Naciones Unidas.

5.1.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL Y LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS

El proceso de institucionalización del orden internacional trajo consigo el surgimiento de funciones especializadas de administración internacional, cuyas características requieren un ejercicio objetivo, imparcial e independiente por quienes las desempeñan.

La práctica internacional ha venido confirmando estos principios; así, en los trabajos preparatorios para el establecimiento de las Naciones Unidas se consideró que los miembros del Secretariado, se convierten temporalmente en funcionarios exclusivos de la Organización cuyas atribuciones son de índole internacional a efecto de fortalecer el ánimo de servicio a una causa universal.²

Conforme a estas consideraciones la administración internacional sería, en cierto modo, un factor de influencia en las relaciones internacionales, posibilidad que condujo a dos planteamientos opuestos con relación a las funciones del Secretario General que se han manifestado desde la conferencia de San Francisco hasta nuestros días: de una parte una corriente que pretende reducir al Secretariado internacional a funciones de tipo administrativo claramente subordinadas y, de la otra, la idea de un Secretario General próximo en funciones a un jefe del Ejecutivo de las Naciones Unidas, concepción esta que fue impulsada por Roosevelt, inspirado en el modelo del órgano Ejecutivo que establece la Constitución de los Estados Unidos de América.³

² Informe de la Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas (Londres 1945) Documentos PC/EX/113/Rev. 1, 12 de noviembre de 1945 y PC/20 de 23 de diciembre de 1945.

³ Langrod Georges, "La fonction publique internationale", Leyde, 1963, p.p. 158-159, cit. por Carrillo Salcedo, op. cit. p 242

Estos extremos no prosperaron y en la Carta se configuró una Secretaría General de índole diplomática cuyo alcance funcional sería determinable en la práctica conforme a la personalidad y las circunstancias políticas por las que la Organización discurriera, de tal suerte que en el contexto de prioridad de los órganos políticos colegiados, corresponde de alguna manera y medida al Secretario General de la Organización determinar circunstancialmente los límites de su función sin la consulta constante a los órganos políticos o a los Estados miembros.

5.1.1.- Naturaleza de la función pública internacional.

Con ocasión de la XV Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, formuló una propuesta que afectaba la esencia de la función pública internacional.⁴

Como fórmula de garantía de equilibrio y democracia, propuso sustituir el puesto de Secretario General por un órgano ejecutivo colegiado tripartito, argumentando la necesidad de impedir que el Secretario General actuara según los intereses de uno de los bloques en los que se suponía se agrupaban los Estados y se dividía el mundo.

La Unión Soviética sostuvo que “importa ante todo reorganizar con urgencia el puesto de Secretario General de manera que el órgano ejecutivo de la Organización de las Naciones Unidas no sea dirigido por una sola persona: el Secretario General; sino tres personas que representen los tres principales grupos de Estados existentes en la actualidad: los Estados socialistas, los neutralistas y los del bloque occidental. Sobre la misma base deberá reorganizarse todo el personal del Secretariado para que aquellos tres principales grupos de Estados estén representados sobre un pie de igualdad. Solo reorganizando radicalmente la estructura del Secretariado de la Organización de las Naciones Unidas, conforme a los principios enunciados, se llegara a crear un órgano ejecutivo verdaderamente internacional, llamado a contribuir a la realización de los fines y principios de la Carta”.⁵

El entonces Secretario General Dag Hammarskjöld consideró que la propuesta de la “troika” equivaldría al desconocimiento de los principios de

⁴ General Assembly Official Records. 15th Session, 869th Plenary Mtg., 23 de septiembre de 1960.

⁵ ONU., Documento A/4776 del 14 de junio de 1961. Apéndice, p.p. 1 y sigs.

independencia, imparcialidad y objetividad, consagrados por el artículo 100 de la Carta de las Naciones Unidas con demérito de la eficiencia de la Secretaría General y de la Organización.

El carácter de representación no solo meramente intergubernamental sino verdaderamente fraccionaria de Estados que la propuesta pretendía imprimirle a la Secretaría General, hubiera tenido por consecuencia que las personas que desempeñaran el cargo colegiado lo habrían hecho a costa de su independencia e imparcialidad institucional en la que la amenaza de parálisis del órgano ejecutivo sería permanente por virtud del obligado, mecanismo de toma de decisiones por unanimidad que entraña la fórmula colegiada ante la posibilidad del ejercicio del veto implícita en la propuesta.

El principio de independencia e imparcialidad de la función pública internacional se ha venido afirmando en la práctica internacional. Sobre esta cuestión en el informe Balfour se dice: “una vez nombrados los miembros del Secretariado, no están al servicio de su país de origen, sino que se convierten temporal y exclusivamente en funcionarios de la Sociedad de Naciones. Sus atribuciones no son nacionales sino internacionales. De ningún modo debe debilitarse el sentimiento que tienen de servir a una causa internacional...”⁶

La Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas (Londres 1945), señala en su informe que todo carácter representativo queda excluido de la función pública internacional y de los miembros del Secretariado: “en el ejercicio de sus funciones, el Secretario General y el personal del secretariado no serán los servidores del país del que fuesen nacionales sino, exclusivamente, servidores de las Naciones Unidas”.⁷

El Secretario Hammarström en su respuesta a los señalamientos soviéticos advirtió que la solución del problema estaba condicionado por el concepto que se tuviera de la función de las Naciones Unidas:

“... si bien la Organización - si se la considera como una conferencia diplomática permanente- podría muy bien ser servida por una Secretaría plenamente internacionalizada pese a no necesitarla, la otra concepción de la Organización y de su papel no puede satisfacerse con nada que no sea

⁶ Personnel du Secretariat. Rapport présenté par le représentant britannique M.A.J. Balfour au Conseil de la Société des Nations. S.d.N., Journal Officiel, num. 4 junio 1920, pp. 137-139.

⁷ Informe del Comité Ejecutivo y PC/20, de 23 de diciembre de 1945.

una Secretaría exclusivamente internacional y, por tanto, no es posible conciliarla con una Secretaría compuesta sobre la base de las diferentes tendencias y de la hipótesis de que los intereses representados en los órganos principales también deberán estar representados y ser propugnados en la Secretaría”.⁸

La propuesta de la Unión Soviética fue una reacción ante la concepción que Hammarxjöld pretendía imbuirle a la Organización proclive a una Secretaría General competente para asumir posición respecto de los posibles conflictos en la medida que éllo tuviera apoyo en la Carta de las Naciones Unidas y en sus principios consolidando de esa forma una administración diplomática.

El Secretario General se proponía desarrollar una diplomacia preventiva que colmara o previese los vacíos de poder entre los bloques afirmando que:

“toda acción preventiva debe encaminarse primordialmente a rellenar el vacío de forma que no provoque por parte de cualquiera de los principales Potencias una acción cuya iniciativa podría tener propósitos preventivos, pero originara al mismo tiempo contramedidas del otro bando. Aunque los procedimientos a que las Naciones Unidas pueden recurrir para rellenar ese vacío y evitar así tales iniciativas difieren en cada caso, tienen todos un aspecto común: interinamente, y en espera de que se rellene el vacío con medidas normales, las Naciones Unidas entran en escena en la inteligencia de que no tienen compromisos adquiridos con ningún bloque de Potencias y pueden por tanto, conforme a sus medios, proporcionar a todas las partes una garantía contra iniciativas de otras”.⁹

Conforme a la propuesta de la URSS, el Secretariado sería un órgano intergubernamental fácilmente politizable y con dificultades para decidir con oportunidad, en tanto que el Secretario General es y debe ser un funcionario internacional con sus características de independencia e imparcialidad y posibilidades de decisión y acción oportunos.

⁸ ONU., Documento A/4800/Add.1

⁹ ONU., Asamblea General. Documentos oficiales: XV período de sesiones. Suplemento num. I A (A/4390/Add. 1, pp. 4 y 5).

5.1.2.- Carácter y posición de la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas.

La visión de una Secretaría General mas ejecutiva y custodio de la Carta, consideraba Hammar skjöld, que se sustentaba en la propia Carta sin contraponerse a los principios básicos de la misma ni modificar el carácter del Secretariado ni la posición que ocupa respecto de la Asamblea General o el Consejo de Seguridad.

En la introducción a la Memoria anual de 1958-1959, el Secretario General señalaba que estos hechos suponían una intensificación y una extensión de la acción recíproca entre esos órganos principales y la Secretaría, conservando dichos órganos la principal autoridad y, en consecuencia, las funciones de mayor amplitud que en casos determinados haya desempeñado el Secretario General, no modifican en nada el carácter de las Naciones Unidas cuyas actividades dependen totalmente de las decisiones de los Gobiernos.¹⁰

En la Memoria del periodo 1960-1961, explicaba el cambio y su fundamento jurídico en la Carta y comentaba: “. Si bien en ella (la Carta) se presta gran atención a los principios y propósitos de la Organización, es poco lo que se dice acerca de la estructura ejecutiva. Esto no significa, que la Carta haya excluido en forma alguna esa estructura o la acción ejecutiva, sino tan solo que, en la etapa del pensamiento internacional cristalizado en la Carta, predominaba el concepto de organismo de conferencia y la necesidad de una acción ejecutiva no había despertado todavía la atención que iba a suscitar posteriormente como resultado de los acontecimientos”.

Refiriéndose a los métodos seguidos, Hammar skjöld, en el propio informe señala: “... se han creado subcomités para investigar los hechos o entablar negociaciones sobre el terreno; se ha estacionado misiones en zonas de conflicto para cumplir tareas de observación y de negociación; se han enviado grupos de observadores con carácter temporal; por último, se han organizado fuerzas de policía bajo el patrocinio de las Naciones Unidas a fin de asistir a los gobiernos interesados a defender los principios de la Carta”.

“En muchos casos el carácter de los mandatos ha sido de tal índole que, al desempeñar sus funciones, el Secretario General se ha visto forzado al mismo

¹⁰ ONU., Documentos A/4132-Add. 1 yA/4800/Add.

tiempo a interpretar las decisiones habida cuenta de la Carta, de los precedentes de las Naciones Unidas y de los objetivos e intenciones expresados por los Miembros. En tales casos, el Secretario General ha estado obligado a solicitar orientación en la medida de lo posible, de los órganos principales; pero cuando no se ha dado esa orientación los acontecimientos han llevado a veces a una situación en que ha tenido que cargar con la responsabilidad de cumplir ciertas funciones políticas limitadas acordes con el espíritu del artículo 99 y jurídicamente basado en el artículo 98 de la Carta.”¹¹

La afirmación del Secretario Hammarskjöld de que la acción de la Secretaría General se había sujetado a las decisiones de los órganos políticos evidentemente se basaba en la parte del artículo 98 de la Carta que señala: “... y desempeñará (el Secretario General) las demás funciones que le encomienden dichos órganos...” cuyo alcance es ciertamente discutible y por ende las competencias fijas en tal disposición.

La iniciativa personal e independiente y el ensanchamiento de competencias de la Secretaría General fue objeto de críticas señalando la Unión Soviética que el desarrollo de la Operación de las Naciones Unidas en el Congo no se había ajustado a los artículos 47 y 48 de la Carta “pues había sido el Secretario General quien había determinado que Estados serían invitados a participar en la acción de las Naciones Unidas que de este modo, había sido dirigida por el Secretario General”.

El Secretario General consideraba que su responsabilidad institucional no podía eludirse por la simple razón de que la ejecución de las decisiones adoptadas se prestaran a controversia; “el Secretario General de las Naciones Unidas, tiene la obligación de ejecutar las decisiones políticas adoptadas por los órganos competentes de la Organización, y debe hacerlo en virtud de su propia responsabilidad y no en función del interés de que no importa que Estado o grupo de Estados”.¹²

La función pública internacional con la amplitud que proponía Hammarskjöld, se enfrenta con limitaciones jurídicas y, sobre todo, políticas;

¹¹ Introducción a la Memoria Anual del Secretario General, sobre la labor de la Organización (1960-1961) Documento A/4800/Add.1, p. 5.

¹² Dag. Hammarskjöld: *The International Civil Servant in Law and in Fact*, 1ª. ed. Edit. Oxford University Press, 1961, p. 23-24.

a este respecto son pertinentes las reflexiones de U.Thant, sucesor del ilustre diplomático Finés en la Secretaría General de las Naciones Unidas :

“Ningún Secretario General puede atreverse a perder un sentido de obligación hacia la comunidad humana en su sentido más amplio la obligación de agotar esfuerzos para convertir en realidad los principios y objetivos de la Carta... Otra calidad que un Secretario General no puede arriesgarse a perder es un sentido urgente de realismo político... Esos son los dos polos del mundo del Secretario General: a un extremo el idealismo y los objetivos globales de la Carta; al otro, la índole pragmática y a veces francamente egoísta, de la soberanía nacional. Trabajando entre esos dos polos, el Secretario General no puede perder de vista a ninguno de ellos”.¹³

Refiriéndose a la problemática del ámbito competencial de la Secretaría General y la dilatación del mismo que buscó Hammarskjöld, el maestro Carrillo Salcedo apunta: “... la estructura global de la sociedad internacional sigue siendo una estructura de poder que sólo en segundo lugar es funcional, y que, en última instancia, la validez de una estructura institucional depende de su conformidad con el sistema de relaciones internacionales en el que aquélla se desenvuelva y actúa y del que, al menos en parte, es expresión. En este sentido, aunque la Carta prevé y la práctica no ha hecho mas que confirmarlo, la existencia de mecanismos institucionales que permiten la manifestación de una voluntad propia de la Organización, esta no es del todo independiente de las voluntades de los componentes de la Organización, Estados Soberanos”.¹⁴

El principio de igualdad soberana de los Estados es fundamento mismo de la Organización, así lo consagra el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas en su primer párrafo, el cual permea y condiciona el proceso de institucionalización de la Sociedad Internacional, las instituciones surgen como consecuencia de la actividad concurrente de las comunidades estatales en el plano internacional, es así que el artículo 1 de la Carta, en su apartado 4 señala como propósito de las Naciones Unidas el de “servir de Centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos”.

¹³ Seara Vazquez, Modesto, “Tratado General de la Organización Internacional”. Segunda ed. Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1982 p-244

¹⁴ Ibidem.. p. 255.

El ejercicio de las funciones de la Organización, cuya naturaleza es esencialmente política, se sustenta en la voluntad de los Estados Miembros; la voluntad propia de la Organización emanada de la Carta de las Naciones Unidas no es absoluta, esta condicionada por la voluntad de los Estados que la integran en particular por la de las grandes potencias y, por ende, las facultades y el protagonismo del Secretario General, cuyas posibilidades de expresión real son acordes al contexto político existente en un determinado momento del orden internacional.

5.2.- LA JURISDICCIÓN RESERVADA DEL ESTADO Y LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.

La cuestión de la competencia reservada en Derecho Internacional, es concomitante al surgimiento de las Organizaciones internacionales. En el Derecho Internacional clásico no había lugar a deslindes en cuanto a las materias competencia del Estado soberano, en tanto que en principio todas eran de su exclusiva incumbencia, con la salvedad de aquellas que estuviesen reguladas por normas de Derecho Internacional consuetudinario o convencional y únicamente procedía el conocimiento de controversias por instancias internacionales cuando los Estados así lo hubiesen aceptado expresamente.

La excepción de jurisdicción interna se preveía en ciertas cláusulas de tratados que establecían el arbitraje obligatorio y es en el Pacto de la Sociedad de Naciones cuando se delinea con mayor claridad.

En efecto, el artículo 12 párrafo 1 del Pacto de la Sociedad de Naciones establecía la obligación de los Estados Miembros de someter al arbitraje o al examen del Consejo, o en su caso, de la Asamblea, todo conflicto que surgiera entre ellos.

En el párrafo 8 del artículo 15 del Pacto, se fundó la excepción de competencia interna con el propósito de vencer las oposiciones manifestadas en los Estados Unidos de América respecto del riesgo de injerencia de la Organización internacional en materias económicas y sociales consideradas de carácter interno, el cual disponía:

“Si alguna de las partes pretendiere, y el Consejo lo reconociese así, que la controversia versa sobre alguna cuestión que el Derecho Internacional deja

a la competencia exclusiva de esta parte, el Consejo lo hará constar en un informe pero sin recomendar ninguna solución”.

La excepción significó un medio de defensa que posibilitaba al Estado parte de una controversia, el evitar que se discutiera el fondo de la cuestión demostrando que la misma, en tanto que litigio, se encontraban dentro del supuesto previsto por el artículo 15 en su párrafo 8, correspondiendo al Consejo la consideración sobre la pertinencia del fundamento de la excepción.

En cuanto a la amplitud de la procedencia de la excepción o cuestiones que pudieran considerarse como de jurisdicción interna, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional estimó necesario individualizar muy estrictamente las bases del mismo.

En su dictamen consultivo sobre el decreto de nacionalidad en Túnez y Marruecos, el Tribunal Permanente señaló que la determinación del contenido de la competencia reservada plantea “una cuestión esencialmente relativa”, por estar condicionada por el desarrollo del Orden internacional y manifestó la imposibilidad de pronunciarse sobre este punto sin tomar en consideración las particularidades de cada caso.¹⁵

El Tribunal dijo también que la “materia a la cual se vincule la cuestión litigiosa no es, en modo alguno decisiva por sí misma pues “es perfectamente posible que en una materia como la nacionalidad, que no se halla en principio regulada por el Derecho Internacional, la libertad del Estado de disponer a su arbitrio se halle sin embargo restringida por compromisos anteriormente contraídos frente a otros Estados”. En este caso, la competencia del Estado, exclusiva en principio, “se encuentra limitada por normas de Derecho Internacional”.¹⁶

Considera el maestro de Visscher que “La distinción entre “materias” y “cuestiones” tiene, por ello, una importancia capital: un convenio internacional relativo a una “materia” que, en principio, dependa de la competencia exclusiva sustrae del ámbito de esta competencia toda “cuestión” relativa a la interpretación o aplicación de dicho convenio”

¹⁵ Cour Permanente de Justice Internationale. Dictamen del 7 de febrero de 1923: Serie B, num 4 pp. 24-25.

¹⁶ ONU., Cour Internationale de Justice: Affaire Notebohm. Recueil 1955.

El artículo 2, párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas hace una formulación diferente de la cuestión.

“Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas previstas en el Capítulo VII”.

5.2.1.- Los criterios de la Organización de las Naciones Unidas sobre la jurisdicción interna de los Estados.

Como consecuencia de la enmienda presentada por las potencias convocantes a la Conferencia de San Francisco, respecto de las propuestas, para la elaboración del artículo 2 párrafo 7 de la Carta, y en la que ya no se facultaba a ningún órgano para conocer sobre la interposición de excepciones de competencia interna además se sustituyó el inciso relativo a “materias que el Derecho Internacional considera dentro de la jurisdicción interna”, por la expresión “cuestiones que son esencialmente de la competencia nacional del Estado interesado”.¹⁷

La supresión de la referencia al Derecho Internacional en el texto modificado, fue defendida por el representante de los Estados Unidos, aduciendo el carácter cambiante de la norma jurídica internacional y oponiéndose también a facultar al Tribunal Internacional de Justicia para determinar si un caso concreto correspondía a la jurisdicción doméstica, ni aún en el ejercicio de la función consultiva.¹⁸ Rousseau, afirma que el retroceso jurídico en este terreno es indiscutible.

El párrafo 7 del artículo 2 de la Carta, ciertamente es de difícil interpretación jurídica por su omisión de referencia al Derecho Internacional y aludir a “asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados” de lo que pudiera desprenderse que casuísticamente de forma discrecional el órgano competente que conozca del problema decidirá sobre la cuestión.

¹⁷ Díez de Velasco Manuel: op. cit. p. 93.

¹⁸ Ibid, p. 94.

Por la indagación histórica sobre la disposición, como lo relevan párrafos anteriores, la nueva formulación que sustituyó los términos del artículo 15 párrafo 8 del Pacto, tuvo por objeto proteger el ámbito de competencia reservada de los Estados de la injerencia de la Organización.

No obstante, en la práctica de las Naciones Unidas no ha prevalecido una interpretación extensiva que amplíe los asuntos esencialmente domésticos de los Estados y la imprecisión de la disposición ha dado margen en algunos casos para que la Organización deniegue la excepción de jurisdicción interna y afirme su propia competencia.

En favor de la competencia reservada de los Estados se esgrime la existencia de ciertas materias que siempre atañen a la jurisdicción interna, lo cual difiere de la relatividad característica de la cuestión por razón de su vinculación con la evolución de las relaciones internacionales según lo consideró el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en su dictamen consultivo sobre las nacionalidades.

La competencia exclusiva de los Estados sobre todas las cuestiones que el Derecho Internacional no regula es un problema delicado, que al no habersele planteado a su consideración, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional evitó cuidadosamente pronunciarse al respecto.

Se afirma igualmente que la disposición del párrafo 7 del artículo 2 de la Carta, es un principio que permea al resto del articulado de la Carta salvo el caso de la acción coercitiva del Consejo de Seguridad.

Las tesis que pretenden la internacionalización de la competencia interna de los Estados se basan en argumentos generales e interpretaciones específicas del párrafo 7 del artículo 2 de la Carta, destacan la relatividad de la cuestión de la jurisdicción interna; afirman que la competencia de la Organización debe presumirse en todo asunto de alcance internacional; sostienen que la intervención de las Naciones Unidas solo se daría cuando la resolución que el órgano competente adoptase estuviese dirigida a un Estado particular; que las Naciones Unidas tienen competencia para actuar tratándose de derechos y obligaciones que deriven de un tratado; competencia también en todas las cuestiones referentes a la autodeterminación de los pueblos; que la Asamblea General es competente para determinar a que territorios se aplica el Capítulo XI de la Carta; que las Naciones Unidas están facultadas para requerir información política respecto de los territorios no autónomos en el marco del

artículo 73 (e) de la Carta; que la Asamblea General tiene competencias en todas las cuestiones relativas a Derechos humanos.

En una consideración de las perspectivas futuras del problema De Visser afirmó que “la delimitación de ambos campos es, como ya había expresado el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, una cuestión relativa, estrechamente vinculada a la evolución de las relaciones internacionales. Por tratarse de un problema de transformación tal delimitación puede presentar aspectos políticos que no siempre permitan aplicar criterios jurídicos”.¹⁹

En el supuesto de que la práctica permitiera afirmar que los asuntos internos en el sentido de la Carta, son únicamente aquellos que no afecten de manera esencial a los intereses de otros Estados a juicio de Carrillo Salcedo tal interpretación sería meramente política y carente de criterios jurídicos precisos.²⁰

Por otra parte la afirmación no es correcta, ante la imposibilidad de prescindir de la existencia de competencias autónomas de los Estados; bajo ese supuesto los Estados “dejarían de existir en cuanto tales y, con ellos, el Derecho Internacional para dejar paso a un Estado mundial y a un ordenamiento jurídico diferente”.²¹

El Derecho Internacional vigente está fincado en el reconocimiento de los Estados soberanos cuya existencia conlleva ciertas materias reservadas, en principio, a la jurisdicción interna del Estado, competencia exclusiva que puede restringirse o limitarse por una norma de Derecho Internacional; taxativa esta que deberá acreditarse, de otra suerte la cuestión será de competencia nacional.

En ausencia de una norma de Derecho Internacional que disponga lo contrario debe presumirse la competencia exclusiva del Estado sobre una cuestión.

¹⁹ Ibidem. p. 248.

²⁰ Ibidem. p. 267.

²¹ Ibidem.

5.2.2.- Significado jurídico de la competencia reservada de los Estados.

En consecuencia con la evolución del Derecho Internacional, materias antes ubicadas en el ámbito competencial reservado de los Estados, han transitado al orden internacional y hoy son objeto de normas internacionales.

La Carta de las Naciones Unidas ha impuesto obligaciones jurídicas a la Organización y a los Estados Miembros en varios de sus preceptos los cuales han sido desarrollados institucional y convencionalmente; tal es el caso de los deberes que comportan para los Estados en materia de Derechos Humanos lo dispuesto por el preámbulo y los artículos 1,55 inciso c); 56 y 78 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Derecho Internacional contemporáneo norma también el principio de libre determinación de los pueblos, formulado en sus artículos 1, párrafo 2, y 55 de la Carta y ha sido desarrollado en resoluciones, especialmente en la Resolución 1514 de la Asamblea General y de igual forma la zona internacional de los fondos marinos y oceánicos y sus recursos, patrimonio común de la humanidad que es objeto de la Resolución 2749 de la Asamblea General y de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Los derechos humanos son un exponente de la evolución y problemática actual de la jurisdicción reservada de los Estados en el Derecho Internacional en vigor. La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos no definen con precisión estos derechos, ni acreditan un propósito inicial de los Estados firmantes de esos documentos de contraer una obligación internacional de respeto a las normas relativas, tan solo darles un valor declarativo y programático; de ahí la necesidad de establecer los Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos, ambos de 1966.

Ambos Pactos, vigentes desde 1976 definen los derechos humanos y su alcance e importan una obligación jurídica formal de reconocer a sus nacionales los derechos enunciados en la Declaración Universal de 1948 incluyendo los Derechos de minorías nacionales; así, el artículo 27 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías, el derecho que

les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Los Estados no pueden impugnar la competencia de la Organización de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos invocando el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta.

Verdross señala que en la Carta se advierten tres categorías en que son clasificables los asuntos en razón de la competencia a que se sujetan:²²

- Cuestiones reguladas cabalmente por el Derecho Internacional como el Derecho diplomático o consular.
- Cuestiones que en principio son de competencia nacional de los Estados cuyo ámbito puede limitarse por convenios internacionales, por ejemplo la nacionalidad a excepción de los aspectos relacionados con la protección diplomática y la utilización de la nacionalidad en el plano internacional.
- Cuestiones en principio regidas por el Derecho Internacional, pero con un amplio margen de discrecionalidad de los Estados

El artículo 2, párrafo 7 de la Carta custodia la soberanía de los Estados, su exclusividad competencial al interior de sus territorios. Es una taxativa para la Organización que posibilita la elusión de su injerencia en las cuestiones internas del Estado con la salvedad de las obligaciones jurídicas internacionales a cargo del Estado de que se trate y es un impedimento a la actuación de las Naciones Unidas sin el consentimiento del Estado y superponiéndose a su autoridad, excepto en los casos de acción coercitiva que determine el Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta.

Cierto es que el párrafo 7 del artículo 2 de la Carta no remite al Derecho Internacional para discernir que cuestiones y materias son de competencia reservada de los Estados, sin embargo es evidente que su acotación se establece en función del Derecho Internacional, en correlación con el

²² Verdross Alfred; *La compétence nationale dans le cadre de L'ONU et l'indépendance des Etats*”, en *Revue Générale de Droit International Public*, 1965, pp. 322 y 323.

CAPITULO 6

LA ORGANIZACION DE LAS NACIONES UNIDAS Y LA SOBERANIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

6.1- LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

El tratado constitutivo da vida a las organizaciones internacionales, es el acta fundacional o genésica de su personalidad jurídica; convención orgánica y atributiva de competencias para el ejercicio de sus funciones en orden a sus objetivos institucionales.

Las competencias otorgadas por su tratado constitutivo a una Organización internacional, están determinadas en forma expresa o son determinables mediante la interpretación del tratado.

La interpretación de un tratado conlleva el problema de los criterios aplicables en cuanto a la valoración de tres elementos esenciales: texto, intención de las partes y los objetivos y fines del tratado; así, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala:

1.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2.- Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado.

3.- Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:

- a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado,
 - c) Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

La Comisión de Derecho Internacional en su comentario al artículo 27 del Proyecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hoy 31 del Tratado, se inclina por la primacía del texto en cuanto manifestación auténtica de la intención de las partes; por consiguiente, interpretar es precisar el sentido del texto y no el indagar la intención de los contratantes; afirmación sustentada en la jurisprudencia internacional como el asunto de los derechos de los nacionales de los Estados Unidos en Marruecos en el que el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 27 de agosto de 1952 dijo que:

“... la interpretación no consiste en revisar los tratados ni en entender que disponen lo que no dicen de manera expresa ni esta necesariamente implícito en ellos”.¹

Una interpretación en contrasentido de los términos de un tratado no sería interpretar sino revisar el tratado; como el propio Tribunal de Justicia Internacional lo ha señalado; sin embargo, el límite en ocasiones es impreciso particularmente tratándose de las disposiciones “necesariamente implícitas” en los acuerdos.

6.1.1.- Las facultades implícitas de las organizaciones internacionales.

Las competencias atribuidas a las Organizaciones internacionales por los Estados miembros mediante el tratado constitutivo propenden al cumplimiento de sus fines institucionales lo cual condiciona todo análisis

¹ ONU., International Court of Justice: Reports 1952, pp. 196 y 199.

interpretativo de su convención orgánica imprimiéndole un carácter de exégesis teleológica.

La hermenéutica de un tratado constitutivo discurre entre la soberanía de los Estados miembros y los requerimientos jurídico-funcionales de la Organización para el cumplimiento de sus fines. En ese contexto, una interpretación extensiva y predominante de las competencias de la Organización, lleva el riesgo de desconocer o vulnerar la soberanía de los Estados miembros y, por ende, de su improcedencia y consiguiente impugnación. En contraposición, si la soberanía prevalece en forma exclusiva y se desecha la interpretación teleológica, la Organización se vería menguada en su eficacia y acaso imposibilitada para ejercer sus funciones.

La teoría de las competencias implícitas ha sido adoptada por la doctrina y aplicada en la jurisprudencia en el caso de las Organizaciones internacionales. En efecto, es particularmente importante el dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949, sobre la reparación de daños sufridos al servicio de la Organización en el que, después de afirmar la personalidad internacional de las Naciones Unidas para alcanzar sus fines, sostuvo que, la Carta de las Naciones Unidas no ha conferido expresamente a la Organización la facultad de incluir en su demanda de reparación los daños causados a la víctima y sus herederos, preguntándose el Tribunal si cabe deducir de las disposiciones de la Carta que las Naciones Unidas tiene el poder de asegurar a sus agentes una protección limitada y en su conclusión afirma que:

“Según el Derecho Internacional la Organización debe ser considerada como poseyendo estos poderes que, si no están expresamente enunciados en la Carta, son por una consecuencia necesaria, conferidos a la Organización en tanto que esenciales al ejercicio de las funciones de esta”.²

El Tribunal Internacional de Justicia, aplicó en la cuestión la teoría de las competencias implícitas de la Organización y dedujo consecuencias jurídicas muy importantes del vínculo que une al Agente con la Organización a la que sirve.

² ONU., International Court of Justice: Reparación for injuries suffered in the service of the United Nations. Reports 1949 pp. 196 y sigs.

En pronunciamientos posteriores el propio Tribunal de Justicia Internacional ha aplicado y desarrollado la teoría de las competencias implícitas de Naciones Unidas.

La resolución por la cual la Asamblea de la Sociedad de Naciones proclamó su disolución, adoptada el 18 de abril de 1946, no precisó a que órgano internacional correspondía conocer del cumplimiento de las obligaciones a cargo de Sudáfrica por virtud del Mandato sobre el Territorio del Suroeste Africano, funciones que originalmente habían sido ejercidas por el Consejo de la Sociedad, imprevisión en que también incurrió la Carta de las Naciones Unidas.

El Tribunal Internacional de Justicia, abordó esta cuestión recurriendo de nuevo a la teoría de las competencias implícitas de la Organización y en su dictamen de 11 de julio de 1950 afirmó la vocación de las Naciones Unidas para asumir la vigilancia del Mandato y sostuvo que el órgano competente al efecto era la Asamblea General, según "se deduce de los términos generales del artículo 10 de la Carta, que autoriza a la Asamblea para discutir cualesquiera asunto o cuestiones dentro de los límites de la Carta".³

La Carta atribuye competencia a la Asamblea General para reglamentar las relaciones con el personal de la Secretaría, y en cuyo ejercicio de la Asamblea estableció el Tribunal Administrativo, a pesar de que la Carta no le confirió funciones jurisdiccionales. Para tal efecto se consideró la gravedad de la contradicción en que se incurriría si excluía a sus propios trabajadores de la protección judicial o arbitral en sus conflictos laborales con la propia Organización contraviniendo uno de sus propósitos fundamentales como es el de promover la libertad y la justicia.

Refiriéndose a la competencia de la Organización para crear un órgano jurisdiccional administrativo, el Tribunal Internacional de Justicia, en su dictamen de 13 de julio de 1954 dijo:

" el poder de crear un Tribunal encargado de hacer justicia entre la Organización y sus funcionarios, era esencial para asegurar el buen funcionamiento del secretariado, y para dar efecto a esa consideración dominante que es la necesidad de asegurar las mas altas calidades de

³ ONU., International Court of Justice: International Status of South-West Africa. Reports 1950, p. 137.

trabajo, competencia e integridad. La capacidad de hacerlo esta, pues, necesariamente implícita en la Carta”.⁴

El Tribunal Internacional de Justicia con sus valiosos dictámenes ha contribuido al establecimiento de un principio de solución a la problemática de la hermenéutica de las convenciones orgánicas o tratados constitutivos de organizaciones internacionales mediante la adopción de sustentos doctrinarios como la teoría de las competencias implícitas, sin embargo persiste la cuestión formulada inicialmente sobre los límites de la propia teoría y las fronteras de la interpretación teleológica; en ese sentido es particularmente interesante el caso de la asunción de funciones por la Asamblea General para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional que formalmente le corresponden al Consejo de Seguridad.

6.1.2.- La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz.

El objetivo primordial del mantenimiento de la paz, ha requerido de la interpretación de la Carta en cuanto a competencia de los órganos de las Naciones Unidas respecto de la adopción de medidas para sostenerla, recurriendo, como hemos visto, a la llamada teoría de las competencias implícitas.

El esquema de seguridad descansa sobre un supuesto básico, la unanimidad de las Grandes Potencias para cooperar entre sí o tolerar acciones colectivas en casos de perturbaciones de la paz; en esa virtud el derecho de veto se estableció como garantía para impedir que la Organización pudiera desvirtuarse convirtiéndose en una alianza al servicio de una potencia o grupo de potencias.

El veto es criticable, sin embargo, De Visscher nos recuerda que el veto de los miembros permanentes fue una condición *sine qua non* de la Carta y añade: “se equivoca la crítica cuando presenta el veto como factor decisivo de la parálisis que ha congelado al Consejo de Seguridad, pues lo cierto es que, con veto o sin él, ninguna decisión de verdadera envergadura política, y sobre todo ninguna medida coercitiva, hubiera podido adoptarse directamente

⁴ ONU., International Court of Justice: Effect of Awards of compensation made by the United Nations Administrative Tribunal. Reports 1954, pp. 47 y sigs., en especial p. 57.

contra una gran Potencia, ni tampoco - en el actual estado de división del mundo- contra un Estado protegido por una gran Potencia. En toda esta situación, el veto no es más que un instrumento; la causa real de la misma se haya en el estado de las relaciones políticas básicas existentes entre los Grandes”⁵

Con el derecho de veto de los Miembros Permanentes del Consejo, el sistema de seguridad de la Carta estableció desde su origen una limitación esencial “toda tentativa de aplicar sanciones a un miembro permanente fue renunciada deliberadamente y de antemano. Esto se justifica con la consideración realista de que aplicar medidas coercitivas contra una gran potencia no es mantener la paz sino iniciar la tercera guerra mundial”.⁶

En la época de la guerra fría, como señala el Embajador Castañeda,⁷ se inició la tendencia de la Asamblea General de ampliar cada vez más su radio de acción para abordar las controversias graves, entre otras razones: por insuficiente claridad de la Carta al respecto; por la imprecisión y elasticidad del termino “gravedad” de un asunto; por el abuso del veto en que incurrió la Unión Soviética en los primeros años de vida de las Naciones Unidas y por las dificultades de solucionar coercitivamente controversias de ese carácter, lo que ha inducido a los Estados a acudir a la Asamblea para movilizar en su favor la opinión pública mundial.

El propio autor comenta: “...este nuevo desarrollo no deja de ser lamentable. La Asamblea puede ser eficaz cuando las controversias no son suficientemente peligrosas; en otros términos, cuando se pueden resolver mediante la presión moral de una recomendación apoyada por gran número de votos. Pero cuando una controversia o situación afecta de manera apreciable los intereses de las grandes potencias para que su arreglo real requiera el acuerdo entre ellas, entonces, de acuerdo con lo dicho anteriormente, el órgano más idóneo por su composición y por su procedimiento para estimular y finalmente forzar ese acuerdo es el Consejo de Seguridad. La Asamblea, en cambio, debido tanto a su incapacidad constitucional para adoptar decisiones obligatorias como a su composición, que imprime un peculiar carácter a la

⁵ Ibidem p. 118.

⁶ Jiménez de Aréchega, op.cit. p. 118.

⁷ Castañeda Jorge, “México y el orden internacional” Primera reimpresión Edit. El Colegio de México, México 1966 p. 126 y sigs.

actuación de los Estados en su seno, cae con frecuencia en la engañosa facilidad de adoptar resoluciones que de antemano se saben poco viables y que representan más una sanción moral contra una minoría que una fórmula eficaz de arreglo”.

Las controversias de cierta gravedad no han sido resueltas adecuadamente por la Asamblea pues su solución es peculiar de un cuerpo propicio para la negociación y el acuerdo entre los Grandes, únicos capaces de tomar decisiones realistas equilibrando sus propios intereses y los de sus aliados, como el Consejo de Seguridad. El problema consiste en que el Consejo de Seguridad cuente con mayores facilidades para actuar en el arreglo pacífico de controversias, en consecuencia, es necesario suprimir el veto en esta materia; en cambio, la posibilidad de tomar medidas coercitivas, debe continuar siendo paralizante mediante el veto.

Por lo que respecta a la práctica del veto durante la guerra fría, se han exagerado las consecuencias y alcances de su interposición, particularmente por la Unión Soviética, según comenta el propio autor, e inclusive las consecuencias de haberlo eludido recurriendo al artificio de las recomendaciones de la Asamblea General, en realidad significaron mayores dificultades para las negociaciones y el restablecimiento o aseguramiento de la paz, que el propio veto. El ejemplo más claro lo constituye sin duda la guerra de Corea, que se amplió y prolongó al grado de la posibilidad de haber desencadenado otro conflicto de alcance mundial.

Parece conveniente y necesario mantener el equilibrio funcional previsto por la Carta entre la Asamblea General y el Consejo de Seguridad. Las pequeñas y medianas potencias no serían las beneficiarias de la supresión del veto en los supuestos de amenazas graves, quebrantamiento de la paz o actos de agresión. En cuanto a los pequeños países el veto ayuda a evitar que se vean arrastrados, inclusive contra su voluntad auténtica, a empresas que corresponden a los intereses de las Potencias. En ese sentido el veto opera más como una defensa favorable a los países pequeños que a los grandes.

En la década de los cincuentas se planteó la necesidad de un desarrollo de la Carta que permitiera superar las dificultades por la no implementación del capítulo VII por virtud del ejercicio del veto, con la consecuente paralización del Consejo de Seguridad, fundándose para ello en las facultades residuales y la responsabilidad secundaria de la Asamblea General en cuanto a la paz y seguridad.

En efecto con motivo del ataque armado de Corea del Norte contra Corea del Sur en junio de 1950, el Consejo de Seguridad determinó la existencia de una agresión y no pudiendo disponer la utilización de fuerzas armadas, recomendó a los Estados Miembros ayudar al Estado agredido.

No obstante la dificultad previsible para que en lo futuro el Consejo de Seguridad utilizara el mismo mecanismo en condiciones similares, la experiencia mostró la eficiencia de la recomendación como medio para organizar la acción colectiva contra la agresión a nombre de las Naciones Unidas de lo cual se infirió que la Asamblea General, que solo tiene la facultad de recomendar, podía movilizar igualmente a los Estados y propiciar una acción colectiva en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión.

La Asamblea General adoptó la resolución 377 "Unión Pro Paz" permitiéndole intervenir en el campo de la seguridad internacional que había sido exclusividad del Consejo de Seguridad. La Resolución preveía que la Asamblea General podía ser convocada a sesiones de emergencia por el Consejo de Seguridad cuando, en situaciones críticas, el Consejo se viera paralizado por el desacuerdo de sus miembros permanentes; previéndose además que en esas sesiones, la Asamblea General pudiera recomendar a los Estados miembros la adopción de medidas colectivas, incluido el uso de la fuerza armada en caso de ruptura de la paz o de un acto de agresión. Con ello se creaba la posibilidad, no prevista en la Carta, de un sistema de seguridad aplicable a la agresión cometida o apoyada por un Estado Miembro.

Esta exégesis de la Carta o desarrollo constitucional fue enérgicamente impugnada por la Unión Soviética con base especialmente en la última frase del artículo 11 párrafo 2 de la Carta que señala que: "toda cuestión (relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales) con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla". El representante Soviético aducía que el término "acción" alude al uso de la fuerza armada según se desprende del artículo 42, con la obligación consiguiente de referir las cuestiones relativas al quebrantamiento de la paz o la seguridad, dada la carencia de facultades de la Asamblea General de hacer recomendaciones a ese respecto y la exclusividad competencial del Consejo de Seguridad en la materia.

Diversos autores consideran que el vocablo acción alude a coercitividad; así, para Kelsen, "acción en el sentido de la Carta significa 'acción coercitiva' ('enforcement action'), esto es, cualquier uso de la fuerza, especialmente el

uso de la fuerza armada. Si la Asamblea General es de opinión que en un asunto que está considerando es necesario el empleo de la fuerza armada, deberá referir este asunto al Consejo de Seguridad sin hacer recomendaciones sobre tal asunto. Esta fue probablemente la intención de los autores de la Carta”.⁸

Quienes sostenían la Resolución 377, argumentaban que la responsabilidad asignada al Consejo de Seguridad era primordial en el terreno de la seguridad, vocablo que implica la existencia de una responsabilidad secundaria o subsidiaria que la Asamblea General posee, atento a lo dispuesto en el artículo 10 que le otorga amplio poderes de recomendación lo cual se confirma con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 11 toda vez que la limitación que establece el párrafo 2 del propio artículo 11, se refiere a aquella acción de carácter obligatorio que puede ser ordenada únicamente por el Consejo, mas no así las meras recomendaciones.

En diciembre de 1961, la Asamblea General resolvió consultar la opinión de la Corte Internacional de Justicia respecto de “ciertos gastos de las Naciones Unidas”, a cuyo objeto la Corte tenía que analizar la validez de las operaciones de mantenimientos de la paz utilizando para ello fuerzas propias de la Organización en el Oriente Medio y en el Congo.

Diversos Estados miembros apremiaron al Tribunal a establecer la validez de las operaciones con base en la Resolución 377 cuya constitucionalidad afirmaban, sin embargo, la Corte en su opinión consultiva eludió referirse a tal Resolución y sostuvo el carácter legítimo de las acciones de mantenimiento de la paz promovidas por la Asamblea General tomando en consideración lo limitado de la función militar asignada a esas fuerzas así como el hecho de que se habían instalado “con el consentimiento de las naciones interesadas” y dijo:⁹

“No es posible encontrar en esta descripción de las funciones de UNEF, tal como han sido delineadas por el Secretario General y aceptadas por la Asamblea General sin voto disidente alguno, ninguna prueba de que esa fuerza iba a ser usada con fines coercitivos. Tampoco puede encontrarse tal prueba en las operaciones subsiguientes de la Fuerza, las que no

⁸ Castañeda Jorge, op cit. p. 140.

⁹ ONU., International Court of Justice: Reports, 1962, p. 71.

excedieron la órbita de las funciones que le fueron asignadas”, concluyendo el Tribunal que:

“por consiguiente no podía resultar evidente a la luz de la resolución que el establecimiento de UNEF constituía una ‘acción coercitiva’ bajo el capítulo VII, la cual, de acuerdo con la Carta, solo puede ser autorizada por el Consejo de Seguridad”.¹⁰

El vocablo *autorizada* utilizado por la Corte, pone de relieve que el órgano jurisdiccional no aceptó como válida la pretendida distinción entre una decisión del Consejo de Seguridad sobre acción coercitiva y una recomendación de la Asamblea General relativa a esa misma acción; en consecuencia, la Asamblea General carece de facultades para autorizar mediante recomendación el uso de la fuerza por los Estados, por lo que, implícitamente, para la Corte la acción coercitiva constituye una prerrogativa exclusiva del Consejo de Seguridad; por consiguiente, el dictamen afectó en su esencia a la Resolución 377 “Unión Pro Paz”.

La Corte en su opinión consultiva discernió entre la acción coercitiva según el capítulo VII de la Carta, que es monopolio del Consejo de Seguridad y las operaciones de mantenimiento de la paz que no configuran acción coercitiva, e hizo radicar la diferencia en dos elementos: el consentimiento o el pedido del Estado donde se va a ubicar la fuerza y la naturaleza de la función asignada a esta, señalando al respecto:

“... La palabra “acción” debe significar aquella acción que cae exclusivamente dentro del campo del Consejo de Seguridad... La acción que cae exclusivamente dentro del campo de Consejo de Seguridad es aquella indicada por el título del capítulo VII de la Carta, o sea, “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”...La última frase del artículo 11 (párrafo 2) no tiene aplicación cuando la acción necesaria no es acción coercitiva”¹¹

Asimismo, refiriéndose a la UNEF la Corte dijo que sus operaciones:

“ No incluyeron el uso de la fuerza armada contra un Estado que, según la determinación del Consejo de Seguridad conforme al artículo 39 ha

¹⁰ Ibidem.

¹¹ ONU., International Court of Justice: Reports, 1962 pp. 164-165.

cometido un acto de agresión o un quebrantamiento de la paz. Las fuerzas armadas que se utilizaron en el Congo no estaban autorizadas a emprender acción militar contra Estado alguno. Sus operaciones no comprendían una "acción preventiva o coercitiva" contra ningún Estado conforme al capítulo VII y, por consiguiente no constituían acción en el sentido dado a esta palabra por el artículo 11 (2)."¹²

La controversia jurídica respecto de las facultades de la Asamblea General y del Secretario General en oposición a las del Consejo de Seguridad en materia de operaciones de mantenimiento de la paz, ha disminuido, sobre la base del consenso en cuanto a la responsabilidad primordial que la Carta confiere al Consejo de Seguridad en este terreno y, por consecuencia, la aceptación generalizada de que le corresponde la primera posibilidad de disponer una operación de este carácter.

En esa inteligencia es invariablemente en el Consejo de Seguridad donde se realiza el esfuerzo inicial y los Estados miembros reservan su posición respecto de las posibilidades de acción en caso de que el Consejo sea paralizado por el veto.

Asimismo, se ha llegado a un equilibrio o conciliación entre las funciones del Consejo de Seguridad y las atribuciones del Secretario General, según la cual, la administración de la fuerza queda en manos del Secretario General, pero el Consejo de Seguridad mantiene el control político de las decisiones importantes.

En tales términos, el 25 de octubre de 1973 el Consejo de Seguridad estableció una fuerza de emergencia para supervisar el cese del fuego en Oriente Medio y el retorno de las partes a las posiciones ocupadas el día 22 del propio mes. En la resolución el Consejo de Seguridad decidió:

"Constituir inmediatamente, bajo su autoridad, una fuerza de emergencia de las Naciones Unidas, compuesta de personal procedente de Estados miembros de las Naciones Unidas, con excepción de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y pide al Secretario General le informe dentro de las 24 horas acerca de las medidas adoptadas con tal fin."¹³

¹² Ibidem, pp. 176-177.

¹³ ONU., Resolución 340 (1973), párrafo 3.

El Secretario General informó que la fuerza:

“estará bajo el mando de las Naciones Unidas del que estará investido el Secretario General bajo la autoridad del Consejo de Seguridad. El mando en el terreno será ejercido por un Comandante de la Fuerza, nombrado por el Secretario General con el asentimiento del Consejo de Seguridad. El Comandante será responsable ante el Consejo de Seguridad. El Secretario General mantendrá al Consejo de Seguridad plenamente informado de los acontecimientos relacionados con el funcionamiento de la fuerza. Todas las cuestiones que puedan afectar la naturaleza o el continuado funcionamiento efectivo de la fuerza serán referidas al Consejo para su decisión. Los contingentes serán seleccionados en consulta con el Consejo de Seguridad y con las partes interesadas, teniendo presente el aceptado principio de la distribución geográfica equitativa.”¹⁴

El Secretario General también señaló que “los gastos de la fuerza se considerarán Gastos de la Organización que habrán de sufragar los miembros conforme con el párrafo 2 del artículo 17 de la Carta.”¹⁵

El mecanismo descrito ha permitido la realización de distintas operaciones con personal proporcionado por los Estados miembros, actuando como personal militar de las Naciones Unidas que han desempeñado funciones de mantenimiento de la paz.

La base jurídica de las operaciones del mantenimiento de la paz, se ha pretendido ubicarla en el artículo 40 de la Carta, no obstante, el precepto se refiere a los lineamientos del Consejo de Seguridad a las partes en conflicto respecto de las medidas que deben ser adoptadas por ellas como son un cese del fuego, el retiro de fuerzas armadas, cesación de hostilidades o establecimiento de una tregua o de un armisticio; en cambio, las operaciones de mantenimiento de la paz consisten en ciertos actos y medidas que deben ser adoptados no por las partes sino por los órganos de Naciones Unidas.

El capítulo VI de la Carta no es tampoco fundamento de las operaciones de mantenimiento de la paz; así, el artículo 34, únicamente se refiere a investigaciones con un propósito específico y las operaciones para mantener la paz requieren de bastante más que una encuesta e investigación y no

¹⁴ ONU., Doc. S/11052 Rev. I

¹⁵ *Ibidem.*

pueden confundirse con los procedimientos de arreglo pacífico de controversias ya que, hacer posible dicho arreglo, es precisamente una de las finalidades de interponerse entre los contendientes, que es la esencia de las operaciones en comentario.

Conforme a las consideraciones anteriores necesariamente se concluye que las operaciones de mantenimiento de la paz constituyen un desarrollo "*praeter legem*" de la Carta al carecer de sustento jurídico expreso en los capítulos VI o VII, resultando de una interpretación que adjudica poderes implícitos a las Naciones Unidas para asegurar el cumplimiento de su propósito fundamental de mantener la paz y seguridad internacionales con medidas eficaces.¹⁶

No obstante, no es posible ignorar la existencia de taxativas jurídicas y políticas en cuanto a las posibilidades de desarrollo constitucional, fundándose en la exégesis de la Carta de las Naciones Unidas para dilatar las facultades de sus órganos y sus posibilidades de aplicación, recurriendo, en exceso, a las llamadas competencias implícitas.

Conforme al tratado constitutivo de las Naciones Unidas ninguno de sus órganos está facultado para interpretar auténticamente a la Carta, en consecuencia, cuando una crisis política detiene el proceso de configuración de una práctica, el conflicto entre los Estados miembros en torno a la determinación de las competencias de la Organización tiene como única vía de solución la interpretación de la Carta mediante el acuerdo general y no un dictamen del Tribunal o una resolución de la Asamblea General adoptada por mayoría.

La Organización de las Naciones Unidas por modo alguno fue concebida con carácter de autoridad internacional u órgano supraestatal; opera con base en la coordinación entre Estados soberanos con exclusión absoluta del principio de subordinación de los Estados, las facultades de sus órganos son competencias atribuidas por los Estados miembros, mediante su convención genésica y si bien la Organización tiene personalidad y, por consiguiente, voluntad jurídica distinta de los Estados miembros, dicha voluntad no es completamente independiente de estos encontrando su límite precisamente en las atribuciones que le fueron conferidas en su fundación.

¹⁶ Jiménez de Aréchaga, *Ibidem* p. 162.

La práctica en el desarrollo de las funciones de los órganos de las Naciones Unidas ha complementado el criterio de interpretación de la Carta Orgánica, lo cual conduce a valorar dicha práctica y los requisitos que ha de reunir así como la función de la regla de la mayoría respecto del tratado constitutivo.

6.2.- LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Y EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El avance del Derecho Internacional se relaciona con los progresos de la organización internacional. Este condicionamiento se presenta en un contexto de yuxtaposición de soberanías por lo que, el desenvolvimiento del orden jurídico mundial descansa básicamente en la voluntad de los Estados.

Las organizaciones internacionales se fundan en un principio de coordinación entre los Estados soberanos que no es posible confundir por modo alguno con subordinación de estos a una instancia política superior; el proceso de institucionalización de las relaciones entre los Estados de ninguna forma ha desplazado el carácter soberano de sus Miembros.

Así, el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas establece claramente, como hemos visto, el principio de igualdad soberana de todos sus Miembros, de ahí que el Tribunal Internacional de Justicia en su trascendente dictamen de 11 de abril de 1949 relativo a los daños sufridos al servicio de la Organización de las Naciones Unidas en el que sostuvo la personalidad jurídica internacional del Organismo también señalo.

“Ello no equivale a decir que sea un Estado, lo que ciertamente no es o que su personalidad jurídica, sus derechos y sus deberes sean los mismos que los de un Estado. Ello equivale todavía menos a decir que la Organización sea un superestado, cualquiera que fuere el sentido de tal expresión”¹⁷

Es, en consecuencia, en las actividades colectivas de los Estados, en su concurrencia en el escenario mundial, donde se origina y desarrolla el fenómeno de organización internacional, hecho reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia al afirmar que:

¹⁷ ONU., Court Internationale de Justice: Recueil 1949, p. 178.

“El desarrollo del Derecho Internacional, en el transcurso de su historia ha resultado influido por las exigencias de la vida internacional, de forma que el crecimiento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por determinadas entidades que no son Estados. Este desarrollo desembocó, en junio de 1945, en la creación de una Organización Internacional cuyos propósitos y principios se enunciaban en la Carta de las Naciones Unidas”¹⁸

En ese orden de ideas queda claro que la Asamblea General no es un órgano legislativo mundial porque si bien es verdad que tiene competencia para discutir y deliberar con respecto a asuntos y cuestiones internacionales, carece en cambio, salvo disposiciones expresas de la Carta, del poder de adoptar determinaciones que vinculen jurídicamente a los Estados Miembros, por lo que sus resoluciones solo tienen carácter de recomendación.

La Asamblea General adopta sus resoluciones en los términos del artículo 18 de la Carta, es decir, por mayoría de dos tercios de los Estados Miembros presentes y votantes y, por ende, no tiene facultades para hacer una interpretación auténtica de la Carta mediante resoluciones adoptadas por mayoría, ya que para ello se requiere que la interpretación sea aceptada por el conjunto de los Estados Miembros y no solo por una mayoría.

Frente a las posiciones antitéticas de quienes niegan todo poder vinculatorio a las resoluciones de la Asamblea General reconociéndoles únicamente índole de recomendaciones y, en el otro extremo quienes pretenden que las resoluciones de la Asamblea General tienen valor jurídico, viendo en ellas un procedimiento institucionalizado de interpretación de la Carta y de establecimiento del Derecho Internacional, existen posiciones menos rígidas que reconocen en el consenso de los Estados un medio de suplir la falta de atribuciones expresas del órgano internacional para el desarrollo de normas jurídicas o de principios germinativos de estas.

Con ocasión del dictamen del Tribunal Internacional de Justicia relativo al Territorio del Suroeste africano, en su opinión individual Sir Herch Lauterpacht observaba que:

“una resolución que recomiende a un Estado una determinada medida crea una cierta obligación jurídica que, por rudimentaria, flexible e imperfecta

¹⁸ Ibidem

que sea, es no obstante una obligación jurídica que el Estado de que se trata si no está obligado a aceptar la recomendación, si está obligado a examinarla de buena fe

El Secretario General Hammarström en su introducción a la Memoria correspondiente a 1960-1961, refiriéndose a esta cuestión decía: “pero aunque desde el punto de vista jurídico las decisiones no sean más que recomendaciones, introducen un elemento importante al expresar el sentir común de una mayoría sobre el problema examinado” y apuntaba que:¹⁹

“en la medida en que los Estados Miembros demuestren mayor respeto, en los hechos, por las recomendaciones de la Asamblea General, estas pueden acercarse cada vez más a un punto en que sean reconocidas como decisiones con efectos obligatorios para los interesados, particularmente cuando supongan la aplicación de los principios obligatorios de la Carta y del Derecho Internacional”.²⁰

En este sentido, cabe profundizar en la relación que guardan las resoluciones de la Asamblea General y la soberanía de los Estados con respecto al acuerdo general y la regla de la mayoría.

6.2.1.- El consentimiento de los Estados y las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en cuanto a sus efectos jurídicos se relacionan con la formación de la voluntad de la Organización a través del voto de sus Miembros de suerte tal que resulta importante analizar las características del mismo.

Los procedimientos para la aprobación de resoluciones que en ocasiones se traducen en Derecho se establece en el tratado constitutivo Carta de las Naciones Unidas. En todo caso el procedimiento refleja el grado y valor de la solidaridad colectiva y la medida del respeto de la Organización respecto de la libertad de los Estados Miembros.

¹⁹ ONU., Asamblea General, Documentos oficiales, XVI periodo de sesiones. Suplemento num. 9 (A/4800/Add.1.) pp. 3-4.

²⁰ Ibidem.

La unanimidad es un procedimiento respetuoso en extremo de la libertad de elección de los Estados miembros, pues nunca se verán constreñidos al cumplimiento de resoluciones con las que no estén conformes, sin embargo al propio tiempo supone un grave obstáculo para la realización de los fines sociales ya que un solo voto adverso paraliza la actividad de la Organización como lo pone de relieve la experiencia de la Sociedad de Naciones en la que este procedimiento de adopción de decisiones no era exclusivo pero sí privilegiado.

En términos históricos la regla de la unanimidad que establecía el artículo 5 del Pacto de la Sociedad de Naciones correspondía a las circunstancias prevaleciente de aquel entonces en que la Organización daba inicio a un nuevo sistema de relaciones entre los Estados y era muy remota la posibilidad de imponer por voto mayoritario a un Estado algo que éste estimara contrario a sus intereses.

La regla de unanimidad del Pacto de la Sociedad de Naciones, se ajustaba, aparentemente a la práctica inmediatamente anterior, sin embargo, fue objeto de crítica y pronto la Asamblea en su funcionamiento distinguió entre decisiones y recomendaciones, limitando la exigencia de la unanimidad solo para aquellas determinaciones de la Asamblea, dirigidas a interpretar disposiciones del Pacto, para cuya asunción como interpretaciones auténticas del tratado constitutivo de la Sociedad de Naciones, la unanimidad era necesaria.

Contrariamente, la Carta de las Naciones Unidas establece *de jure* la regla de la mayoría en su artículo 18 y, paradójicamente, la práctica de la Asamblea General ha evolucionado en sentido inverso al de la Sociedad de Naciones, es decir, la tendencia es a decidir mediante consenso.

A través del procedimiento del consenso se intenta asegurar el máximo apoyo de los diferentes Estados miembros a las resoluciones particularmente importantes. El consenso, en sentido estricto o procedimental, consiste en la adopción de textos por la Asamblea General sin recurrir a la formalidad de la votación; para ello el Presidente recoge y proclama el asentimiento o falta de oposición por parte de los Miembros a la aprobación sin votación de una resolución o a cualquier otro acto de la Organización.

La unanimidad es especialmente importante en la exégesis de la Carta y en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional a través de resoluciones de la

Asamblea General de las Naciones Unidas a efecto de equilibrar la falta de atribuciones de la Asamblea para interpretar con carácter de autoridad la Carta o para dictar normas jurídicas obligatorias para los Estados sin que medie su consentimiento.

La fórmula del consenso o acuerdo general de los Estados por modo alguno elimina el consentimiento de los Estados, por el contrario, expresa en grado sumo el respeto por la voluntad de los Estados al punto de buscar la aquiescencia de todos porque la Organización Internacional presupone y continúa fincada en la soberanía de sus Miembros, al propio tiempo es diferente al procedimiento convencional basado en el acuerdo de voluntades característico del tratado. Son razones de orden práctico las que inducen la preferencia por el consenso o acuerdo general respecto de la regla de mayoría que establece el artículo 18 de la Carta y se originan justamente por la pervivencia de la soberanía de los Estados y la imposibilidad de desarrollar el Derecho Internacional ignorando este principio.

6.2.2.- Consenso y regla de mayoría

El sistema de votación de la Organización de las Naciones Unidas que consagra la Carta y las modalidades que funcionalmente se han adoptado en la práctica de la Organización, como es la tendencia a la decisión consensada, ciertamente expresan una realidad y una necesidad políticas de la Institución internacional originada en la diversidad del peso específico de los Estados miembros.

Consecuencia política de lo anterior, por virtud de la índole colegiada de los órganos de las Naciones Unidas, es la búsqueda de un equilibrio que permita superar los inconvenientes en la formación colectiva de la voluntad de las Naciones Unidas que conlleva el riesgo de ser más parlamentaria que diplomática, es decir, más inclinada a la formación de las mayorías necesarias para la adopción de una resolución que por una verdadera negociación que, partiendo de la realidad de la voluntad auténtica de los Estados Miembros, particularmente de las grandes potencias asuma determinaciones funcionalmente viables en el contexto de los intereses de los Estados más poderosos y las necesidades de conservación de la paz y la seguridad y el desarrollo de la normatividad internacional.

No es posible descartar la resistencia de los Estados, ni la complejidad del proceso de institucionalización de la sociedad internacional. Las

organizaciones Internacionales son diferentes de los Estados Miembros y no constituyen instancias de autoridad superior a los Estados y, al menos parcialmente, son instrumentos de aquellos; no han desplazado a los Estados soberanos sino más bien han consolidado la estructura esencialmente interestatal del sistema internacional, de ahí que el inciso i) del artículo 2 de la Convención de Viena sobre tratados señale que se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental”

Por otra parte, el acuerdo general, como ha sido planteado ante la Comisión de Juristas de la Asamblea General, debe entenderse como orientación para proceder sin votación en los supuestos en que no consten manifestaciones de disensiones, más que como una exigencia de unanimidad en sentido estricto.

El procedimiento es lento y lleva la posibilidad de que no se obtenga acuerdo alguno o este sea meramente formal o impreciso, no obstante el consenso constituye un método adecuado y de probada eficacia para la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyas recomendaciones por si mismas no constituye Derecho Internacional, en cambio, pueden expresar una *opinio iuris* que acredite la práctica de los Estados como principios germinales de normas jurídicas internacionales.

En ausencia de competencia legislativa y de atribuciones de la Asamblea General para la interpretación auténtica de la Carta, la dimensión jurídica y la trascendencia de sus determinaciones debe buscarse y establecerse casuísticamente pues no es sencillo y quizás no sea dable formular conceptualizaciones o principios conforme a los cuales *a priori* puedan determinarse con precisión el carácter de las determinaciones de la Asamblea General.

En las resoluciones emanadas de la Asamblea General son identificables, en primer término, las que provienen de su capacidad normativa interna, con diversidad de manifestaciones; algunas obligatorias para sus destinatarios en virtud de la Carta. Las resoluciones fincadas en la competencia normativa externa considerada en los artículos 10 a 14 de la Carta de las Naciones Unidas presenta mayor problemática para determinar su valor y grado vinculatorio. Jorge Castañeda las clasifica en: a) recomendaciones en cuanto resoluciones emitidas con la intención de no obligar a sus destinatarios; b) resoluciones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales; c) resoluciones que determinan hechos o de

situaciones jurídicas concretos; d) resoluciones cuya función es expresar y registrar un acuerdo entre los miembros; e) resoluciones que contienen declaraciones u otros pronunciamientos de carácter general.²¹

Las declaraciones de la Asamblea General son particularmente importantes, refiriéndose a ellas Garzón dice que se trata de “textos en los que (la Asamblea) formula solemnemente normas generales de conducta para que sean observadas por los Miembros de la Comunidad Internacional durante un periodo de tiempo indeterminado”.²²

La composición de la Asamblea General integrada por representantes de prácticamente todos los Estados del mundo da especial relevancia a sus resoluciones en los órdenes político, moral y jurídico, esto último pese a su incompetencia para interpretar auténticamente la Carta y la carencia de atribuciones legislativas *stricto sensu*, que no impiden que las resoluciones contribuyan a la gestación y a la cristalización, ora de prácticas interpretativas, ora de nuevas costumbres internacionales.

Las condicionantes del valor jurídico de una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, son principalmente: a) la intención de enunciar principios jurídicos; b) mayoría por la que haya sido aprobada; c) el contenido; d) la práctica posterior de los Estados.²³

El valor de una resolución en buena medida depende del procedimiento conforme al cual haya sido adoptada, sin embargo es necesario considerar también otro factores, especialmente su contenido. El criterio estrictamente cuantitativo que sustituye o desplaza a la negociación o acuerdo por la votación, entraña el riesgo de ineficacia en cuanto a resultados por decisiones ficticias o acaso ajenas por completo al interés real de los Estados; la unanimidad por su parte no es menos riesgosa cuando se pretende a ultranza perdiendo su carácter de incentivo para la negociación y se trastoca en obstáculo como finalidad *per se*.

²¹ Diez de Velasco Manuel, op.cit. p.57.

²² Garzon G.: El valor jurídico de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. I Valor probatorio. Las competencias de la Asamblea en Revista Jurídica de Cataluña, num. 3, p.p. 581-616; II: Declaraciones y actos estatales, en revista jurídica de Cataluña, 1973, num. 4 pp. 871-920. cit. por Diez de Velasco Manuel, op.cit. 57.

²³ Ibidem

El Derecho Internacional es producto de la voluntad de los Estados que lo codifican y desenvuelven progresivamente, pero ante la imposibilidad de un acuerdo general, una interpretación de la Carta o del Derecho Internacional apoyada por una mayoría muy calificada y que se manifieste en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, va más allá, sin duda de una simple recomendación.

Las recomendaciones pueden contribuir a fijar los *standards* que permiten valorar el cumplimiento o inobservancia de determinadas obligaciones enunciadas en forma amplia en los tratados constitutivos. Así lo manifiesta en su opinión disidente en los asuntos del Suroeste africano el Juez Jessup quien afirmó:

“La acumulación de expresiones de condena del Apartheid que se reproducen en las alegaciones de los demandantes en este asunto, especialmente las recogidas en las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituyen una prueba del pertinente *standard* de la comunidad internacional contemporánea”²⁴

La función normativa externa de las Organizaciones internacionales se manifiesta también en la preparación de los tratados y otros instrumentos internacionales, función que se lleva a cabo mediante la convocatoria de una conferencia internacional o por la adopción directa del tratado por un órgano de la Organización.

Las Naciones Unidas en cuanto Organización internacional están sujetas a la cooperación de los Estados Miembros pero, ciertamente a su vez, la Organización facilita dicha cooperación, multiplica las ocasiones en que los Estados Miembros manifiestan lo que ellos consideran como Derecho Internacional lo cual influye en el comportamiento de los Estados y en la determinación de las normas a las que sujetan su conducta.

Por consecuencia el reconocimiento de que la Asamblea General no tiene competencias legislativas es compatible con la afirmación de que sus resoluciones tienen o pueden tener en ciertos supuestos, valor jurídico, constituir enunciados de Derecho y probar lo que en un momento dado la comunidad internacional considere como Derecho.

²⁴ Ibidem, p. 55.

El consenso de los Estados es necesario en grado diverso según el supuesto específico; para establecer un nuevo principio de Derecho Internacional la regla de la mayoría es insuficiente toda vez que una resolución de la Asamblea General no puede crear por sí sola nuevas normas jurídicas internacionales; en cambio, si se trata de recoger y afirmar disposiciones jurídicas preexistentes o desarrollar principios jurídicos expresamente señalados en la Carta la regla de la mayoría es suficiente para afirmar el valor vinculatorio de lo que ya es Derecho Internacional.

La función que las resoluciones de la Asamblea General pueden llevar a cabo es determinable mediante el análisis de la práctica; así, son posibles las siguientes:²⁵

- a) Expresar la práctica subsiguiente de los Estados que, cuando es general, es el criterio más sólido de interpretación de la Carta;
- b) Acreditar la práctica de los Estados que, cuando es aceptada con carácter general como Derecho, llega a convertirse en regla consuetudinaria internacional;
- c) Constituir una prueba de principios generales del Derecho, de los lineamientos políticos, morales y jurídicos que inspiran la actividad y el comportamiento de los Estados Miembros.

La trascendencia normativa de una resolución de la Asamblea General la determina su posible función en la elaboración, consolidación y cristalización del Derecho Internacional consuetudinario, es decir en el proceso de desarrollo del Derecho Internacional son una etapa en la medida en que son útiles en la cristalización de una *opinio iuris*, o convicción jurídica a la que habrá de adecuarse la práctica de los Estados para que se transformen en normas jurídicas obligatorias.

Con la excepción de una resolución de la Asamblea General que cuente con el apoyo del conjunto de los Estados Miembros, carece de obligatoriedad jurídica y no crea, por sí misma, normas jurídicas internacionales vinculatorias para los Estados. Su valor jurídico, en consecuencia, depende de que refleje y exprese un consenso general de los Estados, bien por que recoja Derecho preexistente o bien por que sea aceptada generalmente.

²⁵ Carrillo Salcedo, op. cit. p. 312.

Existe una interrelación entre costumbre, tratados multilaterales generales y resoluciones y declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en cuanto a procedimientos de formulación de normas jurídicas internacionales. Las conferencias diplomáticas para la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, preparadas, convocadas y auspiciadas por la Organización de las Naciones Unidas favorecen la cristalización de un consenso general de los Estados.

El maestro Jiménez de Arechaga refiriéndose a esta cuestión señala que: “los procedimientos contemporáneos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional, lejos de arrumbar el Derecho consuetudinario en un segundo plano, le han dado por el contrario, un nuevo giro, han acelerado su ritmos de evolución y combinado el Derecho consuetudinario y convencional en un todo armónico, como dos pilares que se apoyan y sustentan recíprocamente.”²⁶

Sobre esta misma cuestión Max Sorensen considera a las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas como situadas “a mitad de camino entre los tratados multilaterales y la costumbre: como los primeros, expresan una voluntad o una opinión común de los Estados, aunque sin exigir una manifestación definitiva de voluntad de quedar obligados; como la segunda, presuponen una práctica anterior o reclaman ser seguidas de una práctica posterior.”²⁷

La pluralidad y creciente institucionalización del ámbito internacional en el que los Estados despliegan su actividad tiene efectos significativos en el proceso de elaboración de las normas jurídicas internacionales desplazando el centro de gravedad del asenso individual de los Estados hacia el consenso general de estos, proceso en el que la soberanía continua siendo el principio constitucional del orden internacional y el origen de la normatividad, proceso

²⁶ Ibidem p. 19.

²⁷ Sorensen Max, *Principes de Droit Internationale Public* en R.C.A.D.I., 1960-III Vol. 101, cit. por Jiménez de Aréchega op. cit. p 20

CONCLUSIONES

La soberanía es la piedra fundamental del derecho internacional y es clave para la comprensión de este orden en su génesis, desarrollo y tendencias de su evolución.

Soberanía es la capacidad de autodeterminación, de decidir y dotarse de una organización jurídico-política mediante la Constitución, poder supremo de la nación que, al llevarse a efecto, se autolimita ajustándose a los términos de la Ley Fundamental que se ha otorgado.

En cuanto persona jurídica en que la nación se organiza, el Estado es supremo *in suo ordine*, portador de la soberanía, atributo que se origina en la comunidad nacional y se manifiesta al exterior en la independencia de cada Estado con respecto a los demás Estados y su exclusividad de poder en su territorio.

La independencia soberana recíprocamente reconocida conlleva la igualdad de los soberanos, condición que permite el surgimiento del Derecho internacional moderno a partir de la soberanía y sustentado en la misma puesto que propicia un mismo rango a las comunidades estatales, es decir la soberanía es exigencia de ingreso a la comunidad universal que reconocen los Estados.

En el plano internacional la independencia de un Estado significa su plena responsabilidad internacional por los actos propios del ejercicio de su soberanía externa y la posibilidad de ejercicio del poder de entablar relaciones directas de cualquier clase con otros gobiernos y con instituciones internacionales y derecho a negociar, firmar y ratificar instrumentos internacionales.

Como consecuencia de la soberanía en el orden internacional cada Estado es a la vez sujeto del Derecho internacional, órgano del mismo e interprete, razonablemente y de buena fe, del alcance de sus obligaciones y de los efectos jurídicos de las situaciones que le conciernen.

El relativismo o mediatización del Derecho internacional, en tanto que es creación de los propios Estados, se pone de relieve en que un Estado se

vincula a una obligación o a una situación que produce efectos jurídicos para él a condición de que ese Estado haya intervenido en su creación o las reconozca.

El consentimiento de los Estados soberanos es el fundamento de las normas jurídicas internacionales. El Derecho internacional es elaborado y desarrollado por los Estados soberanos, creación que está dirigida principalmente a sí mismos. Es un principio reconocido por la jurisprudencia internacional que un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento.

Una norma consuetudinaria no será aplicable a un Estado que se ha negado a reconocerla en forma reiterada y que, en su proceso de creación, se ha opuesto a su aplicación.

Tratándose de normas consuetudinarias firmemente establecidas y, en general, del derecho aceptado como tal por todos los Estados, es obligatorio aun para los Estados que no han intervenido en su creación.

El consentimiento del Estado soberano es igualmente trascendente en su aplicación. La jurisdicción internacional es de carácter voluntario y fundada siempre en el asenso de los Estados en conflicto, aún en las controversias de índole jurídica.

Algunas reservas se formulan de manera tal que el cumplimiento del compromiso queda sujeto a la apreciación unilateral y soberana del Estado signatario, es el caso de las reservas de competencia nacional o de jurisdicción interna en la cual la facultad de calificar la aplicación de la reserva corresponde al Estado y no a la Corte; el Estado demandado determina que la cuestión concierne a su jurisdicción nacional y el Tribunal tiene que acatar la decisión.

Existen límites jurídicos y fácticos del relativismo, que restringen la tendencia de los Estados soberanos a la apreciación unilateral y discrecional de sus vinculaciones normativas y el sentido y alcance de sus obligaciones jurídicas; son principios que propician racionalidad y objetividad en las acciones de reconocimiento del Derecho internacional, por parte de los Estados, tales como la buena fe, el no-formalismo del consentimiento y el de efectividad y las normas de *jus cogens*, ubicados por encima de la voluntad de los Estados.

El principio de buena fe limita la discrecionalidad del Estado soberano al ejercer sus competencias; va más allá de constituir una regla de honestidad de acción toda vez que existen referencias evidentes que el voluntarismo y la discrecionalidad de los Estados no pueden desconocer sin incurrir en responsabilidad.

La jurisprudencia internacional reconoce consecuencias jurídicas a las actitudes y comportamiento de los Estados, mediante razonamientos apoyados en diversas figuras jurídicas como son el estoppel, la preclusión, tolerancia, aquiescencia, consolidación, etc., lo cual expresa un límite del voluntarismo de los Estados: el principio del no-formalismo del consentimiento.

En el Derecho internacional la efectividad es un elemento que manifiesta la relación que objetivamente guardan las normas y situaciones jurídicas con la realidad social, más que un principio jurídico *stricto sensu* es una noción que informa a ese orden normativo y resulta difícil una definición general ya que la noción evoca simultáneamente tensión y adecuación entre el hecho y el derecho. Ejemplos de efectividad son la situación jurídica privilegiada de las Grandes Potencias, el cambio fundamental en las circunstancias originales de los convenios internacionales enfrentando a la norma con la realidad, en ocasiones al grado de requerir una nueva formulación.

En todo sistema jurídico la voluntad está acotada por normas y principios que los sujetos del mismo no pueden ignorar o modificar a su arbitrio, salvaguardan valores fundamentales para toda la humanidad, importan a todos en su conjunto, incluyen la prohibición del uso o la amenaza de fuerza y la agresión; la prevención y represión del genocidio, piratería, tráfico de esclavos, discriminación racial, el terrorismo o la toma de rehenes y constituyen normas de *jus cogens*.

El sistema de seguridad colectiva prevista por la Carta, se configura como conjunto de las obligaciones de los Estados Miembros y esta condicionado por el derecho de veto de las grandes potencia, que es criticable, pero fue condición *sine qua non* de la Carta; cuando se presenta el veto como factor decisivo de parálisis del Consejo de Seguridad, debemos considerar que, con veto o sin el, ninguna decisión de verdadera importancia política y específicamente ninguna medida coercitiva, puede adoptarse contra una gran potencia y corresponde a la realidad de las relaciones políticas entre las potencias.

Las normas de *jus cogens* son excepcionales en Derecho internacional, no obstante, constituyen la acotación más importante a la apreciación voluntarista de los Estados en cuanto a lo que es o no vinculatorio para ellos.

La soberanía desempeña una función clave en el desarrollo y tendencias evolutivas del Nuevo Derecho del Mar, así se advierte en la aceptación de la anchura de doce millas de mar territorial, de las doscientas millas de Zona Económica Exclusiva, de la zona contigua, y en la nueva definición de la plataforma continental sobre la cual atribuye título, *ipso iure*, al Estado ribereño considerando las zonas submarinas como parte del territorio. La soberanía se extiende como ejercicio de derechos soberanos para fines de explotación del lecho del mar y de sus recursos naturales.

La soberanía de los Estados ribereños tiene como límites la obligación de preservar y proteger el medio marino, los derechos de los Estados no ribereños y, en el caso del fondo del mar, los derechos de la Humanidad en cuanto al patrimonio común de que es titular respecto a los Estados ribereños, también es considerable el alcance del sistema de recurso obligatorio a la jurisdicción o al arbitraje que comprende las cuestiones de navegación, tránsito de países sin litoral y otras en materia de comunicación.

La evolución de las relaciones internacionales hacia su institucionalización mediante la integración de entidades distintas a sus Estados Miembros, particularmente para la consecución de la paz y seguridad mundial, tiene hoy como expresión máxima a la Organización de las Naciones Unidas.

El proceso de institucionalización del orden internacional trajo consigo el surgimiento de funciones especializadas de administración internacional, con funcionarios exclusivos de la Organización con atribuciones de carácter internacional y, en la Carta, se configuró una Secretaría General de índole diplomática cuyo alcance funcional sería determinable en la práctica conforme a la personalidad de su Titular y las circunstancias políticas por las que la Organización discurriera.

La función pública internacional, con la amplitud que en alguna época ha llegado a proponerse, se enfrenta con limitaciones jurídicas y políticas; aún cuando legalmente se reconozca la existencia de una voluntad propia de la Organización, esta no es absolutamente independiente, esta condicionada por la voluntad de los Estados soberanos que la integran en particular por la de las grandes potencias y, por ende, las funciones efectivas del Secretario General,

cuyas posibilidades de participación real están en razón del contexto político existente en un determinado momento del orden internacional.

El tratado constitutivo da vida a las organizaciones internacionales, es el acta fundacional o genésica de su personalidad jurídica; convención orgánica y atributiva de competencias para el ejercicio de sus funciones en orden a sus objetivos institucionales.

La hermenéutica de un tratado constitutivo discurre entre la soberanía de los Estados Miembros y los requerimientos jurídico-funcionales de la Organización para el cumplimiento de sus fines. En ese contexto, una interpretación extensiva y predominante de las competencias de la Organización, lleva el riesgo de desconocer o vulnerar la soberanía de los Estados Miembros y, por ende, de su improcedencia y consiguiente impugnación. En contraposición, si la soberanía prevalece en forma exclusiva y se desecha la interpretación teleológica, la Organización se vería menguada en su eficacia y acaso imposibilitada de ejercer sus funciones.

La teoría de las competencias implícitas ha sido adoptada por la doctrina y aplicada en la jurisprudencia. En la década de los cincuentas se planteó la necesidad de un desarrollo de la Carta que permitiera superar las dificultades por la no implementación del capítulo VII por virtud del ejercicio del veto, con la consecuente paralización del Consejo de Seguridad, fundándose para ello en las facultades residuales y la responsabilidad secundaria de la Asamblea General en cuanto a la paz y seguridad. Esas operaciones de mantenimiento de la paz no encuentran sustento jurídico en los capítulos VI o VII de la Carta; constituyen un desarrollo *praeter legem*.

No es posible ignorar la existencia de límites jurídicos y políticos en cuanto a las posibilidades de desarrollo constitucional fundándose en la exégesis de la Carta de las Naciones Unidas para dilatar las facultades de sus órganos y sus posibilidades de aplicación, recurriendo, en exceso, a las llamadas competencias implícitas.

La Organización de las Naciones Unidas por modo alguno fue concebida con carácter de autoridad internacional u órgano supraestatal; opera con base en la coordinación entre Estados soberanos con exclusión absoluta de la subordinación de los Estados; las facultades de sus órganos son competencias atribuidas por los Estados Miembros mediante su convención genésica, y si bien la Organización tiene personalidad y, por consiguiente, voluntad jurídica

distinta de los Estados Miembros, dicha voluntad no es completamente independiente de estos encontrando su límite precisamente en las atribuciones que le fueron concedidas en su fundación.

La Asamblea General, salvo disposiciones expresas de la Carta, carece del poder de adoptar determinaciones que vinculen jurídicamente a los Estados Miembros, por lo que sus resoluciones sólo tienen carácter de recomendación, no tiene facultades para hacer una interpretación auténtica de la Carta ya que para ello se requiere que la interpretación sea aceptada por el conjunto de los Estados Miembros no sólo por una mayoría.

Existen posiciones menos rígidas que reconocen en el consenso de los Estados un medio de suplir la falta de atribuciones expresas del órgano internacional para el desarrollo de normas jurídicas o de principios germinativos de estas.

La fórmula del consenso o acuerdo general de los Estados de ninguna forma elimina el consentimiento de los Estados, por el contrario, expresa en grado sumo el respeto por la voluntad de estos hasta el punto de buscar la aquiescencia de todos porque la Organización internacional presupone y continúa fincada en la soberanía de sus Miembros; al propio tiempo, es diferente al procedimiento convencional basado en el acuerdo de voluntades característico del tratado.

Las resoluciones contribuyen a la gestación y a la cristalización, ora de prácticas interpretativas, ora de nuevas costumbres internacionales, su valor jurídico depende de que refleje y exprese un consenso general de los Estados por que recoja derecho preexistente o por que sea aceptada generalmente.

La pluralidad y creciente institucionalización del ámbito en el que los Estados despliegan su actividad tiene efectos significativos en el proceso de elaboración de las normas jurídicas internacionales desplazando el centro de gravedad del asenso individual de los Estados hacia el consenso general de estos, proceso en el que la soberanía continúa siendo el principio constitucional del orden internacional y el origen de la norma.

Las organizaciones internacionales a la vez que tienen objetivos propios son instrumentos de los Estados soberanos a los que por modo alguno les han desplazado, en cambio realmente han contribuido a consolidar el sistema interestatal al propiciar cauces de solución a las tensiones internacionales de

hoy, ya que constituyen medios de contacto permanente entre los Estados para la atención de problemas y la cooperación organizada.

Los Estados participan en diversos sistemas de comunicación o de relaciones: bilaterales; multilaterales ocasionales y colectivas permanentes, universales o regionales; en consecuencia, el fenómeno de la organización es una efectividad jurídica y política que se ubica intermedia entre la diplomacia característica de la adyacencia de soberanías y el sistema político propio del Estado.

El principio universalista que inspiró a la Sociedad de Naciones, el cual abandonó en su actividades orientándose al regionalismo internacional, con las Naciones Unidas dio paso a un sistema que ha propiciado estructuras regionales en proliferación desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

En el proceso de institucionalización de la sociedad internacional del cual forman parte las organizaciones internacionales, el dato relevante es la internacionalización de las economías, lo cual no equivale a su globalización; integraciones o complementariedades cuya eficacia, en tiempos diversos, encontrará sus límites frente a otros pactos económicos o comerciales regionales ante el hecho de que la eficiencia se ve condicionada por la amplitud y capacidad de los mercados, lo que habrá de revalorizar los esfuerzos por alcanzar respuestas institucionales universales.

Conceptualmente en términos tradicionales del Derecho internacional, las soberanías se subordinan a una sociedad internacional en orden al bienestar general, pero de este principio no se infiere la existencia de una comunidad efectiva, lo cual presupone y requiere de un animo comunitario y de la voluntad de las comunidades nacionales para conformar su actividad según los objetivos superiores de esa comunidad mundial, lo cual no ha sido acreditado de manera alguna.

El Estado, durante tiempo imprevisible, estructurará jurídica y políticamente a las comunidades nacionales y prevalecerá como fundamento de la organización internacional. La noción de soberanía proseguirá su evolución en un proceso de renovación de equilibrios entre la necesaria continuidad del Estado nacional y los requerimientos de nuevas atribuciones de la organización internacional.

En el tránsito hacia la comunidad internacional el *Jus Gentium* es la única vía posible a condición de no olvidar que carece de realismo suponer que la organización de las relaciones interestatales *per se*, pueda conducir al establecimiento de un orden comunitario cuya base sólida real es el desarrollo en la conciencia de los hombres de un auténtico espíritu universalista.

La cultura fecunda al tiempo, en edades aún por venir nacerá la comunidad soberana de la *Civitas Máxima* y su cuna será el derecho.

BIBLIOGRAFIA

Aguilar Navarro Mariano, "Los Estados y las Organizaciones Internacionales" Revista Española de Derecho Internacional Vol. XI, Núm.3, Madrid 1958.

Aguilar Navarro Mariano "La responsabilidad internacional y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional" Revista Española de Derecho Internacional, Vol. IX Num. 3 Madrid, 1956.

Anzilotti Dionisio, "Corso di Diritto Internazionale", 4a. ed. Edit. Padua, Roma, 1928.

Carrillo Salcedo Juan Antonio, "Soberanía del Estado y Derecho Internacional", Primera ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1972.

Carrillo Salcedo Juan Antonio, "El Derecho Internacional en un Mundo en cambio", Primera ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1984.

Castañeda Jorge, "Carta de Derechos y Deberes Económicas de los Estados", en "La Soberanía de los Estados sobre sus Recursos Naturales" Primera ed. Edit. UNAM, México, 1980.

Castañeda Jorge, "Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas", Primera ed. El Colegio de México, México, 1966.

Castañeda Jorge, "México y el Orden Internacional" Primera reimpresión, El Colegio de México, México 1981.

Cuadra Héctor, "La polémica sobre el Colonialismo en las Naciones Unidas el caso de Namibia", Primera ed. UNAM, México, 1975.

De Visscher Charles, "Teorías y Realidades en Derecho Internacional Público", Segunda ed. Edit. Bosch, Barcelona, 1962.

Diez de Velazco Manuel, "Instituciones de Derecho Internacional Público", Tercera ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1982.

Friedman Wolfgang "La nueva estructura del Derecho Internacional", Primera ed. Edit. Trillas, México, 1967.

Gómez Robledo Alonso, Compilador "La Soberanía de los Estados sobre sus Recursos Naturales", Primera ed. UNAM, México, 1980.

Gómez Robledo Alonso, "Derecho del Mar", Primera ed. Edit. U.N.A.M.- Mc Graw Gil, México 1997.

Gómez Robledo Alonso, "Jurisprudencia Internacional en materia de delimitación marítima", Primera ed. Edit. U.N.A.M., México 1989.

Gómez Robledo Alonso, "Temas selectos de Derecho Internacional", Segunda ed. Edit. , U.N.A.M., México, 1994.

Gros Espiell Héctor, "El caso de las islas Canarias y el derecho a la libre determinación de los pueblos", Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XXXI-Núms.1-3, 1978-1979.

Hammarxjöld Dag, "The International Civil Servant in Law and in Fact", 1ª. ed. Oxford University Press, 1961.

Heller Hermann, "Teoría del Estado", Sexta ed. en español, Fondo de Cultura Económica, México, 1968.

Jiménez de Arechaga Eduardo, "El Derecho Internacional contemporáneo", Primera ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1980.

Miaja de la Muela Adolfo, "Introducción al Derecho Internacional Público", Primera ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1962.

Max Sorensen y varios, "Manual de Derecho Internacional" Tercera reimpresión Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

Noyes John E. "Tribunal Internacional de Derecho del Mar", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Num. 81 Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. México, 1994.

Remiro Brotóns Antonio, "Derecho Internacional" Primera ed. Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

Rousseau Charles, Derecho Internacional Público, Tercera ed. Edit. Ariel, Barcelona, 1966.

Seara Vázquez Modesto, "Derecho Internacional Público", Séptima ed. Edit. Porrúa, México, 1982.

Seara Vázquez Modesto, "Tratado General de la Organización Internacional", Segunda ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

Sepúlveda César, "Derecho Internacional Público", Primera ed. Edit. Porrúa, México, 1960.

Stadtmuller Georg, "Historia del Derecho Internacional Público", Parte I, Primera ed. Edit. Aguilar, Madrid, 1961.

Symposium Internacional Juan Bodino-Manuel Pedroso, Primera ed. Edit. Facultad de Derecho, UNAM, México 1979.

Tena Ramírez Felipe, "Derecho Constitucional Mexicano", Séptima ed. Edit. Porrúa, México, 1964.

Truyol Serra Antonio, "Fundamentos de Derecho Internacional Público", Tercera ed. Edit. Tecnos, Madrid, 1970.

Varela Feijoo Jacobo, "La Protección de los Derechos Humanos", Primera ed. Edit. Hispano Europea, Barcelona, 1972.

Verdross Alfred, "Derecho Internacional Público", Primera ed. Edit. Aguilar, Madrid, 1957

Villary Michel, "Fuentes del Derecho Internacional" en "Manual de Derecho Internacional", Tercera reimpresión, editado por Max Sorensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.