

APORTES DEL JURISTA ARGENTINO
JULIO BARBERIS AL DERECHO INTERNACIONAL

ISSN: 2314-1905

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL

Número IX

**APORTES DEL JURISTA ARGENTINO
JULIO A. BARBERIS
AL DERECHO INTERNACIONAL**

**CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA
2014**

*El presente volumen es una publicación del
Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Volumen IX*

EDICIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS
Copyright © 2011, Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Córdoba
Artigas 74 - 5000 Córdoba (República Argentina)
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

Autoridades

(Período 2013 - 2016)

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h.)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

EFRAÍN H. RICHARD
Revisor de cuentas

CHRISTIAN SOMMER
Secretario Técnico

Dirección: Gral Artigas 74- 5000 – Córdoba
Tel./Fax (0054351) 4214929
E-mail: secretaria@acaderc.org.ar
Consulte novedades doctrinarias en la
Página Web: www.acaderc.org.ar

Presidente Honorario

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

**INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

Autoridades

Ernesto J. Rey Caro
Director

María Cristina Rodríguez de Taborda
Secretaria

Comité Editorial

Luis Moisset de Espanés
Ernesto J. Rey Caro
Zlata Drnas de Clément
María Cristina Rodríguez de Taborda

Comité Evaluador Externo

Rafael Casado Raigón (España)
Hugo Llanos Mansilla (Chile)
Manuel Pérez González (España)
Frida M. Armas Pfirter (Argentina)

PALABRAS PRELIMINARES

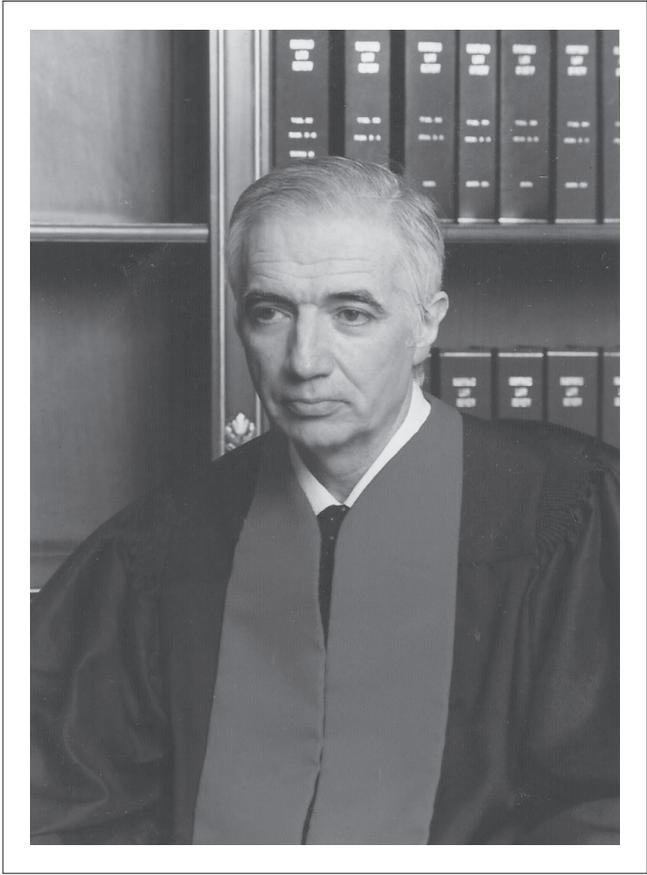
El Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, como lo hace habitualmente, seleccionó como tema para desarrollar en sus sesiones académicas del año 2014 la obra del jurista argentino Julio A. Barberis, y lo hizo con la convicción de que es una obligación que tenemos quienes nos hemos dedicado a los estudios jusinternacionalistas, de tributar un homenaje a personas que se distinguieron en la disciplina.

También, como ha sido práctica desde hace varios años y como cierre del año académico, se celebró un Seminario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el que los miembros del Instituto transmitieron a los integrantes de las Cátedras de Derecho Internacional Público, y especialmente a los alumnos de esta Facultad, los resultados de los trabajos realizados. El objetivo se cumplió acabadamente.

La amplitud de los temas a los que Barberis dedicó su atención durante su fructífera tarea como investigador y publicista permitió a los integrantes del Instituto desentrañar su pensamiento y efectuar enriquecedores aportes que se han volcado en los trabajos incluidos en esta nueva entrega de los Cuadernos.

Todos los miembros del Instituto tuvieron la oportunidad de elegir un tópico de su preferencia. Esta diversidad se muestra en las contribuciones de Zlata Drnas Clément, Arturo S. Pagliari, Graciela R. Salas, Gloria Rosenberg, María Cristina Rodríguez de Taborda, Magdalena García Elorrio, Marta Susana Sartori, María Alejandra Sticca, Eduardo Pintore, Christian G. Sommer, Luciano Pezzano, María Pilar Llorens. A todos ellos nuestro agradecimiento.

Ernesto J. Rey Caro



Julio A. Barberis

Julio A. Barberis

Destacar el *cursus honorum* de Julio Barberis, que nos dejara el 7 de marzo del año 2011, no es una tarea simple, en razón de su multifacética personalidad. Maestro en el Derecho Internacional, publicista, diplomático, árbitro internacional, miembro de prestigiosas instituciones científicas nacionales e internacionales, entre otras proyecciones de su figura.

Ejerció la docencia desde que, siendo muy joven, se graduó como Abogado, obteniendo después el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Nacional de Buenos Aires. Se perfeccionó y diplomó en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra. Asistente, encargado de curso, jefe de investigaciones y profesor en aquella Universidad. Asistente y Profesor Invitado en el Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heildelberg, uno de los centros de estudios e investigaciones más prestigioso de Europa.

Profesor de la especialidad en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica de Mar del Plata y de la Universidad Católica de Buenos Aires. Su vocación lo llevó a desempeñarse, más recientemente, como Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, de Buenos Aires.

Ha dictado cursos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y en sus sesiones externas; en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad París II y en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA.

Tuvo el alto honor, y como reconocimiento de su brillante carrera, de ser designado Director del Centro de Investigaciones de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, institución ésta de la que fue también Miembro de su *Curatorium*. Qué pocos estudiosos del Derecho Internacional han podido exhibir tan calificada hoja de vida!

Su vivencia en la magistratura internacional no fue menos trascendente. Fue Presidente del Tribunal Arbitral en la disputa entre Guinea-Bissau y Senegal para decidir sobre su frontera marítima. Su voto constituye una verdadera pieza jurídica. Fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Juez Ad Hoc ante el mismo Tribunal. Fue Miembro del Tribunal arbitral encargado de la interpretación de la sentencia del Rey Eduardo VII sobre el límite argentino-chileno en la cordillera de los Andes (cuestión de la Laguna del Desierto) y miembro del Tribunal arbitral internacional de Salto Grande (Argentina-Uruguay).

No se puede omitir su desempeño como Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, por espacio de veinte años, y como Juez del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo fue Miembro del Tribunal Arbitral para resolver el litigio entre Eriday y la Entidad Binacional Yacyretá, de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Como diplomático honró al país al desempeñarse como Embajador de la República Argentina en los Países Bajos. Fue asesor en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Consejero legal de la Comisión de límites interprovinciales. Director de Política Fluvial internacional. Representante Permanente de la Argentina ante el Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata. Consejero Legal del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Consultor de la Misión Argentina ante la Santa Sede para la cuestión austral en el conflicto entre nuestro país y Chile. Miembro del Consejo Consultivo sobre temas vinculados al Atlántico Sur.

Ha sido igualmente representante de la República Argentina en numerosas negociaciones y conferencias internacionales vinculadas al aprovechamiento de los ríos internacionales, la protección del medio ambiente y el aprovechamiento de los recursos naturales.

Consultor del Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) y del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Asesor Jurídico de la Comisión Mixta del Río Paraná. Director Jurídico Adjunto en la Entidad Binacional Yacyretá. Consultor Jurídico de la FAO y para la Organisation pour la mise en valeur du fleuve Gambie. Consultor de la Organización de las Naciones Unidas sobre cuestiones vinculadas a recursos naturales compartidos.

Numerosas instituciones científicas lo tuvieron como miembro. El prestigioso Institut de Droit International, el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, el Conseil International du Droit de L'environnement (Bonn) y la International Association for Water Law (Roma) y por cierto, la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Fue Director de la Revista "Ambiente y Recursos Naturales", de consulta obligada para quienes han incursionado en estas líneas de investigaciones. Ha sido asimismo Codirector de la Revista "Política y Derecho Ambientales en América Latina y el Caribe" (Publicación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales).

Recibió importantes distinciones, *inter alia*, la Gran Cruz de la Orden de Mérito (Paraguay) y la Gran Cruz de la Orden de Oranje-Nassau (Países Bajos).

Como publicista Julio Barberis descolló como pocos. No voy a efectuar una reseña exhaustiva de su vastísima producción científica, pero no puedo dejar de mencionar algunas de ellas. Tempranamente su pensamiento fue recogido en importantes publicaciones de la entonces República Federal de Alemania y luego en otras publicaciones periódicas francesas, italianas, holandesas, alemanas, españolas, estadounidenses, etc.

Homenajeó a sus amigos, que los tuvo, y que siempre reconocieron su competencia y seriedad intelectual, con excelentes trabajos publicados en innumerables *Liber Amicorum*.

La vasta obra literaria de Barberis tuvo una merecida difusión en las más prestigiosas publicaciones y editoriales de nuestro país. Sus trabajos se encuentran en revistas especializadas, en obras colectivas y en calificadas colecciones. ¿Quiénes no hemos escudriñado su calificado pensamiento cuando nos hemos introducido en temas tales como los cursos de agua, interjurisdiccionales e internacionales; sobre los recursos naturales y su aprovechamiento; sobre las fuentes del Derecho Internacional; sobre el territorio del Estado; sobre cuestiones limítrofes, entre tantos otros tópicos en que Barberis era un referente obligado?. Allí estaba el experto, el erudito, sin ostentaciones.

Durante el ejercicio de la docencia, muchos colegas de Cátedra, entre los que me cuento, nos hemos valido de libros que tuvieron una amplia difusión internacional y que, como sus otros trabajos, integran la bibliogra-

fía especializada en los programas de estudio del Derecho Internacional en universidades de nuestro país y del exterior. Quién no ha consultado – v.gr.- sus libros “Fuentes del Derecho Internacional”, publicado en La Plata, en 1973, o “Los Recursos Naturales Compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, aparecido en Madrid, en 1979 o “Los Sujetos del Derecho Internacional Actual”, también editado en Madrid, en 1984.

He dejado para el final a Julio Barberis como persona y como amigo. Si hay algo que siempre me sedujo fue su serenidad, su generosidad para con los colegas y su extremada humildad, cualidades propias de los hombres grandes. Alguna vez escuché que grande era el que no hacía sentir pequeño a los demás. Barberis era de esa estirpe. Era un señor en el sentido familiar de la palabra: noble y decoroso. No olvidaré nunca cuánto me ayudó en mis investigaciones. Bastaba con hablarle por teléfono y le comentara lo que necesitaba, para que me invitara a su departamento y bajar de su valiosa biblioteca, el materia apropiado. Y me consta que así de generoso era con todos sus colegas, y aún con los alumnos que necesitaban de su consejo u opinión. Siempre el “maestro”.

Tengo la convicción de que la personalidad de Barberis no puede abarcarse en tan breve reseña, y que han quedado muchas facetas de su ejemplar personalidad que las circunstancias de este homenaje, en un ámbito eminentemente académico, me obligan a omitirlas.

Concluyendo, más allá de tantos méritos, Julio Barberis fue esencialmente un maestro de la vida, que predicaba con el ejemplo. Cuánto necesita un país para ser grande, de hombres de este linaje intelectual!

Ernesto J. Rey Caro

EL TEMA DE LOS RÍOS INTERNACIONALES EN LA OBRA CIENTÍFICA DE JULIO A. BARBERIS

*Ernesto J. Rey Caro**

Resumen: El trabajo analiza uno de los temas del Derecho Internacional al que Julio A. Barberis dedicó buena parte de su producción científica: la cuestión del uso y aprovechamiento de los ríos internacionales y los derechos y obligaciones de los Estados ribereños. Se ha tomado como centro de reflexiones la exposición efectuada por el jurista argentino en el Centre d'étude et de recherche en droit international et de relations internationales, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Palabras-clave: Ríos internacionales - Ordenamiento jurídico-internacional - Derechos y obligaciones de los Estados ribereños.

Abstract: The article analyses one of the topics of international law to which Julio A. Barberis devoted much of his scientific production: the question of the use and exploitation of international rivers and the rights and duties of riparian States. Has been taken as central reflections his conference in the Centre d'étude et de recherche en droit international et de relations internationales, of the Academy of international law in the Hague.

Keywords: International rivers - International Law - Rights and obligations of riparian States.

Julio A. Barberis estudió y profundizó muchos de los tópicos del Derecho Internacional contemporáneo, aunque manifestó cierta preferencia por algunos de ellos, convirtiéndolos en el eje de su vasta producción científica.

* Profesor emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Director del Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la citada Academia.

La cuestión de los ríos internacionales ha centrado su atención desde sus primeros trabajos, tanto desde una perspectiva general, como particular. La bibliografía es extensa¹, razón por la cual resulta imposible pretender examinarla en toda su magnitud en estas reflexiones que sólo tienden a resaltar algunos aspectos de su rica producción literaria.

Debiendo efectuar una elección, a los efectos que persigue esta publicación, nos hemos inclinado por examinar la exposición efectuada por Barberis en el Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en el año 1990².

En esta oportunidad Barberis abordó con Robert D. Hayton³ - que expuso ante los alumnos de habla inglesa-, el tema de los derechos y obligaciones de los Estados ribereños de los ríos internacionales.

Cabe señalar que para esa época la Comisión de Derecho Internacional había avanzado considerablemente en la tarea que le encomendara la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la Resolución 2669 (XXV), titulada “Desarrollo progresivo y codificación de las normas de derecho internacional sobre los cursos de agua internacionales”, que recomendaba a la Comisión la iniciación de los trabajos respectivos. Co-

¹ J. A. BARBIERIS, *El régimen jurídico del Río de la Plata*, Buenos Aires, 1969; “Principios jurídicos que regulan la libre navegación en la Cuenca del Plata” en *Ríos y Canales navegables internacionales*, UNITAR, Buenos Aires, 1971, págs. 199-211; “El aprovechamiento industrial y agrícola de los ríos de la Cuenca del Plata y el Derecho Internacional”, *Derecho de la Integración*, INTAL, Bs.As., N° 16, julio de 1974, págs. 47-84; *Los recursos naturales compartidos entre Estados en el Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1979; “L'exploitation hydro-électrique du Parana et l'accord tripartite de 1979”, *AFDI*, vol. XXXII 1986, págs. 779-793; “Le régime juridique international des eaux souterraines”, *AFDI*, vol. XXXIII, 1987, págs. 129-162; “Un precedente poco conocido sobre la aplicación del uti possidetis juris a un río limítrofe que cambia su curso”, *Anuario de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, vol. X, 1994, págs. 61-82; *Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux*, Centre D'étude et the la Recherche de Droit International et the Relations Internationales, Académie de Droit International de La Haye, Nijhoof, 1990, págs.15-57.

² *Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux*, Centre D'étude et the la Recherche de Droit International et the Relations Internationales, Académie de Droit International de La Haye, Nijhoof, 1990, págs.15-57.

³ *Ibid.*, págs. 59-90.

menzada la tarea, y designado el Primer Relator en 1974, ella se limitó *ab initio* a los problemas jurídicos de los usos de los cursos de agua sólo para fines distintos de la navegación. Tras medulosos informes elaborados por los sucesivos Relatores Especiales y enriquecedores debates⁴, luego de algo más de veinte años, la CDI presentó un proyecto de convención que fue examinado por el Grupo de Trabajo Plenario de la Sexta Comisión de la AG, especialmente en las sesiones de 1996 y 1997. Hubo cuestiones realmente conflictivas, como la del alcance del principio de la *utilización equitativa* y sobre los mecanismos de solución de controversias, *inter alia*, que fueron superadas luego de arduas negociaciones. Finalmente la AG aprobó en este último año, la “Convención sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación”⁵.

Como lo destacaremos, Barberis expuso en el Curso mencionado los aspectos medulares de la problemática que estaban siendo abordados por la CDI, agregando otros enfoques que habían sido excluidos por la Comisión.

En efecto, en esta visión integral, el jurista argentino ha recordado la normativa desarrollada en torno a la problemática de la navegación por los ríos internacionales. La cuestión se planteó inicialmente en torno a los ríos internacionales europeos, siendo abordada en el Congreso de Viena de 1815 y reglada en el Tratado de Parías de 1856. Constituyó una de las materias incorporadas en el Tratado de Versalles, concluida la Primera Guerra Mundial, por señalar sólo algunos hitos que jalonaron la consideración de uno de los usos más antiguos de los cursos de agua. La problemática en América ofrece muy interesante material de estudio, sin perjuicio de su importancia en África en los periodos colonial y postcolonial.

Barberis comienza el tratamiento del tema, refiriéndose a los aspectos generales, como –v.gr.– los de las aguas y el Derecho, los ciclos hidrológicos, la utilización de los ríos y lagos por los seres humanos. En relación con este último tópico destaca que pese a que los ríos y lagos representan sólo el 0,36% del agua dulce existente en el planeta, su im-

⁴ E. J. REY CARO, “El Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXXI, 1978-1979, págs. 45-86.

⁵ Aprobada por Resolución 51/229 de la Asamblea General.

portancia ha sido y es capital para la satisfacción de múltiples necesidades del hombre, tales como aprovisionamiento de las poblaciones, bebida, pesca, industria, irrigación, generación de energía eléctrica, etc.

Uno de los aspectos más atrayentes es, a nuestro parecer, el desarrollo de la idea de las aguas no marítimas internacionales como “recurso natural compartido”, concepción esta que constituye el tema axial de una de sus obras más conocidas⁶.

En su exposición, Barberis examina las nociones de “cuenca” hidrográfica y de “sistema”. En relación a la primera, recuerda la definición contenida en las llamadas Reglas de Helsinki adoptadas por la Internacional Law Association, en 1966, que con posterioridad tomaría gran parte de la doctrina al abordar dicho concepto. En cuanto a la caracterización de los ríos como “sistema”, recurre a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, a los que nos hemos referido.

Otro capítulo interesante es la problemática que se desarrolla en torno a los ríos internacionales en los Estados federales y los acuerdos celebrados entre las “comunidades”. Estos últimos, en opinión de Barberis, no constituyen, *stricto sensu*, instrumentos internacionales. La temática en los Estados federales, asume gran importancia en nuestro país, en cuyo territorio existen numerosos cursos de agua que atraviesan dos o más provincias. También se han presentado y aún existen conflictos entre municipios. Para los conflictos suscitados entre estos entes en torno a uso y aprovechamiento de las aguas se han aplicado las normas vigentes en el Derecho internacional. A tales normas ha recurrido la Corte Suprema de Justicia –v.gr.– en una disputa entre las provincias de Mendoza y La Pampa en relación al río Atuel⁷.

Desde una perspectiva medioambiental, Barberis considera los ríos y lagos como “ecosistemas” y se introduce en el Derecho Internacional ambiental, destacando la variedad e interdependencia de los elementos y examina casos concretos. Afirma que cuando dicha interdependencia entre

⁶ J. A. BARBERIS, *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1979. También, “Los recursos minerales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, en *Derecho de la Integración* (INTAL), vol. 8, 1975.

⁷ Sentencia del 3 de diciembre de 1987.

los elementos de una región tienen cierta envergadura o trascendencia que permiten diferenciarlos de otra región, puede hablarse de “ecosistema”.

Las cuestiones precedentemente abordadas obran como introducción al capítulo central o axial, el de las reglas generales del Derecho Internacional fluvial. Es el momento para examinar la formación de esta rama del Derecho de Gentes. Destaca de diversidad de los ríos que discurren en el planeta y la diversidad de los elementos geográficos. Cada río tiene sus particularidades, surgiendo entonces el tratado o acuerdos como el instrumento más adecuado para regular los derechos y obligaciones de los Estados ribereños. Sin duda la práctica es de particular relevancia y valor. La diversidad de espacios o áreas ha conducido a un desigual desarrollo normativo. La problemática de la navegación, como lo anticipáramos, estuvo presente tempranamente en muchos tratados celebrados en el Viejo Continente especialmente en los siglos XVIII y XIX. Barberis analiza algunos importantes instrumentos internacionales celebrados en este último siglo, destinados a regular la navegación por los ríos internacionales europeos y también los adoptados por las potencias coloniales en relación a sus dominios africanos. La problemática habrá de trasladarse igualmente al Continente Americano, cuando surgieron los nuevos Estados que adquirieron la independencia y se incorporaron a la comunidad internacional, principalmente en el siglo XIX.

Al abrir el capítulo de los principios aplicables al uso y aprovechamiento de los ríos internacionales, Barberis aborda uno de los principios básicos que domina la materia: la obligación de los Estados ribereños de no causar un perjuicio sensible, principio en cuya aplicación, sostiene, han de considerarse las características del curso de agua: el débito, su volumen, la calidad, entre otros elementos. Para Barberis en la actualidad tal obligación se ha convertido en una norma de Derecho internacional general.

Acto seguido el jurista argentino aborda la cuestión de la contaminación de las aguas en los cursos de agua internacionales, que hoy constituye uno de los temas más sobresalientes del Derecho Internacional ambiental, aunque se integra en una problemática más amplia, cual es la de la conservación de las aguas no marítimas. Barberis se pregunta si existe una obligación absoluta de no contaminar que obliga a los ribereños. Cabe señalar que el solo uso de las aguas fluviales causa una alteración en la calidad o volumen de las aguas. Por ello cabe preguntarse sobre el alcance de tal obligación. Esta materia fue motivo de interesantísimos debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional y estuvo estrecha-

mente vinculada con la obligación de no causar un daño “*sensible*”. La Convención de 1997, establece las obligaciones de los Estados ribereños al respecto, entre otros dispositivos, en los artículos 20 y 21 de la Parte IV del instrumento⁸. Para Barberis –criterio que compartimos- no existe una obligación *absoluta* de no contaminar, pese a que se han expuesto opiniones en contrario.

Otro de los principios que integran el bagaje normativo desarrollado en relación al aprovechamiento de los cursos de agua internacionales es el de la *utilización equitativa y razonable*. Es usual que los Estados utilicen dentro de su territorio las aguas tratando de lograr el máximo beneficio. Sin embargo tal aprovechamiento no está exento de limitaciones. El jurista argentino señala que de la observación y examen de los tratados y acuerdos celebrados entre los Estados, puede extraerse la conclusión de que tal principio ha alcanzado la categoría de norma de “Derecho Internacional general”. Señala a título de ejemplo, algunos instrumentos de diverso alcance y contenido que vinculan a nuestro país, tales como la Acta de Santiago de 1971 -instrumento adoptado por la República Argentina y Chile en relación a las aguas fluviales fronterizas-, el Tratado de la Cuenca del Plata, y la Declaración de Asunción de 1971 suscripta por los cinco Estados de esta Cuenca. Sobre algunos de estos instrumentos nos hemos ocupado en su oportunidad⁹. Barberis resalta que la aplicación de la norma depende de la particularidad de los ríos, pudiendo señalarse ventajas y desventajas.

La proyección de este principio presenta características particulares en torno a la producción hidroeléctrica. Desde luego que la situación es diferente tratándose de ríos sucesivos o fronterizos. La regulación de este aspecto de la utilización de los cursos de agua internacionales ha motivado la celebración de numerosos acuerdos internacionales. La distribución equitativa de la energía producida constituye una alternativa incorporada en la mayor parte de tales instrumentos.

En un plano “procesal”, Barberis examina la vigencia de la llamada “*obligación de la consulta previa*”, en torno a la cual la doctrina y la práctica han ofrecido panoramas divergentes.

⁸ El Artículo 20 –v.gr.- prescribe: “Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán individual y cuando proceda, con juntamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales”.

En verdad, las obligaciones de los Estados ribereños que programen o realicen obras o emprendimientos que pudieran causar un perjuicio a otro u otros ribereños, si bien han sido reguladas en casi todos los acuerdos interestatales, no se ha originado una práctica uniforme. Fue una cuestión muy debatida cuando la CDI abordó la temática. La consulta previa, la comunicación previa, la negociación previa y el acuerdo previo han sido opciones escogidas en los acuerdos, pero a falta de una norma expresa, el Derecho Internacional de los cursos de agua internacionales no proporciona una solución expresa. La Convención de 1997 reguló esta materia en la parte III¹⁰, pudiendo destacarse que, en general, durante las deliberaciones en el seno de la CDI hubo consenso en cuanto a que el procedimiento debía garantizar, en la medida de lo posible, que un Estado, al utilizar un curso de agua internacional, no produzca un menoscabo a los otros Estados del cur-

⁹ E. J. REY CARO, “La cooperación Argentino-Chilena en materia de uso y aprovechamiento de los recursos hídricos compartidos”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 11, Madrid, 1994.

¹⁰ Las etapas que deben observarse en la hipótesis considerada pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1) El Estado que proyecte ejecutar o permitir la ejecución de medidas que puedan causar efectos perjudiciales apreciables a los otros Estados del curso de agua, debe notificar en forma oportuna estas, acompañando los datos técnicos y la información disponible que le permita evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas (Artículo 12);

2) Salvo acuerdo en contrario, el Estado que practica la notificación, dará a los Estados notificados un plazo de seis meses para estudiar y evaluar los posibles efectos y comunicarles a aquel sus conclusiones (Artículo 13);

3) Durante este plazo el Estado notificante debe cooperar con los otros Estados notificados, facilitándoles los datos e información suplementarios necesarios, y se abstendrá de ejecutar las medidas proyectadas sin el consentimiento de los Estados a los que se le haya hecho la notificación (Artículo 14);

4) Si el Estado (o Estados), al que se haya efectuado la notificación llegara a la conclusión de que las medidas proyectadas serían incompatibles con el principio de la utilización y participación equitativas y razonables, o que pudieran causar un perjuicio apreciable, debe comunicar dentro del plazo de seis meses referido esa conclusión, acompañando los elementos en que la misma se fundamente (Artículo 15);

5) Si no se diera respuesta a la notificación dentro de los seis meses, el Estado notificante puede iniciar la ejecución de las medidas proyectadas (Artículo 16);

6) En el caso de que el o los Estados notificados efectúen la comunicación prevista en el Artículo 15, el Estado notificante y el Estado autor de la comunicación

so, y que no debía reconocerse a estos últimos un “*derecho de veto*”, real o efectivo, sobre las actividades planificadas por el primero.

En todos los casos, señala Barberis, la práctica ha consagrado que en las negociaciones debe primar la “buena fe”.

Avanzando en la casuística, el jurista recordado señala que en caso de conflictos armados existe la prohibición de no envenenar las aguas.

Barberis aborda también el problema de la delimitación de los ríos internacionales, y examina los diversos sistemas, recalcando que no existe una norma general de Derecho de Gentes sobre esta materia. Cabe recordar que Barberis se ocupó especialmente sobre este tópico en varios trabajos vinculados a cuestiones limítrofes que conciernen a nuestro país.

Cierra su exposición brindando algunas conclusiones que resumen los aspectos de la temática examinados. Si éstas se toman en cuenta se advierte que las ideas medulares del jurista argentino coinciden con el contenido de muchos preceptos incorporados en la Convención sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la nave-

deberán iniciar consultas y negociaciones para llegar a una “solución equitativa”, negociación que se llevará a cabo con observancia del principio de buena fe. Mientras duren las consultas y negociaciones, el Estado notificante “no ejecutará ni permitirá la ejecución de las medidas proyectadas, por un plazo que no excederá de seis meses, si el Estado al que se la haya hecho la notificación lo solicita en el momento en que haga la comunicación” (Artículo 17);

7) En el caso de que un Estado del curso de agua “tenga razones graves para creer que otro Estado del curso de agua proyecta tomar medidas que puedan causarle un efecto perjudicial apreciable”, podrá pedir a ese otro Estado que se le notifique las medidas proyectadas. Si el Estado requerido considera que no es pertinente esta notificación lo comunicará a aquel Estado fundando esta conclusión. En caso de desacuerdo, los Estados involucrados deberán iniciar consultas y negociaciones en los términos previstos en el Artículo 17, debiendo el Estado que proyecte tomar las medidas abstenerse de ejecutarlas ni permitir su ejecución en el mismo plazo y en las condiciones que prescribe este artículo (Artículo 18);

8) Si razones de extrema urgencia “para proteger la salud y la seguridad públicas y otros intereses igualmente importantes”, así lo requieren, el Estado que proyecte las medidas puede iniciar inmediatamente su ejecución mediante una declaración formal sobre la urgencia de las medidas a los demás Estados del curso de agua que pudieran resultar afectados, no eximiendo al Estado que inicia la ejecución de las medidas, del cumplimiento de lo dispuesto en los Artículos 5 y 7 de la Convención y de iniciar consultas y negociaciones (Artículo 19).

gación ya referida. Algunas de sus obras integraron la amplia bibliografía que utilizaron los sucesivos Relatores Especiales de la CDI.

Como lo anticipáramos, el dominio de Barberis de una materia que preocupó a los internacionales desde hace varios siglos y que integró el repertorio temático de las primeras obras sobre el Derecho de Gentes, ha sido realmente admirable. El estudio de su pensamiento constituye una meta que excede sobradamente los límites del trabajo que hemos seleccionado para estas reflexiones. Otras proyecciones de su vasta obra científica han sido examinadas durante las sesiones del Instituto de la Academia y constituyen contribuciones que enriquecen el contenido del nuevo Cuaderno.

LOS APORTES DE JULIO A. BARBERIS A LA TEORÍA DE LOS RECURSOS NATURALES COMPARTIDOS ENTRE ESTADOS

*Zlata Drnas de Clément**

Resumen: Este trabajo, en primer término, considera algunos aspectos de la actividad y obra de Julio A. Barberis en los variados tópicos vinculados a los recursos naturales compartidos (ríos, minerales, fauna y atmósfera), y en segundo término, trata las tendencias actuales en esa temática.

Palabras-clave: Recursos naturales compartidos - Soberanía - Medioambiente.

Abstract: This paper, firstly, considers some aspects of the activity and work of Julio A. Barberis on various topics related to shared natural resources (rivers, minerals, wildlife and atmosphere), and second, studies current trends in this theme.

Keywords: Shared natural resources - Sovereignty - Environment.

Sumario: I. Introducción. II. Posición de Julio Barberis en materia de recursos naturales compartidos entre Estados. III. Tendencias doctrinarias actuales en materia de recursos naturales compartidos.

I. Introducción

Se ha designado a Julio A. Barberis como uno de los pilares del derecho internacional de aguas y, en sentido más amplio, del derecho internacional de los recursos naturales, área del saber que desarrolló con preferente pasión.

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesora Emérita de las Universidades Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Contribuyó a esa sólida y acertada construcción en materia de recursos naturales -área de estudio novedosa en las primeras épocas de formación académica de Barberis- el profundo manejo que llegó a tener de la teoría jurídica internacional. Debe tenerse en cuenta que el tópico de los recursos naturales compartidos entró, como categoría jurídica, en la doctrina internacional, recién después de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo 1972), evento en el que Barberis representó en forma destacada a la Argentina. Más tarde, nuestro homenajeado tuvo oportunidad de construir y sostener las posiciones de nuestro país en varios tópicos vinculados a recursos naturales en la *Conferencia de Naciones Unidas sobre Agua* (Mar del Plata- 1977).

La construcción teórica de Barberis fue acompañada por una vasta práctica, ya que a más de embajador, fue delegado permanente en comisiones hídricas bi y pluri nacionales. Tuvo larga experiencia en materia de relaciones de cooperación internacionales dirigidas a la regulación de recursos compartidos. Participó *i. a.* de la elaboración de *Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo* de 1973, en el *Estatuto del Río Uruguay*, en el *Tratado de Yaciretá*, en el *Tratado Tripartito sobre el Río Paraná*; fue asesor jurídico de la FAO; colaboró en el desarrollo de la regulación de la Cuenca del Río Gambia.

También ha tenido importante experiencia internacional como juez y árbitro. A más de haber sido miembro del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y juez del Tribunal Administrativo de la OIT, arbitró en cuestiones territoriales y vinculadas a los recursos naturales. Así, por ejemplo, integró los tribunales arbitrales de Yaciretá, Salto Grande, Laguna del Desierto, Delimitación marítima entre Guinea Bissau y Senegal, entre otras labores.

Fue un teórico, pero también, un práctico. En todos los casos se inclinó por una visión interdisciplinaria de las cuestiones jurídico-ambientales, en el entendimiento de que para determinar las normas aplicables a un recurso natural, primero deben conocerse y comprenderse los aspectos naturales y técnicos que les son propios. Por ello, trabajó siempre en estrecha colaboración con ingenieros, geólogos, hidrólogos, biólogos, ecólogos.

Le desvelaron desde el inicio, particularmente, dos principios del aprovechamiento de los recursos compartidos: el uso equitativo, y el deber de comunicar el uso o aprovechamiento de recursos con efectos transfronterizos. Más adelante, comentaremos su importante participación en el

diferendo argentino-brasileño con motivo de las presas hidroeléctricas sobre el Río Paraná. Fruto de esas intervenciones y preocupaciones ha sido una de sus más tempranas obras en el tema recursos naturales, la que destacamos especialmente por haber traído a consideración un tópico aún discutido en los ámbitos doctrinarios y jurisprudenciales, como es la obligación de informar y consultar que tienen los ribereños a la hora del uso o aprovechamiento de los recursos hídricos fluviales compartidos¹. A pocos años de la Conferencia de Estocolmo Barberis ya se había ocupado de los más novedosos tópicos en materia de recursos naturales compartidos, incluyendo entre ellos aspectos relativos al aprovechamiento industrial y agrícola de las cuencas compartidas, a los recursos mineros, a las obras hidráulicas multinacionales².

Trabajó por más de treinta años en el tema agua como recurso natural. Por nuestra parte hemos elegido el tema de los recursos naturales compartidos como tópico de estudio en las sesiones del IDIPDI de este año (dedicado a la obra de Barberis), ya que el homenajeado publicó a fines de la década de los 70 su primer libro de autoría exclusiva³, y lo dedicó a ese tema; obra señera y de valor perdurable en la doctrina internacional. El libro fue fruto de su estancia de investigación en el Max Planck Institut de Heidelberg, bajo la dirección de Hermann Mosler y Rudolf Bernhardt. Tituló su trabajo *Los Recursos Naturales Compartidos y el Derecho Internacional*, publicado en español por Tecnos - Madrid en 1979, publicación largamente citada por especialistas de todos los rincones del mundo y por la Comisión de Derecho Internacional.

¹ J. A. BARBERIS, «La regla del intercambio de información o de consulta en el derecho internacional fluvial», trabajo presentado ante *Asociación para la protección del ambiente – Primeras Jornadas argentinas de derecho y administración ambientales. Documentos de trabajo*, Buenos Aires, 1974, págs. 281-308.

² J. A. BARBERIS, «El aprovechamiento industrial y agrícola de los ríos de la Cuenca del Plata y el Derecho internacional», *Derecho de la integración*, N° 16, 1974, págs. 47-84; J. A. BARBERIS, «Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional», *Derecho de la integración*, N° 18-19, 1975, págs. 45-58; «Entidades públicas multinacionales para obras hidráulicas internacionales en América latina», *Annales Juris Aquarum* (International Association for Water Law), vol. II, t. 2, Caracas, 1976, págs. 1039-1068.

³ Con anterioridad, en 1969, había publicado en coautoría con Eduardo A. PIGRETTI el libro *Régimen Jurídico del Río de la Plata*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Continuó trabajando durante casi toda su vida en ese tópico. Muchas de sus obras han hundido sus raíces en la profunda y compacta investigación heidelbergiana. Así, consideró -entre varios otros- aspectos relativos al régimen jurídico de los recursos naturales en su percepción ambiental, el régimen y la utilización de las aguas subterráneas y las situaciones en casos de contaminación, la financiación de aprovechamientos hidráulicos internacionales⁴. Destacamos muy especialmente su capítulo “Aplicación de principios de derecho internacional a la administración de ríos compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay”, publicado en el libro en colaboración con Frida Armas Pflirter y María Querol, titulado *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio* (Civitas, 2002. pp. 69-126), en tanto pone en evidencia desde el título mismo el aporte doctrinario que el homenajeado ha hecho a la construcción de los principios del Derecho internacional aplicables a los recursos naturales compartidos en general. Incluso, en su libro *El territorio del Estado y la soberanía territorial* (Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, pp. 182 y 183), en la parte final, al ocuparse de las “restricciones a la actividad estatal establecidas por el Derecho internacional general”, trata los recursos naturales compartidos y los principios generales que los rigen.

Merece ser destacada su co-dirección de la sesión de 1990 del Centro de Investigaciones de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, sesión de la que tuve la suerte de participar. El Bilan de recherches

⁴ J. A. BARBERIS, «El régimen de los recursos naturales y del medio ambiente en los tratados fluviales argentino-uruguayos», *Ambiente y recursos naturales* (Buenos Aires), vol. I, 1984, N° 2, págs. 28-36; J. A. BARBERIS, «La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional», *Anuario de derecho internacional* (Université de Navarre), vol. VIII, 1985, págs. 39-82; J. A. BARBERIS, «La contaminación de las aguas subterráneas internacionales», *Ambiente y recursos naturales* (Buenos Aires), vol. III, 1986, N° 2, págs. 14-20; J. A. BARBERIS, *El régimen de las aguas subterráneas según el derecho internacional (Etude législative, N° 40)*, FAO, Rome, 1986; J. A. BARBERIS, «L’exploitation hydro-électrique du Paraná et l’accord tripartite de 1979», *Annuaire Français de Droit International*, 1986, págs. 779-793; J. A. BARBERIS, «Le régime juridique international des eaux souterraines», *Annuaire Français de Droit International*, 1987, págs. 129-162; J. A. BARBERIS, «El reglamento del Banco Mundial para la financiación de aprovechamientos hidráulicos internacionales», *Ambiente y recursos naturales* (Buenos Aires), vol. V, 1988, N° 1, págs. 15-19.

du Centre d'Étude et de Recherche de l'Académie de Droit International⁵, refiere el desarrollo de las labores en la sección francesa dirigida por Barberis. Tuve la fortuna de ser conducida por Julio Barberis en mi investigación y compartir actividades en la referida *recherche* con hoy destacados internacionalistas como Ruiz-Fabri, Hey, Ponte Iglesias, Ramacciotti, Mubiala, Utton, Polakiewicz, Park, Cáceres Brun, entre otros.

La cuestión que se me asignó para investigar en la sección francesa para exponer y discutir fue “el concepto de recurso natural compartido”, tema que inició las labores de la sección francesa. Llama la atención que Barberis -quien asignó los distintos tópicos de investigación a los participantes- siguiera refiriéndose en ese momento (1990), al igual que lo hiciera a través de los años, a “recursos naturales compartidos”. Ello, a pesar de que la Comisión de Derecho Internacional en el Proyecto sobre los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación sólo usó esa expresión para referirse a los cursos de agua internacionales entre 1980 y 1984. La CDI -mucho más tarde- retomó esa expresión en otro proyecto de trabajo (Recursos Naturales Compartidos), área en la que se dedicó, en primer término, a los acuíferos confinados, para continuar con los tópicos relativos a petróleo, gas, otros minerales fluidos (líquidos o gaseosos), atmósfera y, en etapa ulterior, eventualmente, se ocupe de las especies vivas pertenecientes a ecosistemas transfronterizos. Debe tenerse en cuenta que las obras de Barberis han sido repetidamente citadas por la CDI en varios de sus proyectos.

Secuenciaré esta exposición tratando, en primer término, algunos aspectos de la actividad y obra de Barberis en el tópico de los recursos naturales compartidos, y en segundo término, consideraré tendencias actuales en esa temática.

⁵ J. A. BARBERIS, « Bilan de recherches de la section de langue franc'aise du Centre d'Étude et de Recherche de l'Académie de Droit International », en *Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux* de l'Académie de Droit International de La Haye - *Rights and Duties of Riparian States of International Rivers*, Academy of International Law, Nijhoff, Hague, 1991.

II. Posición de Julio A. Barberis en materia de recursos naturales compartidos entre estados

Largamente es conocida la rivalidad existente entre Argentina y Brasil a la hora de los aprovechamientos hidroeléctricos en la Cuenca del Plata, particularmente en la década de los 70⁶. Mientras Argentina sostenía que los Estados ribereños que proyectan una obra hidroeléctrica debían proceder a una “consulta previa” -de conformidad a la Declaración de Montevideo suscripta por Brasil en 1933, al Acuerdo de Salto Grande de 1946, suscripto por Brasil, y al decálogo de las “Reglas de Helsinki”, aprobadas en 1966, Brasil propugnaba -como obligación interestatal- el mero “principio de la publicidad”, que significaba que los Estados interesados debían disponer de información a través del simple “conocimiento público” general. Barberis tuvo un destacado rol a la hora de defender la posición argentina, la que se ha reflejado en sus participaciones diplomáticas y en el trabajo que presentara en las *Primeras Jornadas argentinas de derecho y administración ambientales* de la *Asociación para la protección del ambiente*, publicado en 1974, ya referido.

La diplomacia argentina luchó por el principio jurídico de “consulta previa”, buscando detener el avance de las obras hidroeléctricas brasileñas inconsultas. El principio sostenido por Argentina fue aprobado en la *Cuarta Reunión Ordinaria de Cancilleres de la Cuenca del Plata*, celebrada en Asunción el 31 de junio de 1971. En dicha ocasión, los cancilleres firmaron la *Declaración de Asunción sobre el Aprovechamiento de los Ríos Internacionales*, la que en la resolución 23 del Acta, puntos 2 y 3, recepta la posición de la diplomacia argentina y aprueba el principio de “consulta previa”, estableciendo que en los ríos internacionales contiguos cualquier aprovechamiento de sus aguas debe ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños, mientras que, en los ríos internacionales de curso sucesivo cada Estado puede aprovechar sus aguas, pero siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la cuenca.

⁶ C. ESCUDÉ – A. CISNEROS, *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina*, 2000. Disponible en: <http://www.argentina-rree.com/historia.htm> (consulta de 4 de septiembre de 2014). En esta parte seguimos las referencias históricas de esta obra.

Argentina, con Barberis a la cabeza, trasladó su lucha a los foros internacionales, en particular, la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* en la ciudad de Estocolmo (1972). La *Comisión Preparatoria* de la Conferencia (con participación argentina) elaboró un proyecto de resolución, cuyo “*principio 8*” establecía: “*Todo Estado que tenga motivos para creer que las actividades de otro Estado pudieran causar daños a su medio o al medio de las zonas situadas fuera de los límites de su jurisdicción nacional, podrá solicitar la celebración de consultas internacionales acerca de las actividades proyectadas*”. El párrafo suscitó la oposición de Brasil con el respaldo de Yugoslavia, por lo que la Comisión decidió formar un *Grupo de trabajo* que propuso un nuevo principio, el “*principio 20*”, que establecía: “*los Estados deberán suministrar información pertinente sobre las actividades o acontecimientos que tengan lugar dentro de su jurisdicción o bajo su control siempre que crean, o tengan razón para creer, que dicha información es necesaria para evitar el riesgo de importantes efectos adversos en el medio de las zonas que quedan fuera de su jurisdicción nacional*”. En el “*principio 8*” objetado, correspondía al Estado potencialmente damnificado por la actividad solicitar la consulta, en cambio, en la propuesta del principio “*20*” era el emprendedor quien determinaba si su obra podía tener importantes efectos adversos sobre su vecino. Obviamente, la delegación argentina propuso una *enmienda al “principio 20”* en los siguientes términos: “*Esta información deberá ser facilitada a petición de cualquiera de las partes interesadas en un tiempo prudencial y acompañada de los datos disponibles que permitan a las mencionadas partes, informar y juzgar por sí mismas la naturaleza y los efectos probables de tales actividades*”. Un *grupo de países africanos*, presentó una *nueva enmienda al “principio 20”*, que consistía en eliminar del final del párrafo las palabras “*crean o tengan razón para creer*” y la palabra “*importantes*”. De conformidad a ello, el principio quedaba con el siguiente texto: “*Los Estados deberán presentar información pertinente sobre las actividades o acontecimientos que tengan lugar dentro de su jurisdicción o bajo su control siempre que dicha información sea necesaria para evitar el riesgo de efectos adversos en el medio de las zonas que quedan fuera de su jurisdicción nacional*”. La delegación argentina, tras algunas dudas, aceptó esta nueva enmienda lo mismo que otros países latinoamericanos, y por ello la misma llevó el nombre de “*Enmienda Afro-Latinoamericana*”.

Los desentendimientos entre las delegaciones argentina y la brasileña impidieron que se alcanzara acuerdo en la Conferencia en materia de recursos naturales compartidos, dado que todas las resoluciones –según lo concertado- debían ser aprobadas por consenso.

En septiembre de 1972, en la *XXVII Asamblea General de las Naciones Unidas*, se reanudó el diálogo entre los representantes argentinos -el embajador ante las Naciones Unidas, Carlos Ortiz de Rozas, Eduardo Bradley y Julio Barberis- y el embajador Sergio Frazao y el ministro Espedito de Freitas Rozende, del Brasil. Resultado de estas gestiones fue la firma del *Acuerdo de Nueva York*, por parte de los cancilleres argentino y brasileño, Mc Loughlin y Gibson Barboza, el 29 de septiembre de 1972⁷. Este Acuerdo contenía los siguientes puntos dispositivos:

*1.- (...) en la exploración, explotación y el desarrollo de sus recursos naturales, los Estados **no deben causar efectos perjudiciales sensibles** en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional.*

*2.- (...) la **cooperación** entre los Estados en el campo del medio ambiente, incluso la cooperación para la ejecución de los principios 21⁸ y 22⁹ de la Declaración sobre el Medio Humano, se logrará adecuadamente **dándose conocimiento oficial y público de los datos técnicos** relativos a*

⁷ El Acuerdo de Nueva York fue denunciado por el gobierno justicialista de Héctor J. Cámpora.

⁸ “*Principio 21*: De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.”

⁹ “*Principio 22*: Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción.”

los trabajos a ser emprendidos por los Estados dentro de su jurisdicción nacional con el propósito de evitar perjuicios sensibles que puedan ocasionarse en el medio humano del área vecina.

3.- (...) los **datos técnicos** mencionados en el párrafo precedente serán dados y recibidos **con el mejor espíritu de cooperación y buena vecindad**, sin que ello pueda ser interpretado como facultando a cualquier Estado a retardar o impedir los programas y proyectos de exploración, explotación y desarrollo de los recursos naturales de los Estados en cuyos territorios se emprendan tales programas y proyectos. (Los resaltados nos pertenecen).

El texto del convenio fue receptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su *Resolución 2995 (XXVII) Cooperación de los Estados en el campo del medioambiente*, aprobada por unanimidad (115 votos a favor y ninguno en contra).

En la *Quinta Reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata* (Punta del Este, diciembre de 1972), la delegación argentina presentó una propuesta referida a la sistematización de la información a nivel técnico de las obras hidroeléctricas en el área de la Cuenca del Plata. La proposición argentina fue rechazada por Brasil. Poco después, el 29 de marzo de 1973, el representante argentino en el *Comité Intergubernamental Coordinador*, Alberto Guzmán Soriano, envió una nota al presidente del mismo, pidiendo a los países miembros información sobre la noticia del llenado del *dique de Ilha Solteira*, basándose en el Acuerdo de Nueva York y la Resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General. El 1 de abril de 1973 Antonio P. Azeredo da Silveira, representante del Brasil ante el Comité Intergubernamental, contestó que la Resolución 2995 (XXVII) se destinaba a casos en que en la explotación y aprovechamiento de recursos naturales existiera la posibilidad de que ocurriera perjuicio sensible fuera de la jurisdicción nacional del Estado que emprendía la obra, posibilidad inexistente en el caso de Ilha Solteira. También señalaba que el gobierno brasileño había emitido un comunicado de prensa, anunciando el llenado de Ilha Solteira, publicado también en el Diario Oficial del 27 de marzo. Además, había enviado una copia al embajador argentino en Bra-

sil. El 18 de abril de 1973, Julio Barberis, en calidad de embajador, suscribió la nota de respuesta argentina, que *i. a.* expresaba:

“La Representación de la República Argentina considera inaceptable y contraria al Derecho de Gentes la interpretación del Acuerdo de Nueva York y de la Resolución 2995 (XXVII) formulada en el punto 5 de la nota brasileña. Según esta interpretación del Brasil, el acuerdo se aplica sólo cuando existe la posibilidad de provocar un perjuicio sensible, pero he aquí que quien juzga si existe o no posibilidad de perjuicio sensible es la misma República del Brasil de manera unilateral. Por lo tanto, bastará que el gobierno de Brasil diga que ninguna actividad que emprenda en su territorio causa perjuicio sensible, para que la Resolución 2995 (XXVII) no se aplique nunca. En Nueva York, Brasil aceptó otro texto (...). Pero ocurre ahora que el Brasil pretende, por vía de interpretación, imponer su idea, la que fue rechazada en Estocolmo de manera casi unánime. Su pretensión resulta inadmisibles (...). Los hechos descriptos en la presente nota (...) demuestran claramente que (...) este país no ha cumplido con los compromisos pactados internacionalmente”.

El 11 de mayo de 1973, por nota, el gobierno de Brasil rechazó enfáticamente los términos de la misiva de Barberis, a la que consideró ofensiva.

Como puede observarse, ya antes de la Conferencia de Estocolmo, Argentina -con el impulso intelectual de Barberis- había perfilado principios básicos que habrían de consolidarse más adelante en el Derecho internacional de los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados y habrían de ser receptados en instrumentos universales tales como la *Convención sobre el derecho de los usos los cursos de agua para fines distintos de la navegación* de 1997 y el *Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos* de 2008.

En particular, como dijimos inicialmente, atrajeron especialmente a Barberis los principios: deber de uso equitativo, y el de comunicar el uso o

aprovechamiento de recursos con efectos posibles transfronterizos, si bien, más adelante, sólo consideró principios sustantivos básicos a los deberes de “no causar daño transfronterizo” y “uso equitativo y razonable”, entendiendo que la comunicación previa es un “procedimiento” que hace a ambos, en tanto sólo de esa manera el Estado afectado puede determinar las consecuencias de las obras en su territorio¹⁰. Por nuestra parte, tal como lo señaláramos en trabajos anteriores¹¹, creemos que la obligación del Estado emprendedor de poner en conocimiento de los Estados que comparten el recurso natural la obra proyectada, constituye un principio autónomo sustantivo central, que hace a la “transparencia” a la hora de decidir sobre un uso-aprovechamiento del recurso y que, en lo temporal, es previa al uso equitativo y racional como tal. No debe ser entendida esta “transparencia” en el sentido del derecho administrativo como mera “publicidad” de los actos, unidireccional, sin retroalimentación, mera disponibilidad a la vista de todos del accionar del poder público. Ello, debido a la naturaleza misma del principio de soberanía recíproco que rige sobre el bien compartido. Si bien es un paso necesario para asegurar la distribución equitativa del recurso, el derecho *ab initio* que tiene cada uno de los Estados sobre sus recursos, incluida la porción del recurso compartido que le corresponde, exige que toda disposición por uno de los Estados de lo que es compartido, necesariamente conlleve el hacer saber al “compartiente”, sin ocultamientos, el proyecto de aprovechamiento que pretende llevar adelante y sus características. El principio busca impe-

¹⁰ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, págs. 182 y 183.

¹¹ “Principio de soberanía estatal en el acuerdo sobre el Acuífero Guaraní y en el proyecto de la CDI sobre acuíferos transfronterizos”, conferencia expuesta en el Encuentro sobre *A Gestão do Sistema Aquífero Guaraní: Um exemplo de cooperação*, realizada en São Paulo–Brasil entre los días 21 a 23 de septiembre de 2011, organizada por el Centro de Investigación en Aguas Subterráneas (CEPAS-IGc) de la Universidad de São Paulo, la Secretaría de Medio Ambiente del Estado de São Paulo y la Universidad de Surrey (Reino Unido), con los auspicios de la UNESCO. (Obtenible en www.acaderc.org.ar). “El fallo de la CIJ sobre las pasteras del río Uruguay: Lejos de la concepción de recurso natural compartido (sentencia de 20/4/2010)”, *Anuario XII* del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, Buenos Aires, 2011; “Los cursos de agua internacionales y los acuíferos internacionales como paradigmas de recursos naturales compartidos”. (Disponible en www.caei.org).

dir la disposición unilateral inconsulta de un bien compartido. Este principio fue receptado por la Corte Internacional de Justicia en el párrafo 85 de su sentencia del 27 de septiembre de 1997 en el *Asunto relativo al Proyecto Gabèikovo-Nagyymaros (Hungría/Eslovaquia)*, al considerar que el control unilateral de un recurso natural compartido (o sea la falta de información, consulta, y negociación), en sí mismo, constituye una privación del derecho a la división equitativa y razonable del recurso que tienen los ribereños¹².

El deber de “cooperación” aparece como una obligación sustantiva que contiene principios-deberes específicos exigibles: *-puesta en conocimiento del titular “compartiente” del recurso, del proyecto de disposición sobre el bien/recurso transfronterizo con facilitación de información según solicitud de cualquier comparte (transparencia); *-deber de realizar interconsultas y en su caso, negociar de buena fe; *- deber de utilización no perjudicial para terceros (Estados del sistema u otros o áreas fuera de la jurisdicción de los Estados); *-deber de utilización equitativa y razonable (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), lo que implica un comportamiento diligente en materia de prevención y precaución. Esta obligación de cooperar a la hora de usar recursos compartidos que forman parte de los derechos soberanos de los Estados del bien a aprovechar (bi o plurilateral) es muy distinta a la obligación de cooperar para la conservación, preservación, protección ambiental de los recursos naturales en sentido general, multilateral, lo que no es una obligación frente a los que comparten el sistema transfronterizo¹³.

En nuestra posición, al igual que en la de Barberis, se da especial importancia a la obligación de comunicar a los Estados que comparten el recurso, los proyectos de obra significativos. La potencialidad de causar perjuicio transfronterizo nace de la envergadura de la obra, siendo ello algo objetivo. Por ello consideramos al principio autónomo y sustantivo y

¹² ICJ Reports, 1997. Párr. 85. “(...)The Court considers that Czechoslovakia, by unilaterally assuming control of a shared resource, and thereby depriving Hungary of its right to an equitable and reasonable share of the natural resources of the Danube (...) failed to respect the proportionality which is required by international law.” (Texto inglés que da fe).

¹³ Este aspecto, que no encontramos discernido en la doctrina ni en las labores de la CDI, creemos es crucial para una correcta determinación de las obligaciones de cooperación.

no procedimental como lo concibiera en su momento la *International Law Association* en las *Reglas de Helsinki* -percepción que quedó como un sello en la matriz intelectual de muchos doctrinarios-. Las Reglas de Helsinki fueron adoptadas en su 52ª Conferencia de agosto de 1966, en las que en el *art. XXIX (parte del Capítulo 6. Procedimientos para la prevención y solución de controversias)*, se establece que, con el fin de prevenir conflictos entre Estados de la cuenca, se recomienda que cada Estado de la misma brinde la información relevante y razonable disponible a los otros Estados de la cuenca¹⁴. Un artículo débil, innecesariamente complejo, con mayor peso sobre el Estado potencialmente damnificado que sobre el emprendedor. El que en los tratados se suela concertar un procedimiento para la comunicación-información-negociación o para el establecimiento de prioridades en el uso equitativo no implica que se trate de principios de mero procedimiento. Es de destacar muy especialmente el aporte de Barberis, quien hace presente que “*la práctica convencional más generalizada consiste en establecer la prohibición de emprender, sin el consentimiento del otro Estado, obras o trabajos que puedan afectar sensiblemente el territorio de éste*”¹⁵. Entre los ejemplos que refiere, más de veinte sustentan esa posición¹⁶.

¹⁴ Helsinki Rules I.L.A. *Article XXIX: 1. With a view to preventing disputes from arising between basin States as to their legal rights or other interest, it is recommended that each basin State furnish relevant and reasonably available information to the other basin States concerning the waters of a drainage basin within its territory and its use of, and activities with respect to, such waters. 2. A State, regardless of its location in a drainage basin, should in particular furnish to any other basin State, the interests of which may be substantially affected, notice of any proposed construction or installation which would alter the regime of the basin in a way which might give rise to a dispute as defined in article XXVI. The notice should include such essential facts as will permit the recipient to make an assessment of the probable effect of the proposed alteration. 3. A State providing the notice referred to in paragraph 2 of this article should afford the recipient a reasonable period of time to make an assessment of the probable effect of the proposed construction or installation and to submit its views thereon to the State furnishing the notice. 4. If a State has failed to give the notice referred to in paragraph 2 of this article, the alteration by the State in the regime of the drainage basin shall not be given the weight normally accorded to temporal priority in use in the event of a determination of what is a reasonable and equitable share of the waters of the basin.*

¹⁵ J. A. BARBERIS, “Bilan de recherches (...)”, op.cit. pág. 49.

¹⁶ *V. gr.* *el art. 7 del tratado entre el Emperador y el Elector de Baviera de 31.VIII.1784; *el art. 27 del tratado de Aachen entre Prusia y Holanda de 26.VI.1816; *el

Barberis señala que el deber de comunicar-concertar es una consecuencia lógica de la existencia de una norma que prohíbe causar un perjuicio sensible a otro Estado. Expresamente señala a continuación que no se trata de una norma de *jus cogens*. Sin embargo, me permito poner en duda la corrección de esa afirmación, ya que no cabe pensar la posibilidad de que por voluntad convencional se pueda aceptar una norma general que permita dañar a otro por disposición unilateral inconsulta (verdadera modalidad de agresión).

Bien ha señalado en opinión individual Skotnikov en el caso de las pasteras uruguayas (CIJ sentencia del 20 de abril de 2010): “3. *Las disposiciones de los Artículos 7 a 12 del Estatuto están claramente dirigidas a prevenir la acción unilateral, acción contraria a las disposiciones del Estatuto, y con ello a impedir causar daño a los derechos de las Partes, mientras al mismo tiempo se protege el curso de agua compartido. De allí, las obligaciones de informar, de notificar y de negociar. Es por lo tanto solamente lógico que, si todavía no hay acuerdo después de que las negociaciones hayan concluido, la parte que presenta el proyecto tiene la opción de abandonar el proyecto en su conjunto o solicitar a la Corte, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto 1975, para que resuelva el conflicto. Bajo este esquema de cosas, no se inflige ninguna lesión a los derechos de cualquier parte y el río compartido sigue protegido*”.

Barberis, en su libro de 1979, distingue cuatro recursos naturales transfronterizos específicos: ríos, minerales, fauna¹⁷ y atmósfera, y los trata en capítulos separados en la primera parte. La obra cierra con una

art. 30 del acuerdo entre Bélgica y Luxemburgo de 7.VIII.1843; *el art. 58.2 del tratado entre Austria y Baviera de 24.VI. 1862; *el art. 12 del tratado entre Bélgica y Holanda de 12.V.1863; *el art. 3 del acuerdo entre Etiopía y Gran Bretaña de 12.V.1902; *el art. 2 del acuerdo entre Suecia y Noruega de 26.X.1905; *el art. del tratado entre Finlandia y Noruega de 14.II.1925; *el art 20 del Tratado entre Brasil y Uruguay de 20.XII.1933; * el art. 19.2 del tratado entre Checoslovaquia y Hungría de 13.X.1956; el art. 2.2 del tratado entre Yugoslavia y Bulgaria de 4.IV.1958; * el art. 9 del tratado entre la URSS y Polonia de 17.VII.1964, etc. Por ejemplo, el art. 7 del tratado entre Austria, Suiza y Alemania de 30.IV.1966 sobre derivación de las aguas del Lago Constanza establece que las derivaciones de agua superiores a determinado volumen han de ser notificadas previamente a los demás Estados del sistema.

¹⁷ Consideramos que se pudo haber incorporado flora perteneciente a un conjunto ecosistémico transfronterizo.

segunda parte dedicada a los principios generales aplicables a los recursos naturales compartidos con visión general.

Al ocuparse de los ríos internacionales, trata doctrinas cuyos fundamentos son válidos para todos los recursos naturales compartidos entre Estados. Así, *la doctrina de la soberanía absoluta sostenida por el Procurador General de los EEUU, Judson Harmon (1895), esbozada en oportunidad de un conflicto con Méjico por la utilización del Río Grande, la que afirmaba el derecho del Estado a disponer de sus bienes sin limitación alguna y sin tomar en consideración el efecto sobre otros Estados; *la doctrina de Max Huber (1928) de la integridad territorial absoluta (más tarde sostenida por Oppenheim-Lauterpacht -por la que nos inclinamos-) entiende que ningún Estado puede alterar las condiciones de un recurso compartido de modo de causar, por decisión unilateral, detrimentos sensibles en las condiciones naturales del bien que pertenece al territorio de un Estado vecino. Este principio está sostenido en la igualdad soberana de los Estados. Barberis considera que tanto la Doctrina Harmon, como la Huber son extremas. Considera teorías que califica como “intermedias” por tomar en cuenta la realidad y “*la importancia capital que poseen para el desarrollo económico las obras de riego y la producción de energía eléctrica*”. Se trata de teorías que implican restricciones a la soberanía y que tienen su origen en el derecho privado. Algunas fundadas en *la servidumbre (Heffter), otras en *el principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (Von der Heydte), en *el condominio (Sauser-Hall), en *la vecindad (Andrassy). Creo que Barberis es ambiguo al decir repetidas veces que las limitaciones a la soberanía de estas teorías son en “*beneficio*” de los Estados vecinos. Creemos que no es en “beneficio”, en tanto cada Estado tiene por derecho propio todos los “beneficios” de los bienes bajo su jurisdicción, es decir, tiene derechos soberanos sobre sus bienes y sus aprovechamientos, incluso sobre los compartidos. Como mucho, podrá decirse que son en “*protección*” de equivalentes derechos soberanos de los colindantes. También considera *la “comunidad de intereses”, consagrada en la sentencia del TPJI sobre el Río Oder (1929), la que hace referencia a un “derecho común”, cuyas características son “la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños”. Indudablemente, esa “igualdad” ha de pensarse como Estado soberano y no como porción del bien-recurso, ya que no sería razonable sostener que tiene idéntico derecho sobre el todo de un recurso compartido quien tiene dentro de su territorio el 1% de un recurso y el que posee 99%.

En su obra “The Development of International Law of Transboundary Groundwater”, publicada en 1991, en el Vol. 31 del *Natural Resources Journal* (p. 167 y ss.) señala que las aguas subterráneas representan un importantísimo porcentaje de agua dulce del planeta y que las normas consuetudinarias generalmente reconocidas con relación a los otros recursos naturales compartidos le son aplicables. Cita esas normas en el siguiente orden: *la obligación de no causar daño transfronterizo apreciable (incluida la contaminación), *el deber de uso equitativo y razonable, *la obligación de notificación previa¹⁸⁻¹⁹, *el deber de negociar²⁰. Idénticos principios de derecho internacional general había enunciado en su obra “Le régime juridique international des eaux souterraines”, publicada en el Vol XXXIII del *Annuaire Français de Droit International* (1987) y en su Informe a la FAO sobre “El régimen de las aguas subterráneas según el derecho internacional”, Estudio Legislativo Vol. 40 (1986), publicado en Roma en 1987.

Los principios expuestos con relación a los ríos internacionales, mayormente, son aplicables a los recursos mineros compartidos, especialmente los fluidos (líquidos o gaseosos).

Cuando Barberis trata a la fauna de un sistema ecológico compartido, independientemente de la aplicabilidad de los principios señalados, se ocupa de la conservación, la preservación de las especies y su hábitat, a las limitaciones en la captura de especies y recolección de huevos, al comercio de pieles, plumas, etc.

También se ocupa del uso razonable y equitativo de la atmósfera. Entiende que se puede afirmar el principio de soberanía estatal sobre el espacio aéreo como una regla de Derecho internacional general. Como el

¹⁸ Por nuestra parte entendemos que este principio, en base a una secuencia temporal lógica, debería ir en primer término.

¹⁹ Recuerda resoluciones de la AGNU que consagran esa obligación (2995 (XXVII), 2996 (XXVII), 3129 (XXVIII), 3281 (XXIX). Ello entre otras resoluciones de organismos internacionales (v. gr. Consejo de la OCDE Recomendaciones C(74)224, C(77)28(Final), C(78)77 (Final). Asimismo, recuerda la Recomendación 86(g) de la Conferencia Mundial sobre el Agua de Mar del Plata.

²⁰ Creemos que éste es un principio condicionado ya que no hay necesidad de negociar si producida la notificación- información no hay objeción del/de los otro/s Estado/s del sistema.

Estado ejerce jurisdicción en el espacio aéreo suprayacente, lo hace también respecto de la atmósfera contenida en él. Dada la movilidad de la atmósfera le son aplicables los principios propios de los recursos naturales compartidos, en particular, el principio de no causar perjuicio sensible a otros Estados y el principio de uso equitativo y razonable.

Es característica común de todo el libro, el acompañamiento de múltiples ejemplificaciones categorizadas, las que, podría decirse, agotan la práctica internacional relevante. Una nota propia de la obra es que reseña los hechos y la jurisprudencia, condensando lo central para el tema pero sin comentario personal o proposición de *lex ferenda*. Esa posición es deliberada y anunciada por el propio autor en las palabras preliminares a la obra.

III. Tendencias doctrinarias actuales en materia de recursos naturales compartidos

Algunos doctrinarios de nuestros tiempos, como Eric Posner, Alan Sykes²¹, Daniel Abebe²², relativizan el valor del derecho internacional de los recursos naturales basado en principios jurídicos y se ocupan de los fundamentos económicos del derecho internacional y las relaciones interestatales, deteniéndose en la cuestión de los conflictos en materia de recursos naturales compartidos para poner en evidencia las debilidades del derecho frente a la economía, a la hora de solucionar los conflictos causados por los aprovechamientos de ese tipo de recursos. Argumentan que el enfoque doctrinal tradicional, basado únicamente en un examen del derecho internacional de aguas, sustentado en los tratados y el derecho internacional consuetudinario, probablemente no pueda brindar solución a los conflictos internacionales de la actualidad o los del futuro. En cambio, el enfoque económico, que toma en cuenta las capacidades materiales y

²¹ E. A. POSNER, - A. O. SYKES, *The Economic foundations of International law*, Cambridge MA, London: Harvard University Press, 2013, págs. 32 y ss. Ver asimismo, T. L. MEYER, *Research Paper Series*, 108 *Am. J. of Int'l L.* (2014-1).

²² A. ABEBE, "Egypt, Ethiopia, and the Nile: The Economics of International Water Law", 15 *Chi. J. Int'l L.* 2014, págs. 27 y ss.

los intereses de los Estados en conflicto, puede ser más eficiente, realista, duradero y satisfactorio.

Parten de la suposición de que los Estados son agentes racionales que obran en función de sus intereses particulares (predecibles) y persiguen sus preferencias políticas en un sistema internacional sin mecanismo central de ejecución. Buscan demostrar la utilidad de un enfoque económico en diversas áreas sustantivas del derecho internacional. Por ejemplo, en el sector de los conflictos de aguas.

Abebe toma como objeto de análisis el *conflicto entre Etiopía, Egipto y otros nueve Estados ribereños* sobre la asignación de los recursos hídricos del Nilo. Compara el enfoque económico con el enfoque doctrinal tradicional del derecho. Entiende que el enfoque puramente jurídico es de valor limitado, ya que no permite comprender cuándo, cómo y bajo qué condiciones los Estados cumplirán o violarán el Derecho internacional.

Los doctrinarios de la corriente economicista, en general, consideran que esa posición abre la puerta a un pensamiento creativo sobre los mecanismos para incentivar a los Estados a cooperar y lograr resultados de beneficio mutuo.

Abebe recuerda que, aunque el Nilo Azul comienza en las tierras altas de Etiopía en el lago Tana, Etiopía no ha sido capaz de explotar los recursos hídricos del Nilo Azul por su debilidad económica. El Nilo Azul y un afluente menor llamado el río Atbara aportan más del 85 por ciento del agua que desemboca en el Nilo. Es decir, Etiopía proporciona la gran mayoría del volumen de agua del Nilo de la que Egipto depende. Sin embargo Etiopía sólo usa el 1% de los recursos hídricos de la Cuenca del Nilo, mientras Egipto lo hace en casi un 70%.

En Etiopía, que es un país acosado por el hambre y la sequía con una población de más de 96 millones de personas, un pequeño incremento en el uso del agua del Nilo Azul tendría un efecto sustancial en la calidad de vida de los etíopes. Con eso en mente, Etiopía inició el proyecto de USD 4,2 mil millones de la *Gran Presa del Renacimiento* (Presa Nahda) en 2011, con el objetivo de crear una de las plantas de energía hidroeléctrica más grandes del mundo. Etiopía tiene parcialmente financiado parte del proyecto de la presa, que se halla en un 20% ejecutado. Si bien le faltan recursos para continuar con la obra, ya ha iniciado el desvío de parte del Nilo Azul hacia la presa. Egipto, que depende en gran medida del Nilo, teme una seria reducción del volumen de agua disponible en su territorio.

Ya en 2010, Egipto y Sudán, ante la idea del proyecto, planearon emprender una acción militar contra Etiopía para proteger sus intereses en el Nilo. Ese año, Wikileaks publicó correos electrónicos entre los que figura un mail de un funcionario de alto nivel egipcio, muy cercano al presidente Hosni Mubarak, quien escribió: *“El único país que no está cooperando es Etiopía. Mantenemos [...] la vía diplomática. Sin embargo, estamos hablando de la cooperación militar con Sudán (...) Si se produce una crisis, vamos a enviar un avión para bombardear la presa y volver en un día, así de simple. También podemos enviar nuestra fuerza especial para que sabotee la presa.... Recordemos la operación egipcia a mediados de los '70, creo que 1976, cuando Etiopía estaba intentando construir un gran presa. Volamos el equipo mientras viajaba por mar a Etiopía (...)”*. En 1979, el presidente egipcio Anwar Sadat había declarado que *“(...) la única cuestión que podría llevar a Egipto a la guerra de nuevo es el agua”*. Más recientemente, en junio de 2013, el presidente Morsi y sus asesores, sin saber que su conversación estaba siendo filmada, discutieron la posibilidad de sabotear la presa y brindar ayuda a los rebeldes anti gobierno en Etiopía.

Al pensar los economicistas la solución del conflicto del Nilo, estiman que un enfoque tradicional implicaría comenzar a analizar todos los materiales legales pertinentes, realizar una interpretación y ponderación de los méritos de los reclamos de los egipcios y de los etíopes; entrar a considerar: la vigencia del Tratado de 1902 entre Gran Bretaña y Etiopía con sus versiones inglesas y su traducción en etíope; los tratados de 1929 y 1959 entre Egipto y Sudán (ambos bajo dominación colonial británica) y su oponibilidad a Etiopía, Tanzania, Uganda, Kenia (también sucesores coloniales de Gran Bretaña y partes del sistema de Nilo; la aplicabilidad de las doctrinas Harmon, Huber, de las restricciones a la soberanía; el contenido de las normas consuetudinarias aplicables; las alegaciones de *rebus sic stantibus*; la aplicación de la doctrina de borrón y cuenta nueva (Doctrina Nyerere); la jurisprudencia internacional, etc. Todo ello para interpretar adecuadamente el significado de términos como “manera equitativa y razonable” y “daño sensible”. Después de sopesar todos estos materiales legales, presumiblemente, la conclusión legal podría ser que Egipto en virtud del uso histórico y dependencia de las aguas tiene derechos a que Etiopía no inicie una explotación de sus recursos aguas arriba que pueda causarle un daño significativo (lo mismo sucedería con su relación con Sudán que se halla aguas abajo). Se sentaría, tras larga y costo-

sa puja jurídica, una conclusión formalmente definitiva. Sin embargo, en los hechos, en un mundo sin un mecanismo central de ejecución, no es seguro que Etiopía y Egipto respeten la determinación del tribunal internacional o cuerpo arbitral internacional en un tema tan íntimamente ligado a su núcleo económico y a sus intereses vitales.

Además, a ello se agregan las reiteradas tentativas egipcias de sabotear la construcción de la presa etíope señaladas previamente; el apoyo económico y militar de Estados Unidos a Egipto; la posibilidad de que EEUU bloquee en el Banco Mundial o la Corporación Financiera Internacional el préstamo a Etiopía para la continuación de la presa; la capacidad militar de Egipto; etc. Incluso habría que considerar que desde la Segunda Guerra Mundial Etiopía ha tenido una monarquía bajo el gobierno de Haile Selassie (hasta 1975); un gobierno comunista bajo Mengistu Hailemariam (hasta 1991); una dictadura bajo el difunto Meles Zenawi (hasta 2012); y una nueva dictadura bajo Hailemariam Desalegn (de 2012 a la fecha). Durante la mayor parte de este tiempo, Etiopía intentó, sin éxito, sofocar al movimiento secesionista en lo que hoy es Eritrea (independiente desde 1993), país con el que periódicamente renueva conflictos limítrofes.

Por ello, las nuevas tendencias doctrinarias -desde la teoría de la negociación- ven que la solución se halla en el marco de la percepción económica (caracterizada por la ausencia o casi ausencia de costos de transacción) por basarse en la realidad, en la valoración económica de los recursos hídricos del Nilo, en las preferencias estatales, en los incentivos, en las compensaciones, en la satisfacción al mayor nivel posible de todos los intervinientes en el conflicto.

También hallamos situación de conflicto sobre el mismo sistema del Nilo en las relaciones entre Sudán y Sudán del Sur. Como consecuencia de la secesión surge la necesidad de la reasignación, entre los dos Estados, de los 18,5 mil millones de metros cúbicos de agua asignados a Sudán, en el marco del Acuerdo de 1959 sobre Aguas del Nilo entre Sudán y Egipto, en tiempos de dominación colonial británica. Dado que Sudán perderá el 50% de los ingresos del petróleo, ya que tras la secesión quedan en poder de Sudán del Sur, tendrá que depender más de la agricultura de riego para compensar las pérdidas de ingresos. Sudán del Sur afirma que tiene una buena cantidad de riego y abastecimiento de agua y proyecta emprendimientos hidroeléctricos que necesitarán de grandes cantidades de aguas del Nilo.

Los grandes pantanos de Sudán del Sur (incluida la región del Sudd), con una extensión de tiempos de crecida de hasta 130.000 km², donde las pérdidas de agua circulantes son enormes, son vistos por Egipto y Sudán como una fuente de aguas adicionales al Nilo. Agua adicional que si fuera canalizada sería del orden de 20 mil millones de metros cúbicos para el Nilo, casi una cuarta parte de la cantidad total del flujo del Nilo, de 84 mil millones de metros cúbicos medidos en Asuán. La experiencia abortada del canal de Jonglei (destruido en 1984 por el MLNS/A) es un indicio de los difíciles problemas que rodean a la derivación de las aguas de los pantanos del sur de Sudán para añadir más agua al Nilo. Que Sudán del Sur esté dispuesto a permitir la construcción de un canal depende de una serie de factores que incluyen los incentivos que pudiera percibir.

El Acuerdo de Cooperación Marco de la Cuenca del Nilo (CFA)²³ ha sido un tema divisorio. Sudán y Egipto se han opuesto vehementemente a él, mientras que otros Estados ribereños del Nilo están presionando para su aprobación y entrada en vigor. Hasta el momento, seis países (Etiopía, Kenia, Tanzania, Uganda, Ruanda y Burundi) han firmado el CFA. Se necesitan seis instrumentos de ratificación para que entre en vigor. Egipto entiende que el tratado no tiene valor y no invalida los anteriores tratados del Nilo, de 1929 y 1959²⁴.

²³ La Cuenca del Río Nilo tiene 3.349.000 km². El Nilo es un río de más de 6500 kilómetros si se mide desde su curso de cabecera. Se origina en la Región de los Grandes Lagos y llega en forma de delta a la costa del Mar Mediterráneo en Egipto. Once países africanos comparten la Cuenca del Nilo: Burundi, Egipto, República Democrática del Congo, Etiopía, Eritrea, Kenia, Ruanda, Sudán, Sudán del Sur, Tanzania y Uganda. La mayor fuente de agua del Río Nilo, rodeado por Uganda, Tanzania y Kenia, con una extensión de 68.800 kilómetros cuadrados, que alcanza 83 metros en su mayor punto de profundidad, ha tenido una disminución de cerca de un metro en los últimos tres años, debido a la deforestación, la disminución de las lluvias, el cambio climático, a lo que se añade la creciente contaminación. En la Cuenca del Nilo habitan cerca de 200 millones de personas.

²⁴ La distribución de las aguas del Nilo fue determinada en los Tratados de 1929 y 1959 (bajo dominio colonial británico) favoreciendo a Egipto y Sudán. A Egipto se le otorgó una cuota de 55.5 billones de metros cúbicos de agua anuales y a Sudán 18.5 billones. Los Tratados también establecieron que cualquier país situado en la Parte Alta del Nilo debía tener la aprobación de Egipto y Sudán para construir represas o cualquier obra de irrigación importante que pudiera afectar las aguas del Río Nilo.

La visión economicista de la solución de controversias en materia de aguas internacionales encuentra sombras a la hora de las inversiones extranjeras en el aprovechamiento de recursos naturales en países de débil desarrollo. Los grandes inversores se vinculan predominantemente a EEUU, China y la UE. Por ejemplo en el alto Nilo se destacan: la empresa estadounidense American Water Corp, la alemana RWE, la británica Thomas Water, las francesas Vivendi, Suez - Lyonnaise des Eaux, Saur.

Algunos internacionalistas²⁵ señalan la salida al mundo de China como parte de su política actual “*go out, go global*” y resaltan su gran inversión en recursos naturales del África subsahariana y de América Latina. Por ejemplo, sólo en Argentina, los proyectos hidroeléctricos con participación china superan los USD 700.000.000²⁶. La empresa Sinohydro es la hidroeléctrica más grande del mundo.

Las inversiones extranjeras en el aprovechamiento de recursos naturales se suelen presentar como asunto conflictivo no sólo por el componente ideológico, sino también por la endémica corrupción de los funcionarios de los países de escaso desarrollo, generalmente, los que poseen

²⁵ J. WHITMAN, “Fighting the Natural Resource Curse in sub-Saharan Africa with Supply-Side Anti-Bribery Laws: The Role of China”, *11 Manchester J. Int'l Econ. L.* 2014, pág. 121 y ss.

²⁶ Entre las inversiones en infraestructura eléctrica, con apoyo del Banco de Desarrollo de China (CDB) se cuentan los siguientes proyectos de inversión: (1) Hidroelectricidad. *Proyecto Las Cañas-Gastona-Medina*, potencia a instalar: 240 MW, energía media anual estimada: 800 GWH/año, obras más significativas: 15 presas de derivación y compensación, 4 centrales hidroeléctricas, inversión estimada: USD 50.000.000; (2) *Proyecto Angostura-Los Sosas*, potencia a instalar: 30 MW, energía media anual estimada: 150 GWH/año, obras más significativas: 3 centrales hidroeléctricas, inversión estimada: USD 45.000.000; (3) *Proyecto Río Lules*, potencia a instalar: 16 GW, energía media anual estimada: 70 GWH/año, obras más significativas: 1 central hidroeléctrica, inversión estimada: USD 20.000.000; (4) *Proyecto de las represas ex presidente Néstor Kirchner y el ex gobernador Jorge Cepernic* a ser construidas en las localidades santacruceñas de Cóndor Cliff y La Barrancosa, inversión estimada USD 25.000.000. A. LARRIERA, “Negocios en China y desembarco de empresas chinas en Argentina: interesantes negocios existentes y Perspectivas para el 2011”, *Actualidad*, Universidad Austral., 2011; S. SIMONIT, “Las empresas chinas en Argentina”, *Chinese Studies Working Papers Series*, 1, 2011.

(http://www.upf.edu/mxina/_img/SIMONIT_Las_empresas_chinas_en_Argentina.pdf).

las mayores reservas de recursos naturales del mundo, fenómeno dado en llamarse “la maldición de los recursos naturales”²⁷. Tanto el sobornador como el sobornado (más bien receptor del soborno auto diligenciado), formalmente han pretendido ser perseguidos legalmente (por ej., en EEUU mediante la Foreign Corrupt Practices Act; en China por la reforma al artículo 164 del Código Penal que contempla la extraterritorialidad de la ley en casos de corrupción), sin embargo, hay muchos factores que no permiten su real efectividad²⁸.

En resumen, las nuevas tendencias en materia de aprovechamiento de los recursos naturales compartidos consideran que es mejor la negociación entre compartientes basada en las preferencias e intereses de las partes interesadas, que la insistencia tradicional de aplicar doctrinas jurídicas principialistas, soberanistas o cooperativistas formales. Esta visión es conflictiva en sí misma, ya que es favorecedora de actos de corrupción atento la dependencia de sostén monetario externo que sufren los países en desarrollo en los que los recursos se hallan. Este tipo de posiciones que desestiman la existencia de “derechos” y sólo se basan en pretendidas ventajas económicas, rapidez de trámites, flexibilidad de concertaciones, suelen ir conexas a intereses de grandes inversionistas proveedores de capitales e insumos para el aprovechamiento de los bienes y recursos naturales en países de débil desarrollo. Muchas veces esas inversiones se acercan de la mano de presiones político-ideológicas generadoras de de-

²⁷ La literatura en el ámbito económico se ha referido a la “maldición de los recursos” para hacer referencia al impacto negativo en el desarrollo y el crecimiento económico de los países pobres como consecuencia de la dependencia de sus recursos naturales.

²⁸ N. KOFELE-KALE, “Change or the Illusion of Change: The War against Official Corruption in Africa”, *George Washington International Law Review*, 2006, 38(4), pág. 697 y ss. Kofele-Kale expresa: “*Corruption flourishes in countries where a culture of transparency and accountability is lacking; where democratic institutions have been compromised; where market participants do not operate under an internationally-accepted set of standards; and where the rule of law ceases to exist. Since the majority of African states exist under these conditions, it is not surprising to encounter the abuse of public office for private gain. Consequently, elaborate measures need to be taken in order to both establish an environment free of corruption and foster the goal of spurring economic development.*” Similar situación puede decirse que existe en varios países de América Latina.

pendencia internacional, relacionadas con nuevas formas de imperialismo. Los emprendedores suelen obtener acuerdos laxos para establecerse en el lugar, en un marco de operaciones de escaso rigor jurídico y vagas estipulaciones en materia de responsabilidad. Cuanto más se aleja un sistema de los principios de derecho, más cerca se halla de la arbitrariedad, la corrupción, el secretismo y el autoritarismo.

Barberis ha realizado a través de su vida y obra un remarcable aporte al imperio del derecho y la justicia, en particular, a través de su construcción principialista en materia de aprovechamiento de los recursos naturales compartidos entre Estados, área altamente sensible de las relaciones internacionales y transfronterizas, y elemento consolidador de la paz mundial.

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Arturo Santiago Pagliari**

Resumen: El presente artículo analiza el rol normativo de la jurisprudencia internacional a partir de trabajos publicados por Julio A. Barberis, en particular a través de una visión de conjunto que incluye el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el valor otorgado a los precedentes y las interrelaciones con otras fuentes del Derecho Internacional.

Palabras-clave: Jurisprudencia. Fuentes del Derecho Internacional. Función.

Abstract: This article analyses the normative role of international jurisprudence from works published by Julio A. Barberis, in particular through an overview that includes article 38 of the Statute of the International Court of Justice, the value given to the precedents and the interrelation with other sources of International Law.

Keywords: Jurisprudence. Function. Sources of International Law.

Sumario: I. Introducción. II. Las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. III. El valor normativo de la jurisprudencia en el espectro de las fuentes del derecho internacional. IV. Mérito y función de la jurisprudencia en el derecho internacional: a. Mérito, b. Función. V. Interacción de la jurisprudencia con otras fuentes del derecho: a. La costumbre, b. Principios generales. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La jurisprudencia expresa la aplicación de las normas y principios jurídicos internacionales a casos concretos. Requiere en consecuencia, el

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

conocimiento previo de las normas para la determinación correcta y específica de las mismas para resolver un conflicto entre partes. La aplicación del orden jurídico está íntimamente vinculada con la interpretación, proceso que significa determinar la vigencia, contenido y alcance de las normas. Por ella es de fundamental importancia esclarecer qué rol desempeña la jurisprudencia en el derecho internacional. Si bien los especialistas de la materia, encuadran a la jurisprudencia como medio auxiliar, no es menos cierto que cada vez se le da más relevancia a los pronunciamientos judiciales en el desarrollo y enseñanza del derecho internacional público.

Tradicionalmente en el derecho internacional se han considerado – en base principalmente a lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) - fuentes formales en sentido restringido (creadoras de normas internacionales), por ello también denominadas principales, a los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho; y fuentes formales en sentido amplio (verificadoras de normas internacionales preexistentes), llamadas auxiliares, a la jurisprudencia y la doctrina. Esta disposición – al calificar como medio auxiliar a la jurisprudencia – significa que los redactores del estatuto se inclinaron por la doctrina continental, para la cual constituye un dogma inamovible el que el juez jamás podrá hacer otra cosa que aplicar el derecho ya establecido y conformado (preexistente), en oposición a la anglosajona, en la que la jurisprudencia es considerada como creadora de derecho.

En este sentido, la doctrina se encuentra dividida acerca del valor normativo de la jurisprudencia en el ámbito de las fuentes del derecho internacional (y no escapa a ello la visión del Profesor Julio Barberis), es decir, si la Jurisprudencia constituye una fuente autónoma del derecho, o un medio auxiliar para verificar y/o interpretar una fuente autónoma.

Es por ello, que hemos elegido el tema de la jurisprudencia como fuente del derecho en este estudio homenaje al Prof. Barberis, ya que el distinguido jurista tuvo desde siempre una visión personal muy interesante sobre este tema.

Fundamentalmente nos hemos basado en dos de sus obras referidas a las fuentes del derecho: La primera, “Fuentes del derecho internacional”¹ y la restante “Formación del Derecho Internacional”². Entre ambas

¹ J. A. BARBERIS, *Fuentes del derecho internacional*, Platense, 1973.

² J. A. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, Ábaco, 1994.

existe un lapso de más de 20 años circunstancia que se ve reflejada en la evolución de su pensamiento sobre el tema. En ellas Barberis trata el tema de las fuentes del derecho internacional, y entre tales fuentes, la jurisprudencia a la que concretamente nos referiremos.

En fuentes del derecho internacional le dedica el Título IV, “La Jurisprudencia” (262), que consta de dos Capítulos: el Capítulo I – “La jurisprudencia internacional como fuente del derecho” (263/308), donde analiza la CPJI y la CIJ, sus Estatutos, la práctica, la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, los precedentes invocados por la Corte, la práctica jurisprudencial, el derecho internacional material y las normas de procedimiento. También tiene consideraciones sobre la jurisprudencia de la Corte, en cuanto a las reglas de interpretación, el recurso al contexto y la regla del efecto útil. En la segunda parte de este Capítulo, con la misma técnica utilizada en el tratamiento de la Corte Internacional de Justicia, analiza la Corte Permanente de arbitraje. En el Capítulo II – “La jurisprudencia de los tribunales internos y el derecho internacional” (309/322), Barberis introduce la cuestión de la interpretación del artículo 38 del Estatuto sobre la terminología *decisiones judiciales*, ya que según su visión, el Estatuto no aclara si se refiere sólo a decisiones judiciales de tribunales internacionales o engloba también a las sentencias judiciales dictadas por tribunales internos de los Estados. Para ello analiza la jurisprudencia de la Corte (la actual, su predecesora y la Corte Permanente de Arbitraje) para determinar, según la práctica, cuál es el verdadero sentido de esta disposición.

En la obra Formación del derecho internacional, Barberis trata el tema de la jurisprudencia comenzando con un análisis de las sentencias, advirtiendo previamente que al ser el derecho internacional descentralizado, es necesario que los sujetos presten su consentimiento para someterse al ente jurisdiccional, desde dos enfoques: (171): a) Las sentencias en particular; b) Los efectos de la jurisprudencia para los futuros casos. En el primer supuesto, manifiesta que es necesario el análisis de cada sentencia ya que la naturaleza de la misma es la de establecer una norma jurídica particular. En segundo supuesto que denomina la práctica jurisprudencial en su conjunto, deviene en la necesidad de analizar cuál es el valor que tienen las sentencias dictadas para la decisión de casos similares que se presenten en el futuro. Más adelante bajo el título “Las sentencias judiciales y arbitrales”, se refiere Controversias (172/173). Parte del concepto de controversias y de su distinta naturaleza (política o jurídica).

Sostiene que cualquier controversia de la naturaleza que sea, puede ser llevada ante un tribunal de justicia. Trata los diferentes medios de solución (174/178), partiendo de la base del principio de prohibición del uso de la fuerza y de la obligación de solucionar pacíficamente las controversias, citando diversos documentos, entre ellos, la Carta de San Francisco, la Resolución 2625 y la Declaración de Manila (1982). Luego se refiere al fundamento de la jurisdicción, resaltando dos premisas: El consentimiento como base de la jurisdicción y la regla de que todo tribunal es competente para determinar su propia competencia. (178/182). Analiza luego los conceptos de Arbitro y Juez (182/184); los procedimientos, (185/8), el derecho aplicable (188/191), sosteniendo que las partes son libres para elegir el derecho aplicable, aunque la regla general es la aplicación de los principios del derecho internacional, aunque también pueden recurrir a la equidad. Más adelante se refiere a los caracteres de la sentencia (192/202), aclarando que para someter una controversia a un órgano jurisdiccional se requiere el consentimiento previo de las partes y que la resolución de éste órgano pone fin al proceso jurisdiccional. La decisión establece una o varias reglas de derecho: *“toda sentencia prescribe jurídicamente una conducta como permitida, prohibida u obligatoria”*, produciendo una modificación de la situación jurídica de las partes. Luego aborda el tema de la cosa juzgada (203/205) precisando sus caracteres: La sentencia es definitiva y obligatoria; constituye una norma particular del orden jurídico; lo obligatorio de ella es la parte dispositiva; sin embargo, los considerandos sirven para interpretar la parte dispositiva; tal como los tratados, los actos unilaterales y la legislación internacional, las sentencias como creadoras de derecho tienen límites. El *ius cogens*, la competencia del tribunal, los derechos de terceros estados, lo dispuesto en otra sentencia por otro tribunal internacional (cosa juzgada precedente).

Como consideraciones generales (206/7) sienta las siguientes premisas: La jurisprudencia es un modo específico de creación de normas jurídicas; la sentencia es un acto jurídico internacional que tiene siempre como fundamento un acto convencional. Cuando hace referencia a los precedentes jurisprudenciales (207/209) destaca que la práctica de invocar precedentes judiciales es seguida por todos los tribunales internacionales como así también por la doctrina, ya que ello brinda seguridad y guía la actitud de las partes en futuros litigios. Hace presente que las decisiones judiciales valoran tanto las sentencias como las opiniones consultivas de la CIJ. La jurisprudencia de la Corte permite afianzar la unidad y coherencia del derecho internacional.

Cuando analiza el tema de la jurisprudencia como fuente se pregunta sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional. Señala que la discusión sobre este tema es permanente, sobre todo porque algunos autores se encuentran influenciados por determinados sistemas jurídicos (continental o common law). Reconoce sin embargo, que los precedentes jurisprudenciales, tomados individualmente, no constituyen un método autónomo de creación de normas jurídicas generales. Considera que la jurisprudencia –en algunos casos- puede ser considerada como fuente autónoma (212/214); “*Un precedente jurisprudencial en un caso concreto puede imponerse como norma general en el orden jurídico internacional*”. No de la parte dispositiva sino de los considerandos. Encuentran su apoyo en la práctica de la CIJ, que le atribuye un gran valor a sus sentencias y opiniones precedentes. La Corte, en la mayoría de los casos, es consecuente con ellos. Cita como casos paradigmáticos: la opinión consultiva en el caso de Reparaciones de los funcionarios de la ONU (subjektividad), el caso Nottebhom (efectividad), Barcelona Traction (protección de los accionistas), etc.

Sostiene que la jurisprudencia puede ser considerada como fuente autónoma, o como creadora de costumbre. En este último sentido sostiene (210/212) que la jurisprudencia influye en la creación del derecho consuetudinario. Los fallos constituyen en sí mismos una práctica, y además rescatan los elementos de la práctica de los Estados como requisito material de la costumbre. Es decir que la práctica está dada por los precedentes judiciales sobre una determinada materia. La repetición de sentencias internacionales puede dar origen a una norma de “costumbre” (215/217). Un análisis crítico del valor de la jurisprudencia como fuente debe partir del examen de la realidad internacional. En general es opinión coincidente el hecho de que la jurisprudencia constituye un elemento de formación de la costumbre internacional. Los precedentes judiciales tomados en su conjunto pueden constituir el elemento material de formación de una norma consuetudinaria.

Remarca la (217/220) diferencia entre los tratados, que tienen un lenguaje textual o gramatical, con la costumbre y los principios generales del derecho, que poseen un cierto grado de imprecisión, indeterminación, penumbra o vaguedad. Los precedentes judiciales cumplen la función de reducir esa vaguedad, precisando el campo de aplicación de cada norma en forma más determinada. Pone como ejemplo la institución de la protección diplomática en los casos ya citados.

II. Las decisiones judiciales como fuentes del derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ

Teniendo en lo cuenta lo precedentemente consignado analizaremos el tema, siguiendo el pensamiento de Barberis, comenzando con las fuentes enumeradas en el artículo 38 y las no consignadas en dicho dispositivo (actos unilaterales y resoluciones de las organizaciones internacionales), pero que han sido reconocidas por la jurisprudencia, la práctica y la mayoría de la doctrina

El artículo 38 establece:

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

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

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *Ex Aequo Et Bono*, si las partes así lo convienen”.

El Estatuto de la CIJ sustenta la tesis de que las decisiones judiciales constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho, es decir constituyen una fuente auxiliar. En efecto, de acuerdo al art. 38 las decisiones judiciales sólo tienen como función la determinación de una norma jurídica (preexistente) y sólo son obligatorias para las Partes y referidas al caso concreto (art. 59). Desde esta perspectiva, los precedentes judiciales no serían vinculantes para los jueces en la aplicación de las normas internacionales. De acuerdo a esta posición, en el orden internacional sólo puede hablarse de jurisprudencia en el sentido continental europeo, y no en el del derecho anglosajón en el cual la juris-

prudencia constituye *per se*, una fuente formal de validez de normas jurídicas. “*La conjugación de los arts. 38 y 59 del Estatuto significa que en el derecho internacional no rige el principio “stare decisis”, o sea la doctrina del precedente obligatorio*”.

También el tema de la Jurisprudencia como fuente del derecho internacional en relación a lo dispuesto por el artículo 38, 1.d) del Estatuto de la Corte, ha originado en la doctrina otros interrogantes y cuestiones: a) El término *decisiones judiciales* ¿hace referencia exclusivamente a la jurisprudencia de la Corte o incluye las decisiones de otros tribunales internacionales judiciales y/o arbitrales, incluso en esa acepción tendrían cabida los fallos de los tribunales internos de los Estados; b) ¿Cuál es el valor normativo de la jurisprudencia en el espectro de las fuentes del derecho internacional?; c) ¿Qué mérito tiene y qué función cumple la jurisprudencia en el derecho internacional?

Sobre el alcance que tiene el término *decisiones judiciales*, teniendo presente la interrelación existente entre el artículo 38, 1. d) y el artículo 59, la respuesta inicial sería que el término designa las resoluciones emanadas de la misma Corte³. En efecto, el artículo 59 dispone: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Sobre este particular Barberis, partiendo de la base de que el derecho internacional es un orden jurídico descentralizado lo que obliga a que los sujetos presten su consentimiento para someterse al ente jurisdiccio-

³ Sin embargo, un análisis de la práctica internacional nos demuestra que la Corte decidió, en algunas oportunidades, invocando resoluciones de otros tribunales internacionales, aunque siempre de naturaleza arbitral. Algunos autores llegan a la conclusión que en la expresión “decisiones judiciales”, se encuentran incluidas las decisiones de los tribunales internos de los Estados, ya que, en determinados supuestos, la jurisprudencia interna tiene relevancia y efectos en el plano inter-nacional. En nuestra opinión, después de un análisis detallado de los precedentes internacionales, y atento una correcta interpretación del artículo 38, 1.d), “las decisiones judiciales” a que se refiere el dispositivo en cuestión, son las decisiones emanadas de la propia Corte, y, con carácter excepcional, las de otros tribunales judiciales y/o arbitrales internacionales, pero nunca podrían considerarse como fuentes auxiliares del derecho internacional público las resoluciones de tribunales judiciales internos de los Estados de la comunidad internacional. Estimo que nuestra opinión se encuentra avalada por el desarrollo de la actividad de la Corte en materia jurisprudencial sobre este tema y la doctrina de los tratadistas contemporáneos.

nal, analiza las sentencias de la CIJ y de la CPJI desde dos puntos de vista (171): a) Las sentencias en particular; b) Jurisprudencia y sus efectos para los futuros casos. En el primer supuesto, es necesario el análisis de cada sentencia ya que la naturaleza de la misma es la de establecer una norma jurídica particular. El segundo supuesto, que denomina la práctica jurisprudencial en su conjunto, deviene en la necesidad de analizar cuál es el valor que tienen las sentencias dictadas para la decisión de casos similares que se presenten en el futuro. Es indudable que tanto los jueces, como las partes y los autores, le dan una enorme importancia a la jurisprudencia internacional, especialmente a la de la Corte y de su antecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional. La CIJ valora como precedentes tanto las sentencias como las opiniones consultivas. No ha procedido de la misma forma en relación a precedentes derivados de otros tribunales internacionales ya sean judiciales o arbitrales. La CIJ recurre permanentemente utilizando sus propios precedentes y los de su antecesora la Corte Permanente y, cuando se ha apartado de ellos, ha tomado el recaudo de distinguir los motivos de tal cambio, utilizando procedimientos similares a los empleados por los tribunales del *common law* anglosajón. En efecto, la CIJ se refiere a sus precedentes, ya sea para fundamentar la tesis en la sentencia concreta, ya -en caso de cambio de criterio-, para explicar las diferencias existentes entre el caso en examen y los anteriores, a fin de *“eliminar un eventual reproche de inconsecuencia y de brindar a los Estados que litigan una mayor seguridad”* (209). Esto responde a su preocupación por afirmar la unidad y coherencia de su jurisprudencia.

III. El valor normativo de la jurisprudencia en el espectro de las fuentes del derecho internacional

Barberis se pregunta sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho internacional. Señala que la discusión sobre este tema es permanente, sobre todo porque algunos autores se encuentran influenciados por determinados sistemas jurídicos (continental o *common law*). Para él (215/217), un análisis crítico del valor de la jurisprudencia como fuente debe partir del examen de la realidad internacional.

La jurisprudencia puede ser calificada en materia de fuente: a) como fuente auxiliar o b) como fuente principal. Para los que sostienen la pri-

mera posición, las decisiones judiciales en forma individual no constituyen un método autónomo de creación de normas generales de derecho internacional. El artículo 38 I.d), del Estatuto de la CIJ, califica a las decisiones judiciales como “medio auxiliar”, es decir, como mecanismo destinado a determinar el derecho aplicable a un caso concreto, aclarando, interpretando y verificando el sentido y alcance de las normas jurídicas internacionales. La remisión efectuada por el artículo 38 al 59 limita expresamente la posibilidad de considerar a la jurisprudencia del Tribunal como fuente autónoma creadora de normas internacionales. Tal parece haber sido la opinión de la CIJ en el caso (1974) *competencia en el caso de las pesquerías*, cuando estableció que a los efectos de determinar la norma pertinente, “no debería tomar una decisión *sub specie legis ferendae* ni enunciar el Derecho antes que el legislador lo haya establecido”.

Para otros doctrinarios, entre los que se encuentra Barberis, la jurisprudencia no es únicamente un medio de determinación del derecho según la fórmula del artículo 38, sino también un medio de formación de éste. En muchas ocasiones el juez aplica el derecho basándose en un precedente. Se podría decir que el primer precedente se asienta en una norma jurídica preexistente, pero de no ser así, la decisión judicial se encontraría fundada en la jurisprudencia anterior⁴. En conclusión, en la realidad, de facto, a veces la jurisprudencia roza la noción de instrumento de creación del derecho (fuente formal). En ciertas opiniones consultivas (*reservas a la Convención de Genocidio (1951)*, *reparación de daños al servicio de la UN*), la Corte ha expresado más la convicción de lo que debería expresar la norma, que lo que determina la norma en sí misma.

Es indudable que tanto los jueces, como las partes y los autores, le dan una enorme importancia a la jurisprudencia internacional, especialmente a la de la Corte y de su antecesora; más aún, según Barberis, en la realidad, tanto los precedentes judiciales como las opiniones consultivas de la Corte, no siempre se han limitado a interpretar el derecho preexistente.

Para Kelsen⁵ no se oponen entre sí la función de creación del derecho con la función de su aplicación. Al regular su propia creación, el derecho también regula su propia aplicación. Por ello considera que por

⁴ Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, *Derecho Internacional Público*, Trotta, 1995.

⁵ Hans KELSEN, *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, 1965.

fuente debe entenderse también, no sólo los métodos de creación, sino también los métodos de aplicación del derecho. Los órganos judiciales al aplicar el derecho, crean una norma individual implícita en su decisión. En consecuencia sostiene que los fallos de los tribunales internacionales son fuente del derecho internacional. La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho, lo que es la Costumbre a su observancia espontánea⁶. Kelsen no duda en apoyar esta postura: *“Además de la costumbre y los tratados, las decisiones de los órganos internacionales, especialmente los fallos de los tribunales inter-nacionales, son fuente del derecho internacional. Tienen el poder de crear normas jurídicas generales por decisión unánime, y uún cuando el fallo sea por mayoría de votos, las normas así creadas son también obligatorias para el representante del Estado que votó en contra. El derecho creado por las decisiones de tribunales internacionales establecidos por tratados, deriva su validez de esos tratados, los cuales obtienen su validez de la norma pacta sunt Servanda”*⁷. Esta es la tesis que comparte Barberis después de un minucioso análisis de la labor desarrollada por la Corte de La Haya, efectuando una crítica a la redacción del artículo 38 I.d) en cuanto califica a la jurisprudencia como “fuente auxiliar” del derecho internacional: *“Parece que esta disposición, no describe fielmente el valor, como fuente de derecho, que, en la práctica, la Corte atribuye a sus propios precedentes”*. El valor otorgado por la Corte a sus precedentes judiciales, según este autor, puede ser observado a tra-

⁶ José A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público*. Tecnos, Madrid, 1986. Citando al profesor GIRALTD (con una posición similar a la de Scelle), argumenta que la jurisprudencia tiene poder normativo autónomo, calificándola de “costumbre jurisdiccional”. *“Si la costumbre es fuente de derecho, con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues si aquélla -la costumbre -resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por la regla positiva, en que los miembros de una comunidad acudían voluntariamente a los principios superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, provienen de la jurisprudencia los supuestos en que la solución ha sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, cual es el judicial”*.

⁷ H. KELSEN. ob. cit., *“El derecho creado por los organismos internacionales, especialmente por las decisiones de los tribunales internacionales establecidos por tratados, deriva su validez de esos tratados, los cuales, a su vez, obtienen su validez de la norma de derecho internacional consuetudinario, pacta sunt servanda”*.

vés de tres etapas diferenciadas en la actuación de la misma: a) Una primera, donde la Corte sienta una decisión aplicable sólo al caso particular; b) una segunda, en la que el Tribunal otorga a sus precedentes el carácter de Regla General; y c) una tercera, en la cual la Corte recurre a la práctica de invocar su jurisprudencia anterior como principal fundamento de la regla de interpretación en cuestión.

Para Dupuy, “*cuando el juez analiza la existencia de una costumbre (sus elementos), muchas veces lo que expresa como sentido de juridicidad es su propia convicción y no la real existencia de una práctica: El juez precede a la norma, la crea y la informa en su decisión*”⁸. En estos casos la jurisprudencia no cumple un rol de fuente auxiliar como medio de determinación del derecho según la fórmula del art. 38, sino también un procedimiento de creación de la norma jurídica.

Según Barberis (206/7) la jurisprudencia es un modo específico de creación de normas jurídicas; constituye un acto jurídico internacional que tiene siempre como fundamento un acto convencional. Las sentencias producen una modificación de la situación jurídica de las partes. Constituyen, en consecuencia, una norma particular del orden jurídico y, por ende, obligatoria. La jurisprudencia es un modo de creación de normas jurídicas que se traduce en la denominación general de sentencias y, en virtud de que ha sido dictada con el consentimiento de las Partes, crea una regla de derecho obligatoria para ellas.

Refuerza su posición expresando (212/214): “*Un precedente jurisprudencial en un caso concreto puede imponerse como norma general en el orden jurídico internacional*”, no de la parte dispositiva sino de los considerandos. En este sentido, manifiesta que esta opinión encuentra sustento en la práctica de la CIJ. Esta le atribuye un gran valor a sus sentencias y opiniones precedentes; es consecuente con ellos. Más aún, en ciertos casos da por exacta y válida la solución adoptada en un precedente y, si las partes no la objetan, simplemente mantiene el precedente sin exponer otras razones⁹. Cita como casos paradigmáticos la opi-

⁸ P. M. DUPUY, “Sur le maintien ou la disparition de l’unité de l’ordre juridique international” en R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI, *Harmonie y contradictions en droit international*, Pedone, París, 1996.

⁹ Caso de *Alta Silesia Polaca*, caso de las *Concesiones Mavrommatis en Jerusalén*, caso *Nottebohm*, *Barcelona Traction*, etc.

nión consultiva en el caso de *Reparaciones de los funcionarios de la ONU*, el caso *Nottebhom* (efectividad), *Barcelona Traction* (protección de los accionistas), etc. Sostiene que la jurisprudencia puede por tanto ser considerada como fuente autónoma.

IV. Mérito y función de la jurisprudencia en el derecho internacional

a. Mérito

Sostiene Barberis (207/209) que la práctica de invocar precedentes judiciales es seguida por todos los tribunales internacionales y la doctrina. El ajustarse a los precedentes es algo lógico. Que los jueces decidan casos análogos siguiendo las mismas reglas jurídicas en materia de interpretación (tanto las sentencias como las opiniones consultivas), brinda seguridad y guía la actitud de las partes en futuros litigios. Permite asimismo afirmar la unidad y coherencia del derecho internacional.

La CIJ valora como precedentes sus propias sentencias como sus opiniones consultivas. No ha procedido de la misma forma en relación con respecto a precedentes derivados de otros tribunales internacionales ya sean judiciales o arbitrales. La CIJ recurre permanentemente utilizando sus propios precedentes y los de su antecesora, la Corte Permanente, evidenciando su preocupación por afirmar la unidad y coherencia de su jurisprudencia. Casi siempre la Corte ha seguido sus precedentes y los de la Corte Permanente, y –sostiene Barberis–, cuando se ha apartado de ellos, ha tomado el recaudo de distinguir el porqué de tal cambio, utilizando procedimientos similares a los empleados por los tribunales del *common law* anglosajón. En efecto, la CIJ se refiere a sus precedentes, ya sea para fundamentar la tesis en la sentencia concreta, ya – en caso de cambio de criterio –, para explicar las diferencias existentes entre el caso en examen y los anteriores, a fin de “*eliminar un eventual reproche de inconsecuencia y de brindar a los Estados que litigan una mayor seguridad*” (209). La necesidad de contar con una jurisprudencia uniforme y previsible para mantener la unidad del sistema normativo. A este respecto, la Corte Internacional de Justicia tiene un rol fundamental en asegurar la unidad de interpretación del derecho Internacional.

b. Función

La interpretación y prueba de la norma internacional, obra de la jurisprudencia, es una de las funciones más importantes de la misma, que facilita enormemente la aplicación del derecho internacional. La función interpretativa y probatoria de la jurisprudencia internacional ha tenido la gran virtud de aplicar reglas jurídicas deduciéndolas de los principios generales del derecho y de las prácticas estatales convencionales o consuetudinarias, explicándolas y profundizándolas y otorgándoles una certeza de las que carecían, permitiendo de este modo lograr verdaderos y significativos avances en el desarrollo del derecho internacional. Es decir que la jurisprudencia en muchos casos sirve para determinar el alcance y la existencia misma de una norma de derecho, constituyendo un medio auxiliar para ese fin.

Enrolándose en cualquiera de las dos posiciones –medio auxiliar o fuente autónoma–, no desmerece restarle el importante valor que tiene la jurisprudencia en el desarrollo progresivo del derecho internacional público. Sobre este aspecto y refiriéndose al valor de la codificación en el campo del derecho internacional, en cuanto a la individualización de las normas generales y consuetudinarias, De Visscher ha expresado: “*Tal tendencia (se refiere a la individualización de normas por parte de la jurisprudencia del Tribunal) aparece siempre acompañada de un mayor perfeccionamiento del derecho, de su aplicación más regular y frecuente, y, por tanto, más matizada y más fácilmente adaptable a la diversidad de las situaciones de hecho*”¹⁰.

Para Barberis (217/220) la jurisprudencia es un modo específico de creación de normas jurídicas, la sentencia es un acto jurídico internacional, que tiene siempre como fundamento un acto convencional. Recono-

¹⁰ Ch. DE VISSCHER, *Teorías y realidades en Derecho internacional público*, Bosch, 1962. “*La jurisprudencia internacional ha puesto de relieve las nuevas orientaciones que actúan sobre la evolución del derecho consuetudinario. El ejercicio de la función judicial descubre la complejidad creciente de las relaciones internacionales, la diversidad y la importancia insospechadas de las situaciones intermedias, o incluso estrictamente individuales, y las razones que ya no permiten la aplicación sin matices ni distinciones de clase alguna de una norma consuetudinaria que haya llegado a ser demasiado obsoleta en su expresión tradicional. Este afinamiento del derecho consuetudinario a través de la jurisprudencia internacional ofrece particular interés en una época de inestabilidad e incertidumbre general como la que vivimos*”.

ce, sin embargo, que los precedentes jurisprudenciales, tomados individualmente no constituyen un método autónomo de creación de normas jurídicas generales.

Barberis sostiene que otra función que cumple la jurisprudencia tiene relación con la diferencia existente entre los tratados que tienen un lenguaje textual o gramatical, con la costumbre y los principios generales del derecho, que poseen un cierto grado de imprecisión, indeterminación, penumbra o vaguedad. Los precedentes judiciales cumplen la función de reducir esa vaguedad, precisando el campo de aplicación de cada norma en forma más determinada.

V. Interacción de la jurisprudencia con otras fuentes del derecho

Según Barberis, las decisiones de la CIJ demuestran cierta tendencia a aplicar reglas jurídicas determinadas por ella misma, si bien es cierto, deduciéndolas de ciertos principios jurídicos o reglas consuetudinarias. Acorde con ello, la doctrina anglosajona le asigna una importancia fundamental a la jurisprudencia que, como demostrativa de una práctica, le da un incalculable valor al precedente.

Los jueces pueden recurrir a los precedentes judiciales, quizás no tanto para fundar un fallo, sino para determinar con su auxilio si ha surgido realmente una costumbre jurídica o si existe un principio general del derecho aceptado.

Por ello analizaremos la relación existente entre la jurisprudencia y otras fuentes del derecho como la costumbre, los principios generales del derecho, los actos unilaterales e incluso la equidad.

a. La costumbre

Barberis afirma (215/217) que, en general, es opinión coincidente que la jurisprudencia constituye un elemento de formación de la costumbre internacional. La jurisprudencia, según la óptica que se tome, puede ser considerada como fuente autónoma o como formadora de costumbre. Si bien las dos posiciones son diferentes, sin embargo coinciden en el hecho de adjudicar a la jurisprudencia la posibilidad de manifestarse como precedente o como costumbre. *“En el primer caso, los precedentes*

deberían considerarse individualmente, en el segundo, se debería tomar en consideración la repetición con las condiciones que establece una práctica para identificarla como elemento material de la costumbre como fuente". En cualquiera de los dos supuestos es indudable que la jurisprudencia influye en la creación del derecho a través de la costumbre. Es innegable que las decisiones judiciales contribuyen en la creación de normas jurídicas internacionales a través de la costumbre. Según Barberis "*Las sentencias de tribunales internacionales judiciales y arbitrales, constituyen una práctica inestimable para probar el elemento material de la costumbre como fuente del derecho, máxime cuando ellas reúnen los caracteres de repetición, continuidad y generalidad*". En definitiva, sostiene (210/212) que la jurisprudencia influye en la creación del derecho consuetudinario. Los fallos constituyen en sí mismos una práctica, y además rescatan los elementos de la práctica de los Estados como requisito material de la costumbre. Es decir que la práctica está dada por los precedentes judiciales sobre una determinada materia. La repetición de sentencias internacionales ha dado origen a una norma de costumbre. Los precedentes judiciales tomados en su conjunto, pueden constituir el elemento material de formación de una norma consuetudinaria.

En el momento de decidir un litigio en base a la existencia de una norma consuetudinaria, la Corte, en primer lugar, debe determinar la existencia misma de la costumbre de que se trata, ya que debe aplicar el derecho consuetudinario vigente. Las decisiones judiciales juegan un importante papel en la especificación en cuanto al alcance y contenido de las normas consuetudinarias.

Por consiguiente, las decisiones judiciales y arbitrales representan una parte integrante de la práctica internacional para la creación de normas consuetudinarias. Esta función de la jurisprudencia, mucho más acentuada en los sistemas jurídicos anglosajones, le otorga gran valor a la decisión judicial como precedente que permite visualizar con precisión y certeza cuáles son las prácticas generalmente seguidas por los Estados como prueba cierta de una norma general de derecho internacional.

La Corte no puede aplicar una costumbre en formación, salvo que los Estados litigantes reconozcan que se encuentran obligados por ella.

También las decisiones judiciales permiten visualizar cuando un comportamiento es una costumbre en sentido jurídico, es decir como fuente

del derecho, y no una simple norma moral o de cortesía; en definitiva, permiten verificar la calidad jurídica de determinados comportamientos estatales. Las decisiones judiciales juegan un importante papel en la especificación en cuanto al alcance y contenido de las normas consuetudinarias. Esto se debe a que en muchos casos es difícil distinguir una costumbre jurídica de una de cortesía o moral; las decisiones de los jueces son las verificadoras de esa calidad jurídica. Los precedentes judiciales permiten determinar si ha surgido realmente una costumbre jurídica.

Parte de la doctrina se inclina por darle valor de fuente autónoma a la jurisprudencia, comparando los precedentes judiciales con el proceso de formación de la costumbre internacional. Si ésta se basa en la repetición constante y uniforme de actos con la convicción que constituye una norma de derecho a la cual deben ajustar sus conductas los sujetos del derecho internacional, la jurisprudencia se establece en el proceso de actuación forzoso del derecho a través de una repetición de soluciones extraídas también de principios superiores. La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho, lo que es la costumbre a su observancia espontánea. *“Tiene cierto valor creador de la norma; las decisiones son eslabones en el proceso de creación de la costumbre”*¹¹.

b. Principios generales

La función de la jurisprudencia es resolver el conflicto de oposición de derechos e intereses aplicando, en ausencia de una específica provisión de derecho, los corolarios de los principios generales. Al hacerlo, el tribunal crea derecho para el caso determinado (tal como otras fuentes no enumeradas, por ejemplo los actos unilaterales), ya sea que los *principios* sean presentados como generalizaciones de normas existentes de derecho internacional o como principios generales del derecho en la acepción del artículo 38¹².

Cuando para aplicar el derecho a un caso concreto, el juez induce la norma a aplicar de un principio general de los ordenamientos jurídicos internos, lo que hace es, más que aplicar un derecho preexistente, formu-

¹¹ Antonio REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill. Madrid, 1997.

¹² H. KELSEN, *ob. cit.*

larla, elaborarla, darle vida a través de normas de los derechos internos. En conclusión, en la realidad, de facto, a veces la jurisprudencia roza la noción de instrumento de creación del derecho (fuente formal)¹³.

En numerosos casos, cuando los jueces no hallan a una norma convencional o una costumbre perfectamente identificada como tal, recurren a los conocidos principios de razón y justicia, que se encuentran, generalmente, en todos los órdenes jurídicos de los Estados. Pero los jueces ante ellos, toman una posición especial para “adaptarlos” al caso concreto y de acuerdo a las circunstancias de los hechos legados por las Partes. La cada vez mas frecuente alusión de la Corte a principios generales, o principios fundamentales, significa la aceptación de tales principios como fuentes, a pesar que a veces se invoquen como íntimamente vinculados a una costumbre internacional; en realidad, tal alegación, no es otra cosa que la afirmación y aplicación de una norma u obligación que tiene como fuente los principios generales del derecho internacional. En cierto sentido, ante la inexistencia de una norma concreta que regule un caso o materia específica, los jueces siempre pueden acudir a los principios generales del derecho.

Para Barberis la sentencia es un acto unilateral, pero se distingue de las otras formas de creación del derecho, por ejemplo, de los actos unilaterales propiamente dichos, ya que ésta tiene siempre como fundamento de validez un acto convencional. Al igual que las sentencias, las resoluciones de las organizaciones internacionales son actos unilaterales que obtienen su fuente de validez en un tratado. Pero la diferencia entre ambas radica en el procedimiento de creación y en el órgano que las realiza. En la actualidad no se puede poner en duda que la “*jurisprudencia es un modo específico de creación de normas jurídicas*”.

La equidad cumple una función esencial en la aplicación del derecho internacional. En efecto, existe consenso en que éste debe ser aplicado con equidad. El juez debe adecuar la norma al caso concreto con un sentido de justicia, atemperando su excesivo rigor o adaptándola, conforme el criterio valorativo de las circunstancias del caso, cuando la misma sea imprecisa, injusta o insuficiente. De tal modo el concepto de equidad adquiere legitimidad por su carácter de razonable y convenient-

¹³ C. GUTIERREZ ESPADA, ob. cit.

te. De acuerdo a lo expuesto, la facultad que tiene el juzgador de hacer uso de la equidad aparece necesariamente unida a cualquier resolución de una cuestión de derecho, sin que sea imprescindible una autorización expresa de las partes en tal sentido. Esta función interpretativa de la norma jurídica atribuida a la equidad, es la llamada en doctrina *infra legem o infra ius o secundum legem*.

VI. Conclusiones

A modo de síntesis, la posición de Barberis en cuanto a la naturaleza, función e interacción con otras fuentes de la jurisprudencia en el derecho internacional, es la siguiente:

- Constituye una práctica generalizada la invocación por los tribunales de citar los precedentes judiciales en cualquier sentencia, lo que resulta lógico, ya que en casos análogos, es razonable que los tribunales sigan las mismas reglas jurídicas de interpretación.
- La continuidad en las decisiones otorga jerarquía y respetabilidad a los jueces, ya que brindan seguridad a sus sentencias.
- La jurisprudencia es un modo específico de creación de normas jurídicas. La sentencia es un acto jurídico internacional, que tiene siempre como fundamento un acto convencional.
- Las sentencias producen una modificación de la situación jurídica de las partes. Constituyen, en consecuencia, una norma particular del orden jurídico y, por ende, obligatoria.
- La jurisprudencia es un modo de creación de normas jurídicas que se traduce en la denominación general de sentencias y, en virtud de que ha sido dictada con el consentimiento de las Partes, crea una regla de derecho obligatoria para ellas.
- Las decisiones judiciales en forma individual no constituyen un método autónomo de creación de normas generales de derecho internacional.
- Sin embargo, un precedente jurisprudencial en un caso concreto puede imponerse como norma general en el orden jurídico internacional. No de la parte dispositiva sino de los considerandos. Esta posición encuentra su apoyo en la práctica de la CIJ.

- La jurisprudencia puede por tanto ser considerada como fuente autónoma, o como creadora de costumbre. En este último sentido, la jurisprudencia influye en la creación del derecho consuetudinario.
- Por consiguiente, las decisiones judiciales y arbitrales representan una parte integrante de la práctica internacional para la creación de normas consuetudinarias.
- Las decisiones de la CIJ demuestran cierta tendencia a aplicar reglas jurídicas determinadas por ella misma, si bien es cierto deduciéndolas de ciertos principios jurídicos o reglas consuetudinarias. Acorde a ello, la doctrina anglosajona le asigna una importancia fundamental a la jurisprudencia que, como demostrativa de una práctica, le da un incalculable valor al precedente.
- Las decisiones judiciales permiten visualizar cuando un comportamiento es una costumbre en sentido jurídico, es decir como fuente del derecho, y no una simple norma moral o de cortesía; en definitiva, permiten verificar la calidad jurídica de determinados comportamientos estatales.
- Las decisiones judiciales juegan un importante papel en la especificación en cuanto al alcance y contenido de las normas consuetudinarias.
- La jurisprudencia puede llegar a ser considerada como elemento material de la costumbre; es decir como prueba de una práctica general, constante y uniforme.
- Los jueces pueden recurrir a los precedentes judiciales, quizás no tanto para fundar un fallo, sino para determinar, con su auxilio, si ha surgido realmente una costumbre jurídica o si existe un principio general del derecho aceptado.

EL TERRITORIO EN LA OBRA DE JULIO A. BARBERIS

*Graciela R. Salas**

*Gloria Rosenberg***

Resumen: Uno de los ejes centrales en la obra del Dr. Julio A. Barberis fue el territorio del Estado, que atraviesa la mayor parte de su obra. Así, su objetivo no fue solamente definir un concepto de territorio, sino identificar sus alcances, sus diferentes tipos y características, en tanto elemento esencial a la soberanía estatal, en la medida que aquel es donde ésta se manifiesta. Observamos en este autor un razonamiento científico en la búsqueda de la identificación del concepto de territorio, el que avanza hacia aspectos más difusos del territorio estatal y deja abiertos algunos interrogantes.

Abstract: One of the central themes in the work of Dr. Julio A. Barberis was the territory of the State, which passes through the greater part of his work. Thus, their aim was not only to define a concept of territory, but identify its scope, its different types and characteristics, in both essential to State sovereignty, to the extent that that is where this occurs. We observe a scientific reasoning in the research for the identification of the concept of territory that introduce diffuse aspects of the state territory and leaves some questions open.

Palabras-clave: Territorio - Soberanía - Competencia territorial.

Keywords: Territory - Sovereignty - Territorial competence.

Sumario: Presentación. La obra del Dr. Julio A. Barberis. El concepto de territorio. Las implicaciones del concepto de territorio. Reflexiones finales.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Catedrática de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogada. Docente de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

I. Presentación

Cuando en el Instituto de Derecho Internacional Público y de la Integración de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, a propuesta del Dr. Ernesto J. Rey Caro, se adoptó la decisión de trabajar durante el año 2014, *in memoriam*, en la obra del Dr. Julio A. Barberis, rápidamente recordamos la cantidad de trabajos de su autoría que habíamos recorrido durante nuestra vida académica, y también su palabra y su sonrisa, siempre concretas y precisas.

Introducimos en su obra como un todo fue una tarea conjunta que inmediatamente generó un rico intercambio de ideas, de datos y de comentarios. A partir de allí, cada uno de los integrantes del Instituto comenzó a trabajar en un tema de especial desarrollo por nuestro homenajado, a lo largo de su extensa trayectoria en el ámbito del Derecho Internacional.

Surgieron así con meridiana claridad los avances, profundización y extensión de sus intereses en el ámbito de la asignatura de su vocación, que le llevaron a las más altas esferas internacionales, incluyendo la integración de tribunales internacionales.

La tarea siguiente fue la selección de un tema de interés para cada uno de nosotros, compartiendo algunos el mismo interés, divergiendo los intereses de otros, gracias a la mutua colaboración en la búsqueda de esa bibliografía.

De ese interés compartido y mutua colaboración surgieron las ideas que siguen a continuación.

II. La obra del Dr. Julio A. Barberis

A poco de adentrarnos en la extensa obra del Dr. Barberis se advierten algunos ejes centrales, que surgen con meridiana claridad de sus principales publicaciones: por un lado las *Fuentes del Derecho Internacional*¹, por otro los *Sujetos del Derecho Internacional*², por otro el *terri-*

¹ J. A. BARBERIS, *Fuentes del Derecho Internacional*, Platense, 1973; que se integra a una larga lista de trabajos sobre el particular, como *Les éléments constitutifs de la*

*torio estatal*³. Ahora bien, esta enumeración no agota la extensa obra del homenajeado, ya que al mismo tiempo fue ampliando y profundizando las

coutume, en tant que procédé créateur de droit, d'après la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale et de la Cour internationale de justice, "La costumbre bilateral en derecho internacional Público", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961; *La jurisprudencia internacional como fuente de derecho de gentes según la corte de la Haya*. Summary: international jurisprudence of the Hague court as a source of general international law. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*; vol. 31, 1971; *Le concept de "traité international" et ses limites*, *Annuaire français de droit international*; vol. 30, 1984; *¿Es la costumbre una fuente de derecho internacional?*, *Anuario argentino de derecho internacional*; vol. 3, 1990; *La coutume est-elle une source de droit international? Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement mélanges*, Michel Virally, 1991; *Réflexions sur la coutume internationale*, *Annuaire français de droit international*; vol. 36, 1991; *Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine*. Recueil des cours, vol. 235, 1993; *Formación del derecho internacional*, Abaco de Rodolfo Depalma, 1994; *Les résolutions des organisations internationales en tant que source du droit des gens*. Recht zwischen Umbruch und Bewahrung / hrsg. von Ulrich Beyerlin [et al.], 1995. Entre otras publicaciones.

² *El Comité internacional de la Cruz Roja como sujeto del derecho de gentes*. Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet. 1984; *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*. Recueil des cours; vol. 179, 1983; *La personalidad jurídica internacional*. Völkerrecht als Rechtsordnung, 1983; *Sujetos del derecho internacional vinculados a la actividad religiosa*. Anuario de Derecho Internacional Público; vol. 1, 1981; *Los sujetos del derecho internacional actual*. Tecnos. 1984. Entre otras obras.

³ *Un precedente poco conocido sobre la aplicación del uti possidetis a un río limítrofe que cambia de curso*. Anuario de derecho internacional; vol. 10, 1994; *Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire: perspectives théoriques et évolution du droit international*. *Annuaire français de droit international*; vol. 45, 1999; *A conception brésilienne de l'uti possidetis*. Liber amicorum judge Mohammed Bedjaoui. Ed. by Emile Yakpo and Tahar Boumedra, 1999; *En torno a la noción de "territorio del estado"*. Liber amicorum 'In memoriam' of judge José María Ruda, 2000; *La concepción brasileña del uti possidetis*. Ed. LTr. Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G. E. do Nascimento e Silva / Paulo Borba Casella, coordinador, 2000; *Los límites del territorio del estado*. Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro / Zlata Drnas de Clément (coord.); vol. 1, 2002; *El territorio del Estado*. Cursos Euro mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional / Jorge Cardona Llorens, Director; vol. 4, 2000; *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Ábaco, 2003; *El condominio internacional*. Eurolex etc. Pacis artes: obra homenaje al profesor Julio D. González Campos, vol. 1. 2005. *Quelques considérations sur le condominium en droit international public*. Nijhoff. Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through

materias de su interés⁴ de manera acorde también con el rol que desempeñó en tribunales internacionales⁵.

Pero aun desde la apuntada división debemos advertir que la misma no es concluyente ya que aparecen permanentemente nuevos temas en toda su obra, sea cual fuere el objeto de cada uno de sus trabajos. Es en tal sentido que seleccionamos el *concepto de territorio* por

International Law. La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international: *liber amicorum Lucius Caflisch*. Ed. by Marcelo G. Kohen, 2007. Entre otros trabajos.

⁴ *Régimen jurídico del Rio de la Plata*. Abeledo-Perrot. 1969; *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional*. Derecho de la integración; vol. 8, afl. 18/19; *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*. Tecnos. Copág. 1979; *La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional*. Anuario de derecho internacional; vol. 8, 1985; *International groundwater resources law*. FAO, 1986; *L'exploitation hydro-electrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979*. In: *Annuaire français de droit international*; vol. 32, 1987; *Le régime juridique international des eaux souterraines*. *Annuaire français de droit international*; vol. 33, 1988; *Carlos Calvo*. Hague yearbook of international law; vol. 2, 1989; *Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'Étude et de Recherche de l'Académie*. Droits et obligations des pays riverains des fleuves internationaux / Académie de Droit International de La Haye. Rights and Duties of Riparian States of International Rivers. Hague Academy of International Law, 1991; *The development of international law of transboundary groundwater*. Natural resources journal; vol. 31, afl. 1, 1991; *Una reflexión sobre el Artículo 1, inciso 1, de la Convención americana sobre derechos humanos*. Héctor Gros Espiell *amicorum liber*; vol. 1, 1997; *Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado internacional*. *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; vol. 1, 1998. *Negotiating mining agreements: past, present and future trends*.

Barberis, Danièle / Kluwer Law International, 1998; *El derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica*. Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antonio Augusto Cançado Trindade - Rumos del derecho internacional de los derechos humanos - Trends in the international law of human rights - (Liber amicorum Cançado Trindade) / comissão ed. Renato Zerbini Ribeiro Leão; vol. 3, 2005; *Algunas consideraciones sobre la decisión internacional en dos sentencias arbitrales recientes*. Librotecnia. Estudios de derecho internacional: libro homenaje al profesor Santiago Benadava / coordinador académico: Hugo Llanos Mansilla, vol. 1, 2008. Entre otros.

⁵ Como el Tribunal Arbitral Internacional en la Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina c/ Chile), 1994; o como juez *ad hoc* en el caso *Las Palmeras Vs. Colombia*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

entender que no se encuentra en un texto determinado sino que atraviesa la mayor parte de su obra.

III. El concepto de territorio

Para el análisis del concepto de territorio desarrollado por nuestro homenajeado, son de vital importancia algunos trabajos publicados en diferentes oportunidades⁶. Pero más allá de esos trabajos, su concepto de territorio atraviesa la mayor parte de su obra, particularmente en lo que se refiere a la soberanía estatal⁷.

Otra de las notas características de sus trabajos viene dada por el estudio habitual de la evolución histórica seguida por la institución bajo análisis, a partir de lo cual va desgranando los fundamentos de esa evolución, ya en el ámbito jurídico-filosófico, para finalizar exponiendo su posición.

Es con este ritmo que trataremos que sintetizar ese concepto de territorio, del que está imbuida toda su obra y sus diferentes implicaciones.

Decíamos más arriba que en su obra se advierte una permanente referencia al territorio en tanto elemento esencial a la soberanía estatal, en la medida que aquel es donde ésta se manifiesta. Y es en ese orden que el concepto de territorio se va perfilando a través de la evolución de esta última junto a la práctica internacional⁸. De todos modos reconoce que lograremos identificar ese concepto analizando todos los casos que

⁶ *Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire: perspectives théoriques et évolution du droit international; Los límites del territorio del estado, y El territorio del Estado y la soberanía territorial* (2003), particularmente su capítulo 1.

⁷ *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional. Derecho de la Integración*; vol. 8, afl. 18/19, pág. 45 y ss. También en: *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*. Tecnos. Copág. 1979. *L'exploitation hydro-électrique du Parana et l'accord tripartite de 1979*. En: *Annuaire français de droit international*, volume 32, 1986. págs. 779-793. *Le régime juridique international des eaux souterraines*. En: *Annuaire français de droit international*, volume 33, 1987. págs. 129-162. Entre otros.

⁸ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 18.

se presentan y deducir de ellos las características que poseen en común⁹. Avanza asimismo en su razonamiento al citar diferentes situaciones en las que los límites en la superficie no guardan relación con el límite en el subsuelo o las aguas subterráneas y la diversidad de situaciones que se presentan en caso de la existencia de recursos naturales compartidos.

Para alcanzar un concepto de territorio, Barberis efectúa un pormenorizado análisis de la evolución de los alcances de la soberanía territorial del Estado, comenzando en el medioevo, en la que el señor o el príncipe disponía de sus dominios como de un objeto de su pertenencia, lo que afectaba los modos de transmisión del territorio, como en los acuerdos matrimoniales en los que se integraba a la dote de la novia o por sucesión, sea ésta *ab intestato* o hereditaria.

También cita las cláusulas de reversión, utilizadas especialmente en Italia hasta el siglo XIX, en virtud de las cuales se disponía que en caso de extinción de la línea sucesoria al trono de un reino, el territorio volvería a otro príncipe; o la institución de los *pareatges*, que consistía en acuerdos en virtud de los cuales “*un señor infeudaba su territorio a favor de otro más poderoso, a cambio de su protección*”¹⁰.

Posteriormente, a partir del nacimiento de los regímenes constitucionales, se produjo la separación entre el príncipe y el Estado, oportunidad en la que numerosos autores comenzaron a preocuparse por el vínculo existente entre el territorio y el Estado. Se formularon a continuación diferentes teorías, entre ellas la del territorio objeto, que en analogía con el derecho privado sostiene que el Estado ejerce sobre el territorio un derecho real similar al del propietario sobre una cosa, pero ya no como una *proprietas*, sino como un *imperium*¹¹.

Como contrapartida a esta corriente de pensamiento, se desarrolló otra tesis, en virtud de la cual el territorio es un elemento constitutivo del Estado, junto a la población y el gobierno, sobre los cuales el Estado ejerce su imperio. Cita entonces a Fricker, quien sostiene “*que el territorio es el espacio en el que el Estado ejerce su imperio, que no es un objeto, sino un elemento constitutivo del Estado*”¹². Posteriormente

⁹ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 19.

¹⁰ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 23.

¹¹ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 25.

¹² J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 27.

analiza la posición de Radnitzky, que critica a las anteriores tesis y sostiene una posición más avanzada, en el sentido que el concepto de territorio “*se desarrolla en el plano normativo y parte de la idea de “competencia”*”¹³. Es quien divide la competencia estatal en material, personal y local: la primera está dada por todos los actos que puede ejecutar el Estado en virtud de su derecho; la segunda es el poder del Estado sobre las personas; la competencia local es “*el ámbito espacial en el que el poder del Estado rige como tal*”¹⁴. Barberis sostiene que en la posición de Radnitzky existe un cuarto ámbito de validez como es la validez temporal.

Esta teoría fue desarrollada posteriormente por Kelsen, quien explica que un orden jurídico es un conjunto de normas que derivan su validez de una misma norma jurídica, a la que identifica como la Constitución Nacional. Vincula a la validez con la eficacia de un orden jurídico, reemplazando así la noción de poder del Estado por la de validez del orden jurídico estatal. Agrega que las normas de un orden jurídico son válidas respecto de un espacio y de un tiempo determinado, es decir lo que él llama el “*ámbito de validez espacial*” y el “*ámbito de validez personal*” de aquella y la relación de la norma con la materia que regula a la que denomina como “*ámbito de validez material de la norma*”¹⁵.

De allí nace la noción de territorio del Estado, vinculada por regla general con el ámbito de validez espacial del orden jurídico estatal. Sin embargo advierte que esta vinculación hace trascender algunas normas fuera del territorio estatal, para adquirir validez aun en el territorio de otro Estado, como las normas sobre capacidad de contratar que afectan a las personas. Sin embargo, el territorio estatal para Kelsen puede ser interpretado en forma restrictiva, en el sentido que para él, conforme a lo establecido por el Derecho Internacional, es el espacio en que los órganos establecidos por el orden jurídico nacional están autorizados para ejecutar dicho orden, y a su vez es un concepto excluyente respecto del ejercicio de derechos por parte de otros estados sobre ese territorio.

¹³ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 28.

¹⁴ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 29.

¹⁵ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 31.

Afirma luego que esta concepción es compartida por gran parte de la doctrina y recogida por decisiones jurisprudenciales¹⁶ en tanto se entiende que “*un límite internacional consiste en la línea de contacto de los ámbitos espaciales de validez de dos órdenes jurídicos estatales*”¹⁷, para lo cual la fijación de los límites se constituye en determinante y ocupa gran parte de su obra.

IV. Las implicancias del concepto de territorio

Adelantando algunas consideraciones generales sobre la obra del Dr. Barberis, es posible resaltar como una característica de su obra su permanente preocupación por los distintos alcances del concepto de territorio.

Desde las discusiones precedentes plantea nuevos interrogantes partiendo de la diferenciación entre soberanía y supremacía territorial, y de las formas en que se aplicaría el concepto formulado por Radnitzky y Kelsen. Sostiene entonces que “*se hace necesario elaborar la teoría en términos tales que comprenda la hipótesis indicada en el párrafo anterior como así también otras semejantes que la práctica ofrece*”¹⁸. Para ello afirma que se puede efectuar una enumeración de las competencias de un Estado sobre su territorio, pero coloca el acento en la capacidad del Estado para transferir esas competencias. Como consecuencia de las tesis de los dos autores mencionados agrega que esa modificación podría ser: “*reemplazar el ámbito de validez espacial del orden jurídico estatal por el ámbito de validez espacial de una norma jurídica específica, a saber, la que otorga el Estado competencia para transferir el territorio en cuestión*”¹⁹.

El siguiente planteamiento que se hace Barberis es que, al momento de “*ceder esta competencia, aunque sea parcialmente y en mínima*

¹⁶ Sentencia arbitral de 1989 que determina la frontera marítima entre Senegal y Guinea – Bissau.

¹⁷ Sentencia arbitral de 1995 en el caso de Laguna del Desierto entre Argentina y Chile, par. 59.

¹⁸ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 40.

¹⁹ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 41.

*medida, deja de ser soberano territorial, pues se estará entonces en presencia de un caso de condominio internacional*²⁰. Sin embargo, para arrojar luz en cada caso concreto, sostiene que habrá que observar la práctica de los estados.

Si nos detenemos en algunos detalles y sutilezas de la obra de nuestro homenajeado podemos resaltar la distinción que hace entre la soberanía territorial y la supremacía territorial, distinción ya formulada por Verdross²¹. Se vincula a la primera con el territorio del Estado; mientras que la soberanía consiste en la competencia o facultad que posee el Estado respecto de cierto espacio para cederlo a un tercero, manifestando que un Estado es soberano de cierto espacio, independientemente de que ejerza o no la supremacía territorial sobre el mismo. Por otro lado caracteriza a la supremacía territorial como la capacidad de los estados de “*ejercer actos coactivos en el territorio extranjero*”²², siempre dentro de los límites establecidos por el DI. Cita ejemplos en el ámbito del Derecho del Mar, de acuerdo a la Convención de Jamaica (arts. 27, 28 y 92 inc. 1), o mediante la celebración de acuerdos de arrendamientos, administraciones de territorios, entre otros. Se detiene en dos casos puntuales. Uno de ellos fue el acuerdo celebrado entre Panamá y EEUU (1903)²³ por el que el primero cedía a este último todos los derechos sobre la llamada Zona del Canal, reservándose la soberanía territorial. El segundo caso fue el de Hong Kong, cedido por China a Gran Bretaña por los tratados de Nanking (1842) y de Pekin (1898)²⁴, por los que China cedía en arrendamiento las islas de Hong Kong, Kowloon y otras islas, por noventa y nueve años.

Para él entonces la supremacía territorial implica a las competencias territoriales de un estado, que le dan derechos sobre el territorio de un

²⁰ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 42.

²¹ A. VERDROSS, *Derecho Internacional Público*. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1973, pág. 204.

²² J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 35.

²³ Tratado Hay – Bunau Varilla. Este acuerdo estuvo en vigencia hasta 1977 cuando se acordó la devolución definitiva a Panamá a partir del 31 de diciembre de 1999.

²⁴ En 1984 ambas potencias formularon una declaración conjunta por la que Gran Bretaña restituiría Hong Kong a China el 1 de julio de 1997 al cumplirse el plazo establecido en el citado acuerdo

Estado extranjero. Dichas competencias obedecen a diferentes orígenes: tratados, costumbre bilateral, ocupación militar, garantías de inversiones que un Estado otorga a otro, bases militares. En este caso las administraciones en territorio extranjero, las servidumbres internacionales, el derecho de vecindad, constituyen situaciones de Derecho Internacional reguladas por las normas jurídicas que las constituyeron y se extinguen en las condiciones establecidas por las mismas. En este punto cabe poner de relieve su reticencia en mencionar la situación de las Islas Malvinas, que se encuentran en una situación de ejercicio de la supremacía territorial por una potencia colonial, pero justamente fuera de la legalidad de la que este autor efectúa un especial desarrollo.

Sostiene entonces que el territorio no constituye un espacio exclusivo, sino que puede ser ámbito de validez de más de un orden jurídico. Cita numerosos ejemplos como el Acuerdo de 1929 sobre la cuestión de Tacna (Perú) y Arica (Chile), en virtud del cual no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de territorios que en conformidad al Tratado quedan bajo sus respectivas soberanías.

En virtud de lo precedente, dice que *“el Estado no se presenta como una entidad que aspira a que su orden jurídico valga universalmente, como es el caso de la moral o del derecho de gentes, sino que se trata de un ordenamiento jurídico determinado en el espacio y en el tiempo”*²⁵. Y agrega a continuación que los límites estatales se vinculan con la determinación del ámbito de validez espacial de las normas jurídicas, dentro de un tema más amplio como es la distinción de los órdenes jurídicos mediante sus ámbitos de validez.

Vuelve entonces sobre su razonamiento anterior y sostiene que el territorio estatal es un espacio fijo y limitado, que es respetado por todos los demás miembros de la comunidad internacional, como consecuencia, no de la naturaleza jurídica del territorio del Estado, sino que se trata de una norma específica del derecho de gentes, y se detiene ante este concepto, sin que se advierta una identificación de esa norma.

A renglón seguido aparecen los principios de integridad territorial del Estado y de abstención del recurso a la amenaza o al uso de la fuerza

²⁵ Así inicia su trabajo sobre *Los límites del territorio del Estado*, en Estudios de Derecho Internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro, Lerner, pág. 235.

contra la integridad territorial de cualquier otro Estado (art. 2 inc. 4 de la Carta de San Francisco)²⁶.

Partimos entonces de lo que llamaríamos el territorio terrestre, que desde tiempos inmemoriales ha sido el asiento del Estado, dado que no es posible hablar de territorio en el sentido jurídico, sino en relación a un Estado. El alcance de esta expresión hace que enumere cuáles son los espacios que responden a esa característica, entre los cuales incluye a la tierra firme, a las aguas fluviales y lacustres del planeta. Agrega luego algunas otras situaciones como las planteadas por la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar respecto de rocas que se ven sumergidas en la pleamar, el concepto de isla, entre otras. Sostiene también que esa soberanía puede ejercerse sobre espacios continuos o discontinuos, como sería el caso de estados con islas o los enclaves.

Desde esa concepción del territorio estatal, definida como el espacio sobre el que el Estado ejerce su soberanía territorial, lo considera un ámbito espacial y no un objeto, por lo que la extensión del territorio es factible de modificación mediante actividades humanas, como la extracción de grandes cantidades de arena, turba, u otros materiales, que hacen retroceder la línea de bajamar. Ejemplifica esta concepción con los pólderes en los Países Bajos, las instalaciones portuarias, modificaciones del curso de un río limítrofe, desplazamiento de la divisoria de aguas, movimiento de islas fluviales, entre otros, que acrecen el territorio. También cita el caso de aquellos espacios donde el Estado tiene soberanía territorial y en los que ejerce la propiedad. Un ejemplo válido es el tratado firmado entre Perú y Ecuador (1942) sobre Tiwinza, propiedad privada de este último.

En cuanto a los espacios marítimos, hace una interesante síntesis sobre el ejercicio de la jurisdicción del Estado y se detiene en los desarrollos del Derecho del Mar en el pasado siglo, vinculándolo ya al aprovechamiento de los recursos naturales. De estas nuevas formas del uso del territorio se deriva la existencia de regímenes jurídicos diferenciados, que permiten al Estado ribereño el ejercicio del derecho de explotar los recursos naturales, sin que ese espacio esté sometido a su soberanía, como ocurre con la zona económica exclusiva. Destaca entonces que están

²⁶ Precisados después por la Res. 2625 (XXV) y la Res. 3314 (XXIX) sobre la definición de la agresión.

sometidos a la soberanía estatal del ribereño las aguas interiores, el mar territorial y las aguas archipelágicas.

Se ocupa luego del espacio aéreo sobre el que el Estado ejerce su soberanía y su límite con el espacio ultraterrestre y la órbita geostacionaria, serían éstos los límites verticales a partir de la prolongación del espacio territorial, marítimo y fluvial.

Otro de sus interrogantes sobre el concepto de territorio se vincula con la extensión del territorio en el subsuelo. Así, en su trabajo *El régimen jurídico internacional de las aguas subterráneas*²⁷ sostiene que como cuestión previa es necesario determinar hasta dónde se extiende, en profundidad, el territorio de un Estado, preocupación ésta que se encuentra relacionada con la técnica disponible por parte del Estado y con el moderno derecho del mar. Ello así en tanto el Derecho está llamado a resolver cuestiones prácticas, no problemas teóricos.

En cuanto al subsuelo y con una gran proyección de futuro, el Dr. Barberis adelanta que *“no fue objeto de una atención especial por parte del Derecho Internacional y en cuanto a la cuestión de saber hasta dónde se extiende el territorio de un Estado, el derecho clásico respondía con la fórmula latina “Cujus est solum, ejus es usque ad coelum et ad inferos”. La doctrina actual del derecho de gentes se ha ocupado poco de este tema, posiblemente por la falta de interés práctico. Por el contrario, es posible que el progreso tecnológico haga posible la explotación del subsuelo a grandes profundidades y que la cuestión sea importante en las próximas décadas. Es posible imaginar que en el futuro el subsuelo terrestre será utilizado como espacio, como fuente de energía y con fines de explotación minera”*²⁸.

Por línea general afirma que la línea de frontera se extiende verticalmente en el subsuelo, salvo indicación en contrario. De hecho entonces, el estudio del problema que surge es el de la determinación de si las aguas subterráneas se encuentran, en cuanto a la profundidad, en el territorio

²⁷ En *Annuaire français de droit international*, volume 33, 1987, págs. 129-162.

²⁸ J. A. BARBERIS, *La utilización de las aguas subterráneas y el Derecho Internacional*, pág. 42. Disponible en http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21297/1/ADI_VIII_1985_02.pdf.

del Estado o bien si se sitúan fuera de él, con las implicaciones que de ello se derivan y la forma en que diferentes doctrinas del derecho de gentes intentan encontrar una regulación que fuera de aplicación general.

En cuanto a las teorías que se han formulado sobre la soberanía estatal en el subsuelo, identifica por un lado a quienes sostienen que el territorio del Estado comprende el subsuelo hasta el centro de la tierra, y que debido a la curvatura de la tierra la forma del territorio del Estado sería más o menos el de un cono invertido, en el que el vértice se desplazaría hacia el centro del planeta. Otra parte de la doctrina considera que el territorio de un Estado se extiende hasta la profundidad técnica explotable por este Estado, es decir que cuanto mayor tecnología desarrolle el Estado, más se extenderá en profundidad su territorio. Otra tesis estima que el territorio de un Estado se extiende en profundidad tanto más lejos cuanto la tecnología permite su explotación efectiva. La diferencia entre estas dos últimas reside en que la última tiene en cuenta el grado de desarrollo tecnológico alcanzado por el hombre en general en un momento dado, independientemente de la capacidad del Estado supra - yacente a aplicar.

Una cuarta teoría toma en consideración la estructura geológica del subsuelo, teniendo en cuenta que a cierta profundidad se termina la corteza terrestre y comienza la litósfera. El espacio estatal abarcaría hasta esa zona, conocida como la *discontinuidad de Mohorovicic*²⁹, utilizada por ciertos juristas, quienes consideran que la jurisdicción estatal debería extenderse hasta esa discontinuidad. Sostienen que más allá de esa profundidad habría capas sobre las cuales el Estado supra yacente ejercería cierta jurisdicción hasta una zona que constituiría el patrimonio común de la humanidad.

Según la práctica general y constante de los estados, las capas sobre los que se encuentren los acuíferos actualmente explotados están bajo la

²⁹ La *discontinuidad de Mohorovicic* fue identificada en 1909 por el sismólogo croata Andrija Mohorovicic. Explica el límite entre la corteza y el manto terrestre, que varía entre aproximadamente 5 km debajo de las dorsales meso-oceánicas y 75 km., o por debajo de los continentes en base a la velocidad de ondas compresionales (ondas P) abruptamente más alta que lo caracterizaba. Presenta unos límites irregulares, unas veces se encuentra a 65 Km de profundidad bajo grandes cordilleras y otras veces se encuentra a 5 Km. en el fondo de los océanos.

jurisdicción del Estado. Es posible afirmar entonces que, según el Derecho Internacional vigente, las aguas subterráneas se encuentran en la zona del subsuelo que forma parte del territorio del Estado. Este punto adquiere día a día mayor relevancia al aplicarlo a los acuíferos que constituyen una reserva mundial de agua dulce.

Sostiene posteriormente que, con el fin de evitar la situación que se presenta cuando una población es separada por una frontera de su fuente de aprovisionamiento de aguas subterráneas, los estados implicados han acordado modificar esta frontera de manera que las fuentes formen parte del mismo país de la población que se sirve de ella. Vincula así a las aguas superficiales con las aguas subterráneas, en tanto integran una cuenca de drenaje internacional, en referencia ya a las Reglas de Helsinki. Éstas la definen como la zona geográfica que se extiende sobre uno o más estados y determinada por los límites de la zona de alimentación del sistema de las aguas superficiales y subterráneas que corren hacia una desembocadura común.

A renglón seguido se plantea la fijación de los límites de los cursos de agua compartidos, oportunidad en que se pregunta si la soberanía del Estado en este sentido tiene alguna limitación. Acaba así por sostener que, para determinar la extensión y los límites de un acuífero, los estados deben realizar investigaciones hidro – geológicas o bien utilizar medios geofísicos. De todos modos agrega que entran en la categoría de aguas que se encuentran dentro del territorio estatal principalmente las aguas freáticas. En este punto también cabe la diferenciación entre las aguas freáticas y los acuíferos, profundamente relacionados aún con las aguas superficiales, aunque la ciencia aún no haya logrado mayores avances sobre el particular.

Luego de una profusa cita de tratados bilaterales, de la doctrina y de la práctica internacionales, vuelve a colocar en manos de los Estados la resolución de la situación jurídica de los cursos de agua internacionales, en particular sobre la fijación de los límites en estos recursos naturales compartidos. A partir así de la forma de concebir a las aguas subterráneas como conformando una unidad con las aguas superficiales afirma que constituyen un recurso natural compartido. Se plantea posteriormente cuáles son los límites de esos acuíferos, para lo cual se remite a la estructura geológica en tanto cada acuífero constituye una unidad, y sostiene que *“en el presente es posible determinar la extensión y los límites de un acuífero haciendo investigaciones hidro –*

geológicas o bien por medios geofísicos”³⁰. En este punto queda demostrado el conocimiento técnico que fue adquiriendo y aplicados luego en las diferentes funciones desempeñadas tanto en tribunales arbitrales como en el rol de juez *ad hoc*.

Como se desprende de lo expresado, su interés por el territorio y su delimitación no está desprovisto de contenidos teóricos y prácticos, y además se orienta hacia el aprovechamiento de ese territorio por parte del Estado. De allí que haya prestado una especial atención a la explotación de los recursos naturales compartidos por dos o más estados.

También se detuvo a analizar el concepto de territorio en el subsuelo, en relación directa con los recursos minerales. Más arriba citamos ya las doctrinas que identifica, a partir de las cuales comienza por reconocer que un Estado es soberano sobre los recursos naturales que se encuentran totalmente en su territorio. Sin embargo en ocasiones *el manto de un mineral sólido se prologa más allá de la frontera de un Estado*³¹, ante la que sostiene que esa situación no autoriza a atravesar el límite con otro Estado para continuar con la explotación, lo que hace necesaria la celebración de un acuerdo específico entre ambos.

Lenta y sostenidamente va devanando la madeja para alcanzar algunas precisiones, en virtud de las cuales sostiene que, salvo acuerdo en contrario, rige la soberanía estatal que puede, inclusive, establecer restricciones a la investigación y a la exploración de minerales ubicados en zonas fronterizas y en lugares donde se pueda perjudicar la navegación. Recuerda también que en ocasiones los estados celebran acuerdos por los que una de las partes *adquiere el derecho a continuar la explotación minera debajo de la superficie del Estado vecino y la jurisdicción correspondiente en ese espacio*³². Sostiene que se produce así una modificación del límite vertical entre ambos estados, de manera que

³⁰ J. A. BARBERIS, *Les eaux souterraines internationales*, pág. 144. Disponible en: http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/018-019-Estudios_03.pdf.

³¹ J. A. BARBERIS, *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, pág. 46.

³² J. A. BARBERIS, *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, pág. 47.

se harán las inflexiones necesarias en una determinada zona del subsuelo en la que un Estado ejerce su jurisdicción a pesar de no ejercerla en la superficie supra - yacente.

De la misma manera nuestro autor reflexiona sobre la fijación de un límite en los cursos de agua internacionales, en los que los ribereños establecen cuál será la extensión de la soberanía de cada uno y en ocasiones han fijado pautas diferentes para la explotación del suelo y subsuelo de un río, como en el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, celebrado entre Argentina y Uruguay (1973).

Una situación similar se plantea con los espacios marítimos en virtud de lo establecido en la Convención de Ginebra sobre la plataforma continental. “*En efecto, la plataforma continental forma parte del territorio del Estado, mientras que las aguas suprayacentes pertenecen a la alta mar*”³³. De esta manera la existencia de estos desdoblamientos de los derechos de los Estados afecta a la explotación de los recursos naturales compartidos, sean éstos líquidos o gaseosos, aunque advierte que también afecta a las aguas termales. En estos casos se inclina por la aplicación de la doctrina de la cooperación. Allí se detiene en la necesidad del acuerdo previo para la explotación, en base a principios que fueron generándose en tratados, como la explotación racional, o avanzando más allá al analizar las reglas aplicables en ausencia de un tratado, como el derecho de cada Estado a un volumen de mineral compartido proporcional al existente en su territorio, la obligación de un Estado de no causar perjuicio sensible a otro, la obligación del intercambio de información o de consulta.

Como puede observarse entonces, el concepto de territorio formulado originariamente tratando de dar precisiones, carece de rigidez para el Dr. Barberis, y va caracterizándolo de acuerdo a las diferentes circunstancias que rodean a cada caso concreto, extendiéndolo en ocasiones a situaciones determinadas, que escapaban a la doctrina tradicional.

En ese concepto de territorio en principio la soberanía Estatal es absoluta, eliminando cualquier otra pretensión de otro Estado sobre la base del concepto de independencia. Afirma entonces que las restric-

³³ J. A. BARBERIS, *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, pág. 48

ciones a la soberanía absoluta son impuestas por el derecho internacional general, particularmente respecto a las cuencas hídricas internacionales, la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y el paso inocente por el mar territorial.

Un capítulo no menos importante para el Dr. Barberis es el que se refiere a la supremacía territorial, a la que define como “*los derechos o competencias territoriales que un Estado posee respecto del territorio de un Estado extranjero*”³⁴. Ya habíamos señalado más arriba la distinción entre soberanía y supremacía territorial, formulada por Verdross, bifurcación que puede producirse legalmente a través de la celebración de un acuerdo entre el soberano territorial y un tercer Estado, o ilegalmente por la ocupación por la fuerza del territorio de otro Estado.

En el primer caso nos habla de la administración del territorio para diferenciarlo de la servidumbre internacional. Define a la “*administración en el Derecho Internacional Público el ejercicio, por parte de un Estado, de las funciones estatales en su conjunto, esto es, la actividad legislativa, ejecutiva y judicial respecto de un territorio extranjero y por cierto tiempo*”³⁵ y la diferencia de otras situaciones, como las antiguas capitulaciones, “*la locación o administración de ciertos espacios que un Estado otorga a otro sin la atribución de ninguna competencia estatal*”³⁶. Enriquece estas categorías con profusa nómina de antecedentes.

La segunda situación es la servidumbre internacional que se produce “*cuando un “Estado adquiere el ejercicio de una competencia territorial determinada respecto de un territorio extranjero*”³⁷, con el objeto de atravesar su territorio, la utilización de un lago o de las aguas de un curso de agua. La creación de estas servidumbres pueden producirse por un tratado, a través de una costumbre³⁸, un acto unilateral o en otro título

³⁴ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 197.

³⁵ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 200.

³⁶ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 201.

³⁷ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 203.

³⁸ Remite al caso de Derecho de Paso por Territorio de la India (C:IJ: Recueil 1960, par. 6 y ss.)

jurídicamente válido. También puede ser constituida por un plazo determinado o a perpetuidad. Ejemplifica profusamente sobre el particular.

Reserva también un apartado especial al derecho de vecindad que “*está constituido por las normas específicas creadas para regular las actividades internacionales en el ámbito fronterizo*”³⁹. Destaca aquí la importancia de la actitud de los estados limítrofes respecto de las relaciones entre ambos en la zona de frontera, que para unos es fluida y con numerosos puntos de contacto y para otros se constituye en un auténtica barrera, como ocurriera con la “cortina de hierro” entre la Europa Oriental y la Europa Occidental durante gran parte del siglo pasado, o actualmente la división entre Corea del Norte y Corea del Sur.

El apuntado derecho de vecindad, según el Dr. Barberis, presenta múltiples aspectos, como el tránsito fronterizo, el ejercicio de la medicina, la explotación de los bosques, la lucha contra las enfermedades, la prevención de incendios, el comercio local, el régimen de los servicios públicos, la cooperación policial, los controles aduaneros, las propiedades cortadas por el límite, entre otras. Este derecho de vecindad está conformado por las reglas específicas aplicables solamente a esa zona fronteriza y en ocasiones esa vecindad se transforma en servidumbre internacional.

V. Reflexiones finales

Decíamos en el encabezamiento de este trabajo que observamos que para el ilustre internacionalista argentino el territorio atraviesa la mayor parte de su obra, posiblemente porque él se ocupa del Estado y no puede formularse un concepto de territorio sino en vinculación directa e inmediata con un Estado.

Es en este sentido que de la extensa obra del Dr. Barberis es posible extraer algunas consideraciones generales, difícilmente sintetizables y que muestran su permanente preocupación por los distintos alcances del concepto de territorio.

³⁹ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, pág. 211.

Surge si con precisión que para él el territorio no está constituido solamente por una superficie sino que se trata de un espacio tridimensional y es el ámbito de validez de la norma jurídica que le otorga competencia al Estado.

Sin embargo este punto en particular deja abierto un interrogante respecto de cuál es esa norma jurídica que otorga competencia al Estado y quién la dicta. Afirma su existencia en diferentes oportunidades, colocándola siempre en el ámbito del Derecho Internacional, sin embargo creemos que no alcanza a precisarla, quizás para dejarnos un motivo que nos obligue a continuar con su razonamiento y en su búsqueda.

A modo de conclusión podríamos decir que del razonamiento científico en la búsqueda de la identificación del concepto de territorio, avanza hacia aspectos más difusos del territorio estatal y deja abiertos algunos interrogantes.

Finalmente es posible afirmar que como el maestro que fue nuestro ilustre internacionalista, nos dejó su obra, pero también sus desafíos.

Bibliografía

BARBERIS, J. A., *Le régime juridique international des eaux souterraines*. En: *Annuaire français de droit international*, volume 33, 1987.

- *La utilización de las aguas subterráneas y el Derecho Internacional*. Disponible en: http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21297/1/ADI_VIII_1985_02.pdf

- *Los recursos minerales compartidos entre Estados y el derecho internacional*. Tecnos. 1979. Disponible en: http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/018-019-Revista_Completa.pdf

- *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*, Tecnos. Cop., 1979.

- *L'exploitation hydro-électrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979*. En: *Annuaire français de droit international*, 1986. Disponible en: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1986_num_32_1_2746

- *La regla del uti possidetis en las controversias limítrofes entre Estados hispanoamericanos*. En: *Liber amicorum* — Colec-

ción de estudios jurídicos en homenaje al Prof Dr. D. José Pérez Montero, Oviedo, 1988.

- *Un precedente poco conocido sobre la aplicación del uti possidetis a un río limítrofe que cambia de curso*”, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol. X, 1994.

- *Les liens juridiques entre l'Etat et son territoire: perspectives théoriques et évolution du droit international*. En: *Annuaire français de droit international*; vol. 45, 1999.

- *Los límites del territorio del estado*. En: *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro / Zlata Drnas de Clément (coord.)*; vol. 1, Lerner, Cba., 2002.

- *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.

VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1977.

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL EN LA OBRA DE JULIO A. BARBERIS A LA LUZ DE LAS TEORÍAS *JUS* FILOSÓFICAS Y LOS NUEVOS ENFOQUES DOCTRINARIOS

*María Cristina Rodríguez de Tabora**

*Magdalena García Elorrio***

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar cuáles son los presupuestos esenciales de la teoría de Barberis en torno a la costumbre internacional, con especial referencia a las corrientes *jus* filosóficas que han incidido en el autor y han contribuido ineludiblemente a la configuración de su teoría. Asimismo, examinar estos presupuestos a la luz de las nuevas teorías en la materia.

Abstract: The objective of this article is to analyze which are the essential considerations of Barberis theory on international custom, with special references to jusphilosophical theories that had influenced this author and had contributed to his theory. Moreover, it examines these considerations in the light of news theories in this matter.

Palabras-clave: Costumbre internacional - Barberis.

Keywords: International custom – Barberis.

Sumario: I. Introducción. 1. Los presupuestos esenciales de la teoría de Barberis sobre la costumbre como fuente. 2. Segundo presupuesto: las normas consuetudinarias son un Derecho Espontaneo. 3. Presupuesto tercero: la práctica y la *opinion juris* son la técnica para identificar la norma consuetudinaria. II. La teoría de Barberis a la luz de las corrientes doctrinales actuales. III. Reflexiones Finales.

*Profesora de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**Magister en Relaciones Internacionales y Derecho Internacional, Instituto Universitario y de Investigación Ortega y Gasset, Madrid. Doctorando en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

La costumbre internacional es, sin duda, uno de los temas más discutidos en Derecho Internacional Público (DIP). Si bien la existencia de normas consuetudinarias es un presupuesto generalmente¹ aceptado por doctrina y jurisprudencia internacional, hay muchas cuestiones en torno a ellas que han despertado arduos debates. El proceso de formación de la norma consuetudinaria, si la costumbre es o no fuente del DIP, si los elementos objetivo (práctica) y subjetivo (*opinio juris*) son realmente componentes de la costumbre, si proceden los dos o uno, son algunas de las cuestiones más debatidas y continúan siendo objeto de análisis por la doctrina actual. Prueba de ello es que la costumbre internacional fue uno de los ejes centrales del Curso de La Haya dictado por el Prof. James Crawford en 2014 y, actualmente, uno de los tópicos de estudio en el ámbito de la Comisión de Derecho Internacional.

Pese a que la jurisprudencia suele ser una herramienta útil para aclarar o delimitar el alcance y contenido de conceptos debatidos mediante la interpretación judicial, en este caso los pronunciamientos vinculados a la costumbre no han contribuido a zanjar las controversias existentes, sino que las han agudizado². Es coincidente la opinión de varios autores que

¹Empleamos el término “generalmente” porque hay posturas que niegan el DI y por tanto, las normas consuetudinarias.

² Por ejemplo, para Barberis el caso Lotus ilustra sobre la aplicación por un tribunal internacional de una norma consuetudinaria creada por los tribunales nacionales. En este asunto Francia sostuvo que Turquía, al haber instruido un proceso penal contra el capitán del Lotus, había violado el derecho de gentes, el que no permitía a un Estado reprimir los delitos cometidos por un extranjero en territorio extranjero sólo en razón de la nacionalidad de la víctima. El Tribunal desechó este argumento porque los tribunales turcos no fundaban su competencia sólo en la nacionalidad de la víctima sino también en las consecuencias del acto cometido por el capitán del Lotus que se había producido en el territorio turco. Para llegar a esta conclusión el Tribunal recurrió a una regla consuetudinaria creada por los Tribunales estatales según la cual el delito, cuyo autor se encontraba en el extranjero en el momento de su comisión, debe ser considerado como cometido en el territorio nacional, si el resultado del hecho ha tenido lugar en él. La falta de criterio uniforme en la percepción jurisprudencial de la costumbre también se advierte observando su tratamiento de forma comparativa en múltiples casos. Así la costumbre ha sido designada de la siguiente forma como: * “accepted as law” (*Right of passage case*), * “general opinión (*Wimbledon case*), * “generally recognized rules” (*Nottebohm case*), *

han analizado la jurisprudencia, en relación a este tema. Al respecto, señalan que no es lineal y uniforme y que puede ser funcional para justificar posiciones *jus* filosóficas distintas³⁻⁴.

Barberis ha sido uno de los principales doctrinarios que se ha dedicado al estudio de la costumbre y construido su propia teoría sobre este tópico. En este marco, el objetivo central de este trabajo es examinar cuáles son los presupuestos esenciales de su teoría en torno a la costumbre internacional, con especial referencia a las corrientes *jus* filosóficas que han incidido en su pensamiento y contribuido ineludiblemente a la configuración de dicha teoría. Elegimos este enfoque porque creemos que la concepción del derecho es clave para entender su visión acerca de una determinada categoría jurídica. En este sentido, más que reflexionar acerca de qué concibió Barberis, nos interesa destacar por qué lo pensó así y bajo qué fundamentos *jus* filosóficos adoptó una u otra posición sobre la costumbre. También haremos mención a nuevos enfoques doctrinarios respecto de los presupuestos esenciales de esta fuente del derecho internacional.

Para llevar adelante este trabajo hemos elegido el libro *Formación del Derecho Internacional* y, además, el artículo que publicara en el *Annuaire Français de Droit International* titulado *Reflexions sur la coutume internationale*. Por razones estrictamente metodológicas, nos vamos a referir a los aportes del autor sobre la costumbre como fuente y

“two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of Law requiring it” (*North Sea Continental Shelf case*) La exigencia de *opinions juris* y práctica también estuvo presente en otros casos posteriores (*Continental Shelf case*, *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*, *Legality of the threat or use of Nuclear Weapons Case*).

³ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: the structure of legal argument*, Cambridge, 2006, pág. 461.

⁴ Barberis también ha señalado en sus trabajos que la comprobación de la costumbre en la jurisprudencia no ha seguido criterios uniformes en tanto que, en algunos casos, ha bastado la mera comprobación de una norma para concluir que hay costumbre mientras que en otros casos se ha considerado necesario emplear una regla técnica (J. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, págs.79-106).

su creación, sin desconocer que hay otros temas relevantes, como lo es la interacción con otras fuentes del DI.

1. Los presupuestos esenciales de la teoría de Barberis sobre la costumbre como fuente

La teoría de Barberis sobre la costumbre como fuente puede sistematizarse en tres presupuestos esenciales. Los primeros dos presupuestos aluden a la *categorización de la costumbre como fuente* o no de DI. El primer presupuesto es que la costumbre no es fuente de DI porque su facultad de crear derecho no deriva de ninguna norma anterior⁵. El segundo presupuesto es que las normas consuetudinarias son un derecho espontáneo. Finalmente, el tercer presupuesto se refiere al *rol de la práctica y la opinio juris*. Al respecto, sostiene que éstas no son ni componentes de la costumbre ni un procedimiento jurídicamente establecido para crear normas consuetudinarias, sino que son la técnica para identificar la norma consuetudinaria.

Este primer presupuesto de la teoría de la costumbre internacional de Barberis evidencia la influencia de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. Esta teoría se enmarca en el normativismo o teoría de la norma fundamental como corriente dentro del positivismo⁶ jurídico. Entre los caracteres más destacados del positivismo se observa: el rechazo el derecho natural⁷, la sustracción de la ética y enfoques axiológicos del derecho (todo lo valorativo queda fuera del derecho/justamente porque se busca la depuración del derecho), el objeto del derecho es la norma y la

⁵ *Ibid.*, págs. 72-74.

⁶ Presupuestos esenciales del positivismo: rechaza la metafísica; rechaza los juicios de valor; empirismo: lo único cierto se alcanza a través de la experiencia; fenomenalismo: experiencia obtenida mediante la observación de los fenómenos.

⁷ Derecho Natural (Victoria, Suarez, Grotius, Gentili): relación del derecho, moral y ética, punto de partida es la naturaleza humana, derecho natural tiene como fuente la razón y el derecho positivo, el acuerdo de voluntades (Grotius). Derecho positivo subordinado al derecho natural, principios derivados de la razón humana, el fundamento del Derecho Natural está en orden natural, razón común, principios generales.

norma es el juicio lógico (proposiciones normativas), no el contenido sustantivo de la misma, se admite el método inductivo (extraer la regla de la práctica) pero también el método deductivo (norma hipotética).

En su obra Barberis acepta parcialmente la tesis kelseniana sobre la validez del derecho. Por un lado, admite el concepto de *fuentes* de Kelsen⁸ pero simultáneamente rechaza la idea de norma hipotética⁹. Según la visión positivista-normativista hay ciertas normas que otorgan a determinados hechos la capacidad de crear derecho (*i. a.*: la Constitución de un Estado le otorga la capacidad de crear derecho a la legislación). En este sentido, toda norma es producto de una fuente del derecho y esa fuente de derecho tiene capacidad de engendrar o crear derecho porque existe una norma superior que le da esa capacidad. Ese lineamiento es aceptado y tomado por Barberis en su obra. Sin embargo, el autor argentino rechaza la idea de una *norma hipotética* como norma fundamental que diese a la costumbre carácter de fuente del DI¹⁰. Para Kelsen la norma fundamental es el elemento más importante de su teoría porque dicha norma es la que da validez¹¹ al derecho como sistema de normas válidas estructuradas jerárquicamente¹². Al no aceptar la *norma hipotética* de Kelsen no reconoce que haya norma anterior y superior que dé a la costumbre (entendida como procedimiento consuetudinario) capacidad de crear derecho. Sobre esa base concluye que la costumbre no es fuente de derecho internacional.

⁸ J. A. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, opág. cit., nota 4, pág. 73.

⁹ *Ibid.*, págs. 75-76.

¹⁰ J. A. BARBERIS, opág. cit. nota 4, págs. 75-76.

¹¹ “Validez” para Kelsen es designar la existencia específica de una norma.

¹² Ha explicado Kelsen que : “*Une théorie positiviste, c’est-à-dire une théorie qui ne recourt pas à une autorité transcendante, n’a pas de réponse à cette question. Elle se borne à constater qu’en affirmant qu’un Etat est juridiquement obligé de se comporter de la manière dont les autres Etats se comportent habituellement, on suppose que la coutume internationale est un fait créateur de droit. Une telle affirmation est une hypothèse pour l’interprétation des relations internationales. Elle n’a pas le caractère d’une norme de droit positif; car elle n’a pas été créée par un acte de volonté. Elle est une norme supposée ou hypothétique*” (H. KELSEN, “Théorie do Droit Internationale Public”, *Recueil des Cours, Academy do Droit International Public*, The Hague, 1953, pág. 129).

Barberis acepta la distinción de Kelsen entre procedimiento de formación de normas y norma creada¹³ en general, pero sostiene que ello no ocurre con las normas consuetudinarias. Así lo expresa Barberis al exponer que:

“Si se parte de la idea de que ‘fuente del derecho’ es aquel hecho que ha recibido la facultad o el poder de engendrar derecho de una norma jurídica anterior, se llega necesariamente a un punto de origen y nos encontraremos, ya sea con una norma que no ha sido creada mediante un procedimiento de creación de derecho, que no ha recibido la facultad de engendrarlo de una norma anterior. En el orden internacional las normas que aparecen como no creadas mediante un procedimiento jurídicamente regulado son las normas de costumbre”¹⁴.

En el tópico que estamos reflexionando la norma creada es la norma consuetudinaria, pero no hay para Barberis un procedimiento consuetudinario (costumbre como fuente). Es decir, en el plano internacional no existe un procedimiento regulado que establezca *quién* tiene la facultad de crear normas consuetudinarias, *cómo* debe proceder para crear nuevas normas, y *qué* contenido han de tener. Por ejemplo la Constitución designa quién crea las normas (poder legislativo) cómo serán creadas (procedimiento legislativo de adopción de leyes) y qué materias se puede legislar¹⁵. Para Kelsen la norma superior que le da validez fija el procedimiento; y también sostiene que fuente es la norma superior que da validez a la anterior y que regula su creación, establece el procedimiento de creación y el contenido de la norma que va ser creada¹⁶.

2. Segundo presupuesto: las normas consuetudinarias son un Derecho Espontaneo.

Si bien Barberis afirma que la costumbre no es fuente de DI por la falta de procedimiento de creación de normas, también sostiene que ello

¹³ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, nota 4, pág. 75.

¹⁴ *Idem*, pág. 76.

¹⁵ *Idem*, pág. 21.

¹⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, 20th Century Legal Philosophy Series, Cambridge, 1949, pág. 131.

no obsta a que las normas consuetudinarias existan. Para poder justificar la existencia de estas normas sin mediar una *fuerza* concreta recurre al trabajo de Roberto Ago sobre *Science Juridique et Droit International*. Este jurista considera que el derecho positivo es todo aquel que ha sido elaborado como producto de un proceso de creación por una fuente jurídica previsto en una norma anterior. Si no hay procedimiento anterior no hay derecho positivo. No obstante, expresa que ese derecho positivo coexiste con un “*derecho espontáneo*” que alcanza a las normas consuetudinarias que no provienen de ninguna fuente. La tesis de Ago, que comparte Barberis, afirma que las normas consuetudinarias son un derecho no creado por un procedimiento jurídico, pero cuya existencia es comprobable¹⁷. Efectivamente, Ago expresa: “*la distinction qu'on est en train d'illustrer perdrait tout son sens si, juste au moment où l'essentiel est de montrer que les règles 'spontanées' sont des règles qui ont surgi naturellement sans que personne les ait jamais produites ou formulées, on en venait à transformer*”¹⁸⁻¹⁹.

En este tema la postura de Ago se enmarca en un positivismo moderado, pues la noción de derecho positivo se completa con la de un derecho espontáneo. Cabe aclarar que su positivismo no es voluntarista. Por otro lado, la teoría según la cual la fuerza obligatoria del DI se funda en la voluntad de los Estados no es compartida por Ago. Por el contrario, reconoce que hay un interés común que puede tornar obligatorio el DI más allá de la voluntad de los estados. Ese interés común remite a la idea de bien común de la humanidad propio de la teología moral española de Suárez.

3. *Presupuesto tercero: la práctica y la opinion juris son la técnica para identificar la norma consuetudinaria*

Conforme la visión de Barberis, la práctica y la *opinion juris* no son componentes de la costumbre ni un procedimiento jurídicamente

¹⁷ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, nota 4, pág. 78.

¹⁸ R. AGO, “Science Juridique et Droit Internationale”, *Recueil des Cours*, 1956, pág. 932.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 930.

establecido de creación de las normas consuetudinarias, sino que son dos factores²⁰ que integran una regla técnica destinada a identificar la existencia de normas consuetudinarias. Esta regla está al servicio de los tribunales, los estados y los organismos internacionales. En relación al alcance de ambos factores, Barberis sostiene que para que la práctica entendida como “*reiteración de determinados hechos o actos*”²¹ pueda crear normas consuetudinarias deben cumplirse ciertos requisitos respecto a las *características de los hechos* que la componen, el *espacio* donde operan, el *tiempo* en el que se ejecutan los hechos y los *autores de la práctica*.

En relación a las *características de los hechos* que la componen, Barberis entiende que los hechos: *deben* ser semejantes (no necesariamente idénticos), *pueden* ser actos normativos (*i. a.*: tratado) o meramente fácticos (*i. a.*: bloqueo) siempre que los primeros hayan sido eficaces y *pueden* ser positivos o negativos. Con respecto a la cuestión *espacial*, debe cumplirse por la “*generalidad de los miembros de la comunidad internacional*”²². Ello no implica unanimidad sino que alude a una noción de representatividad de Estados de distinto sistema normativo. En relación al *tiempo*, Barberis adscribe a la postura jurisprudencial que exige una práctica constante e ininterrumpida y agrega que no basta un solo hecho en contrario para no considerarla²³. El último de los requisitos respecto de los hechos se vincula con los *autores de la práctica*.

En relación a la *opinio juris* la cuestión es más compleja. La posición de los autores respecto a este elemento se encuentra directamente ligada con las distintas concepciones del derecho existentes. En este punto, Barberis se aleja de las posturas de Kelsen y Ago para acercarse a las ideas analíticas de Hart. El alejamiento de la postura normativista se justifica en que Barberis admite, a diferencia de Kelsen la existencia de la *opinio juris*. El argumento de Kelsen para rechazar la *opinio juris* es que dicho factor no se puede probar y que basta la norma hipotética que impone a los estados actuar conforme están acostumbra-

²⁰ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, nota 4, pág. 82.

²¹ *Ibíd.*, pág. 84.

²² *Ibíd.*, pág. 87.

²³ *Ibíd.*, pág. 90.

dos a hacerlo. Tal y como lo señala Barberis, el rechazo de Kelsen es relativo, porque después termina admitiendo su existencia al sostener que basta que los Estados se den cuenta de que cierta norma deriva del derecho²⁴. Para Ago la *opinio juris* puede ser inducida de manifestaciones exteriores suficientes (práctica) que pongan en evidencia la “*conciencia de los miembros del cuerpo social*”²⁵ (*opinio juris*). Entendemos que la postura de Ago prioriza la *opinio juris* sobre la práctica ya que el elemento central es la existencia de la conciencia mencionada, inducida de ciertas manifestaciones.

En este marco, Barberis construye su posición sobre la base de algunas ideas de la filosofía analítica²⁶ de Hart. La primera idea que toma Barberis de este autor es la noción de *identificación* de las normas consuetudinarias. Decíamos que Barberis entiende a la práctica y *opinio juris* como dos factores que permiten la *identificación* de normas consuetudinarias. Este término es propio de la teoría hartiana sobre las normas secundarias. Conforme a esta visión hay reglas primarias que establecen determinadas conductas humanas como prohibidas u obligatorias y reglas secundarias entre las que figuran las reglas de reconocimiento que brindan criterios para “identificar” reglas primarias²⁷. La segunda idea que toma de Hart es la distinción entre costumbre y *hábito*. En el primer caso, los integrantes del grupo advierten la presencia de una regla

²⁴ *Ibid.*, nota 4, pág. 93.

²⁵ “*En ce qui concerne, au contraire, une règle s’étant produite par germination spontanée, il est bien évident que la seule voie pour atteindre la preuve de son existence est la première des deux que nous avons indiquées. Il n’y a pas d’autre possibilité que celle de vérifier si cette règle se manifeste comme vivante et agissante dans la vie sociale dans le sens que l’on a décrit, qu’elle y produit ces effets que la science du droit reconnaît et caractérise comme effets juridiques. Et on ne peut qu’y parvenir par voie d’induction, sur la base d’une série de manifestations extérieures suffisamment significatives, permettant de conclure qu’elle est présente dans la conscience des membres du corps social*” (R. AGO, *opág. cit.*, nota 18, págs. 931-932).

²⁶ El objetivo de la filosofía analítica es analizar proposiciones y enunciados científicos a partir del método analítico del lenguaje, que consiste en analizar si los distintos enunciados cumplen con las reglas de la lógica o investigar el significado/sentido/alcance lógico del lenguaje pero con prescindencia de su contenido sustancial.

²⁷ L. A. HART, *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, 2009, págs. 125-135.

social y su violación conlleva la reacción hostil del resto del grupo. En el segundo caso, hay repetición por imitación²⁸.

II. La teoría de Barberis a la luz de las corrientes doctrinales actuales

Numerosos trabajos relativos a las fuentes del derecho internacional han citado a Julio Barberis, principalmente tres de sus artículos: *La opinio iuris comme élément constitutif de la coutume internationale d'après la Cour de La Haye*, *Rivista di diritto internazionale*, 1967; *L'élément matériel de la coutume internationale d'après la Cour de La Haye (1922-1966)*, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht* (1967) y *Reflexions sur la coutume internationale*, *Annuaire Français de Droit International*, vol. XXXVI (1990)²⁹. Actualmente el estudio de la costumbre como fuente del derecho internacional presenta nuevos desarrollos doctrinarios apartándose de la concepción tradicional. Muchos de ellos han sido influenciados por las escuelas anglosajonas que hacen hincapié en las relaciones internacionales³⁰.

En efecto, en relación a la creación de las normas consuetudinarias algunos teóricos de las relaciones internacionales no visualizan más que

²⁸ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, nota 4, págs. 95-96.

²⁹ Entre otros: D. KENNEDY, *Sources of International Law*. AM. U.J. INT'L L. & POL'Y, vol.2:1, 1987. P. DE VISSHER, *Recueil des Cours*, 1973. R. MONACO, *Cours Général sur des Principes de droit international public*, *Recueil des Cours*, 1968. H. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*. A. W. SIJTHOFF, International Publishing Company, 1972. V. DEGAN, *Sources of the International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997. G. TENEKIDES, "Les effets de la contrainte sur les traités à la lumière de la Convention de Vienne du 23 mai 1969", *Annuaire français de droit international*, vol. 20, 1974. S. MOUTTAKI, "La coutume internationale: sujets de droit, consentement et formation de la norme coutumière", *Ottawa Law Review*, 35:2, 1988. F. ORREGO VICUÑA, "Customary International Law in a Global Community: Tailor Made?", *Revista de Estudios Internacionales*, 2005. MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Harper Collins Academic, 1997. C. ZIMMERMANN *et al*, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford University Press, 2012. Oriol CASANOVAS y LA ROSA, *Unity and Pluralism in Public International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

³⁰ A. SLAUGHTER, *International Law and International Relations Theory. Twenty*

ciertos aspectos extrajurídicos sin distinguir claramente entre sujetos creadores y actores que influyen en el proceso de su formación.

Así, por ejemplo, los *neorrealistas* (*New Haven School*) consideran que las normas consuetudinarias son creadas y cumplidas siempre que exista un interés en los Estados sobre un determinado tema. En su formación intervienen Estados y otros actores (ONG, empresas transnacionales e individuos)³¹. Sostienen que este proceso es controlado por las potencias.

Los partidarios de la teoría de la *elección racional* (Goldsmith y Posner³²) son escépticos sobre la posibilidad de que el derecho consuetudinario regule comportamientos universales. Argumentan que no existe un sentido de obligación jurídica, sino coincidencias en las conductas de los Estados respecto de sus intereses, cooperación bilateral o medidas coactivas.

La *corriente liberal* (Slaughter) entiende que los estados no son los únicos actores internacionales y que determinados grupos nacionales pueden forzar su comportamiento³³. Esta posición es bastante cuestionable porque se corre el riesgo de que la práctica devenga impredecible.

La teoría del *proceso transnacional*³⁴ afirma que el proceso de creación de la costumbre incluye a otros actores que interactúan y

Years Later, Cambridge University Press, 2012, pág. 623 y ss. (disponible en: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/articles.html>). M. BYERS, *Custom, Power and the Power of the Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 1999.

³¹ B. SCHLÜTTER, *Developments in Customary International Law: Theory and the Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, pág. 50 (disponible en: https://books.google.com.ar/books?id=cWawCQAAQBAJ&pg=PA82&lpg=PA82&dq=simma+customary+law&source=bl&ots=aSEI_YX6Y2&sig=3elG6DDsvYedZHf-B57W4IV8IhY&hl=es&sa=X&ei=-USIVfKICvZ-GpgIOACw&ved=0CC4Q6AEwAg#v=onepage&q=simma%20customary%20law&f=false).

³² GOLDSMITH/POSNER, *A Theory of Customary International Law*. The Law School the University of Chicago (disponible en: The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=145972).

³³ A. SLAUGHTER, "International Law in a World of Liberal States", EJIL N° 6, 1995, pág. 516.

³⁴ "The Steiner and Vagts casebook inaugurated what I now call the explicit study

fijan patrones de conducta que son internalizados en los ámbitos nacionales, transformándose en obligaciones de comportamiento para los estados³⁵. Sin embargo, no explica cómo se crean estos estándares y cómo son internalizados.

Barberis, quien siempre se ha situado en el estricto marco jurídico, afirma que una norma consuetudinaria puede surgir de la práctica ininterrumpida y constante de los estados, a través de sus órganos internos o externos, de las organizaciones internacionales en el plano internacional (no en el ámbito interno de la propia organización), de los tribunales internacionales, de los privados (p. ej. usos históricos de los cursos de agua internacionales) e, incluso, de los tratados³⁶.

En este mismo contexto, desde 1950, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) enumeró las siguientes fuentes como formas de la evidencia de una costumbre jurídica internacional: tratados, decisiones de tribunales nacionales, legislación y opinión de asesores legales nacionales, correspondencia diplomática, práctica de las organizaciones internacionales³⁷. A partir de 2012 retomó el interés por este tópico y nombró un Relator Especial (Michael Wood). En su primer informe³⁸ éste puso en evidencia cambios producidos en alguna jurisprudencia en relación al nacimiento de la costumbre y citó la opinión de la Sala de Primera Instancia

of transnational legal process: the theory and practice of how public and private actors including nation-states, international organizations, multinational enterprises, nongovernmental organizations, and private individuals, interact in

a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, internalize, and enforce rules of transnational law” (H. KOH, “Why Do Nations Obey International Law?”, Faculty Scholarship Series. Paper 2101, 1997, pág. 2626 (disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101).

³⁵ Cohen pone como ejemplo la presión de la ONG para la prohibición de las minas antipersonal y la influencia del caso *Filartiga* en la práctica de Estados Unidos en materia de tortura y en la situación de los prisioneros en Guantánamo y Abu Ghraib (H. COHEN, *Finding International Law: Rethinking the Doctrine of Sources*, Iowa Law Review, N°93, 2007, págs. 99-105).

³⁶ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 98 y ss.

³⁷ Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General. Doc. A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1 (1957).

³⁸ CDI. Primer informe sobre formación y documentación del derecho internacional consuetudinario. Doc. A/CN.4/663 de 17 de mayo de 2013.

del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el asunto *El Fiscal c. Kupreskic*³⁹. Para este tribunal, aun cuando la práctica de los estados sea escasa o contradictoria, los principios de derecho internacional humanitario pueden surgir de un proceso consuetudinario bajo la presión de las exigencias de la humanidad o de los dictados de la conciencia pública. Aquí claramente se aleja del procedimiento formal de reconocimiento de una fuente de derecho internacional, para valerse del derecho natural.

No obstante estas excepciones, en su último informe (2015) Wood también destaca la preeminencia de la postura tradicional cuando señala que varias delegaciones reconocieron que al identificar una norma del derecho internacional consuetudinario lo que se debía primordialmente tomar en cuenta era la práctica de los Estados, mientras que otras recalcaron la importancia de la práctica de las organizaciones internacionales en la formación e identificación de las normas consuetudinarias, especialmente en casos en que los Estados Miembros les habían traspasado competencias⁴⁰.

Por su parte, los estudios de la Asociación de Derecho Internacional, que culminan con la *Declaración de Principios de Londres aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario (general)* del año 2000, destacan que la conducta de las ONG, individuos, corporaciones y otros actores internacionales, contribuye al proceso de formación de una costumbre, por lo que si los estados adoptan la conducta de éstos como propia cuenta como práctica⁴¹⁻⁴².

En cuanto a la posibilidad de creación de una costumbre por parte de tribunales internacionales, Barberis alude a los aspectos procedimentales,

³⁹ *Ibid.*, párrafo 70.

⁴⁰ CDI. Tercer informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario. Doc. A/CN.4/682 de 27 de marzo de 2015, párrafo 7.

⁴¹ ADI. Declaración de Principios de Londres aplicables a la formación del derecho internacional consuetudinario (general) de 2000.

⁴² Mendelson, quien tuvo una influencia decisiva de esta Declaración y había expuesto sobre el tema en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1990, argumenta que la práctica constante y uniforme puede surgir de los estados o de otros sujetos de derecho internacional en sus mutuas relaciones, en circunstancias en que tienen legítimas expectativas de similar comportamiento en el futuro (M. MENDELSON, *The formation of customary international law*, Recueil des Cours, vol. 272, 1999, pág. 188).

por ejemplo, la regla que establece que todo juez es juez de su propia competencia, las reglas que rigen el proceso arbitral y aquellas vinculadas a medidas conservatorias⁴³. Fuera de ello, debemos recordar que la misma CIJ ha afirmado que su rol es determinar la existencia de una costumbre jurídica internacional, no crearla (*Pesquerías*, 1974), aun cuando su opinión contribuya a la formación de ella (*OC-Armas nucleares*, 1996).

Respecto a la práctica de las organizaciones internacionales, este jurista recalca aquella vinculada a su competencia externa⁴⁴. Recientes trabajos doctrinarios también aclaran que hay que diferenciar entre el comportamiento del Estado y el de la organización propiamente dicha, concluyendo que en el proceso de formación de una norma consuetudinaria prevalece la dinámica interestatal, sin desmerecer su importante contribución a la formación del derecho internacional, particularmente de los tratados⁴⁵. Aquí es preciso hacer mención especial al *soft law*, si bien ya en su obra *Formación del Derecho Internacional*, Barberis lo considera primordialmente como un producto ideológico que busca otorgar obligatoriedad a ciertos actos y ciertas resoluciones de la Asamblea General y de

⁴³ J. A. BARBERIS, *Réflexions sur la coutume internationale*, *Annuaire Français de Droit International*, N°36, 1990, págs. 9 y 22.

⁴⁴ J. A. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, pág. 102.

⁴⁵ M. SCHARF, *Accelerated Formation of Customary International Law*, Faculty Publications. Paper N° 1167, 2014 (disponible en: http://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/1167). M. MENDELSON, opág. cit., pág. 200. *Informe de la CDI*, párr. 73 y ss. R. A. WESSEL y S. BLOCKMANS, *The Legal Status and Influence of Decisions of International Organizations and other Bodies in the European Union*, *European Legal Studies/Etudes Européennes Juridiques*, Research Paper in Law, 1/ 2014. M. WOOD, *International Organizations and Customary International Law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 48, 2015, N°3.

⁴⁶ J. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, pág. 288. Orrego Vicuña es conteste con esta posición en los siguientes términos: “*This is a position that not only States occasionally adopt in pursuance of given interests, however transitory they might be, but in which occasionally international and domestic courts and tribunals become themselves involved. To proclaim the existence of a customary rule when there is none, or where practice is only remotely connected to the formation of such rule, is perhaps tempting so as to justify a decision in a given dispute, but in legal terms only greater confusion will ensue. The heavy reliance of the International Court of Justice on United Nations resolutions in Nicaragua is yet again a manifestation of this anomaly and as such it has been the matter of heavy criticism*”. (Cf. F. ORREGO VICUÑA, *Customary*

otras organizaciones internacionales⁴⁶, también señala que las recomendaciones y resoluciones de este órgano de las Naciones Unidas constituyen un factor importante en la formación de normas consuetudinarias⁴⁷.

La práctica de los privados en el uso de un curso de agua internacional -ilustrada por Barberis con el uso de las aguas del río Tachira entre Colombia y Venezuela⁴⁸- fue reconocida por la CIJ en el asunto *Río San Juan* (Costa Rica-Nicaragua, 2009)⁴⁹. Empero, según se desprende de la sentencia, la evidencia de un derecho consuetudinario a favor de Costa Rica parece haber surgido del comportamiento permisivo de Nicaragua respecto de los pescadores de subsistencia costarricenses -circunstancia reconocida por ambos estados- más que de una práctica bilateral⁵⁰. Como la argumentación del tribunal es tan escueta, no resulta tampoco claro si existió *opinio iuris* o simplemente aquiescencia de parte de uno de los estados.

En otro orden de ideas, Barberis trata los criterios para comprobar la existencia de una costumbre jurídica internacional y menciona los siguien-

International Law in a Global Community: Tailor Made?, Revista de Estudios Internacionales, 2005). Asimismo, D'Amato sostiene respecto a la sentencia *Nicaragua*: "The Court thus completely misunderstands customary law. First, a customary rule arises out of state practice; it is not necessarily to be found in UN resolutions and other majoritarian political documents. Second, *opinio juris* has nothing to do with "acceptance" of rules in such documents. Rather, *opinio juris* is a psychological element associated with the formation of a customary rule as a characterization of state practice" (A. D'AMATO, *Trashing Customary International Law*, American Journal of International Law, 81, 1987, págs. 101-105.

⁴⁷ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 149.

⁴⁸ *Ibid.*, pág. 105.

⁴⁹ CIJ. Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), Recueil, 2009, pág. 213.

⁵⁰ "De l'avis de la Cour, le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. La Cour conclut dès lors que le Costa Rica jouit d'un droit coutumier" (párr. 141).

⁵¹ *Il existe dans la communauté internationale des pratiques qui ont acquis un tel degré d'effectivité que leur existence s'impose comme une évidence à n'importe quel observateur moyennement qualifié. En pareils cas, un tribunal se limite généralement à vérifier leur existence en tant que norme coutumière. Ainsi, la jurisprudence s'est fondée*

tes: a) la mera comprobación de su existencia⁵¹ y b) el recurso a una regla técnica cuando no hay tanto grado de evidencia y sea necesario identificar la costumbre según la forma en que han sido creadas a través de dos factores (elemento material/práctica y elemento subjetivo/*opinio iuris*)⁵². Considera que no hay una regla de reconocimiento de la costumbre. En este sentido, d'Aspremont argumenta que, en la teoría dominante, la costumbre es alternativamente concebida como un proceso de cristalización escapando a toda aprehensión formal. Entiende que es, precisamente, la ausencia de un criterio formal de identificación -pese a las tentativas infructuosas de refinamiento de los dos elementos constitutivos de la costumbre- lo que ha llevado a algunos autores a ver en su identificación un arte, o negarle estatuto de fuente de derecho⁵³.

Respecto al segundo criterio, Barberis centra su análisis en cada uno de los elementos necesarios para la existencia de la costumbre. Sostiene que la práctica –acciones o abstenciones- debe ser cumplida en determinado ámbito espacial que comprenda la generalidad de los miembros de

*sur le 'principe de la liberté de la mer' et sur le 'principe général de la responsabilité internationale des Etats'. Dans le même ordre d'idées, la règle de la protection diplomatique a été qualifiée de 'principe élémentaire du droit international' l'obligation d'un Etat d'adapter sa législation interne aux traités conclus par lui a été considérée comme 'un principe allant de soi', et le devoir de respecter les accords conclus, comme un 'principe fondamental'” (Cf. J. A. BARBERIS, *Réflexions sur la coutume internationale*, pág. 18). En cuanto a este criterio, la Asociación de Derecho Internacional afirma que cuando una regla existe no es necesario probar la práctica o el consentimiento de cada sujeto o su creencia en la obligatoriedad de la regla.*

⁵² *L'une de ces règles est celle qui identifie les normes coutumières selon la manière dont elles ont été formées. Elle reconnaît en tant que normes coutumières celles dont la formation résulte d'un processus réunissant deux éléments dénommés généralement l'élément matériel, c'est-à-dire la pratique, et opinio juris sive necessitatis. La présence, pour la formation de la coutume, de ces deux éléments, n'a été établie par aucune norme juridique; il ne s'agit que d'un recours technique dont se servent les juges, les arbitres internationaux et les organes des Etats pour préciser si, dans un cas déterminé, l'on est en présence d'une norme coutumière. Ces juges, ces arbitres et ces organes ont pour habitude d'appliquer cette technique des deux éléments (la pratique et opinio juris) pour vérifier s'il sont en présence d'une norme coutumière, de la même façon que le chimiste se sert d'un réactif pour savoir s'il est en présence de telle ou telle substance” (Ibid., pág. 20).*

⁵³ J. D'ASPROMONT, *An Autonomous Regime of Identification of Customary International Humanitarian Law: Do Not Say About You Do or Do Not Do What You Say?*, pág. 7 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2230345>).

la comunidad internacional, teniendo en cuenta que existen estados que son más representativos respecto de una actividad en particular⁵⁴.

La Asociación de Derecho Internacional considera que hay que precisar el comportamiento de un estado, el que debe ser convincente en la creación de una norma y, de manera coincidente con la postura de Barberis, afirma que para que una costumbre sea general no es necesario que todos la sigan sino que no actúen disintiendo con ella, bastando que se trate de los estados más representativos en lo que respecta a dicha práctica (práctica representativa). De igual manera, Petersen opina que pesa más evaluar la práctica de aquellos que están involucrados con la materia o tienen un interés particular en el tema (p. ej. derecho del mar) en tanto que, otras veces, es necesario otorgar mayor validez a la práctica de las potencias. No obstante, aclara que esta elección resulta complicada porque en ciertos temas, como lo es el espacio ultraterrestre, podría considerarse la práctica de pocos estados aunque el interés sea de muchos más. Por otro lado, sostiene que la cantidad de estados no es garantía de la racionalidad de la decisión sino una manifestación de ella⁵⁵.

Mendelson se interesa por qué práctica cuenta. Por ejemplo, se ocupa de los actos verbales, como lo son los votos en las OI, en el entendimiento de que se trataría de una forma de práctica individual de los estados además de la expresión de su *opinio iuris*. Considera relevantes las opiniones ante tribunales internacionales, la correspondencia diplomática, las observaciones a los proyectos de la CDI, las órdenes a sus fuerzas armadas, las protestas, etc.⁵⁶

Respecto del factor temporal Barberis alude a una práctica de manera ininterrumpida y constante, pero no requiere que sea durante un período de tiempo más o menos prolongado. En el lenguaje de la CIJ se trataría de la cristalización de la costumbre a través del paso del tiempo, aunque algunas veces podría formarse rápidamente⁵⁷. Otro de los requi-

⁵⁴ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 24.

⁵⁵ N. PETERSEN, “The Role of Consent and Uncertainty in the Formation of Customary International Law”, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2011/4, pág. 9.

⁵⁶ M. MENDELSON, *opág. cit.*, pág. 198 y ss.

⁵⁷ “Although the passage of only a short period of time is not necessarily . . . a bar to the formation of a new rule of customary international law . . . an indispensable

sitos mencionados por este jurista es que la práctica no debe ser por imitación sino por convicción (*opinio iuris*) y la transgresión a la regla se traduce en una forma de reacción hostil o crítica, ya que la obligación de la práctica puede ser ajustarse a la misma y reaccionar hostilmente con aquellos que no la han seguido⁵⁸.

Para finalizar es oportuno señalar que algunos estudios reflejan el análisis separado de los elementos de la costumbre u otorgan preponderancia a uno sobre otro, fluctuando entre un voluntarismo tradicional y un constructivismo basado en la justicia o en la equidad. Algunos enfatizan el elemento material o el espiritual y ven en ciertos comportamientos del Estado -como lo son los actos verbales, votación en OI o argumentaciones ante tribunales internacionales- bien una práctica o bien un aceptación de la regla, o a la *opinio iuris* como el efecto de la regla⁵⁹, como es el caso de De Visser cuando afirma que la *opinio iuris* es un fenómeno colectivo y difuso donde la acción se manifiesta a la manera de un eco⁶⁰. En todo caso, y pese a la copiosa bibliografía, el proceso de formación de esta fuente no ha sido suficientemente explicado contemporáneamente por los estudiosos ni por la jurisprudencia, al punto de que se ha llegado a calificar a la doctrina sobre la costumbre internacional como indeterminada por ser circular⁶¹.

requirement would be that within the period in question, short though it might be, State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved". CIJ. Plataforma del Mar del Norte, 1969, pár. 74.

⁵⁸ J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 30.

⁵⁹ R. MONACO, *Cours Général sur des Principes de droit international public*, Recueil des Cours, 1968, pág. 238.

⁶⁰ Por ejemplo, De Visser expresa que la *opinio iuris* es un fenómeno colectivo y difuso donde la acción se manifiesta a la manera de un eco. *Opág. cit.*, pág. 71.

⁶¹ "Customary law doctrine remains indeterminate because it is circular. It assumes behaviour to be evidence of states' intentions (*opinio juris*) and the latter to be evidence of what behaviour is relevant as custom" (M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, EJIL, N°4, 1990, pág. 27).

III. Reflexiones Finales

La obra de Julio Barberis es sin duda una de las más importantes en el mundo jurídico internacional respecto a las fuentes. En esta esfera cobran relevancia sus distintos estudios sobre la costumbre (teorías, naturaleza, formación, relaciones con otras fuentes, etc.) al punto que, luego de varias décadas de su publicación, siguen siendo material de consulta obligada para los juristas.

Los presupuestos teóricos esenciales de su postura sobre la costumbre internacional han sido marcadamente influenciados por distintas corrientes *jus* filosóficas. En este sentido, entender su pensamiento exige conocer y poner de manifiesto qué concepciones sobre el derecho han influido a Barberis. Su *primer presupuesto* es que la costumbre no es fuente de DI. Desde el enfoque positivista-normativista de Kelsen, la fuente es todo hecho que detenta la facultad de crear derecho de alguna norma anterior. En ese esquema de pensamiento, Barberis no puede justificar la idea de costumbre como fuente porque no admite la existencia de la norma hipotética que propone Kelsen. Es decir, Barberis emplea el enfoque de Kelsen para definir lo que es *fuentes* pero rechaza las conclusiones de su mentor.

Su *segundo presupuesto* teórico fundamental en torno a la costumbre es una consecuencia del primero: si no es posible identificar una norma jurídica anterior que le otorgue a la costumbre la facultad de engendrar derecho, entonces las normas consuetudinarias son un derecho espontáneo. Para arribar a esta conclusión, Barberis emplea el esquema teórico positivista moderado de Roberto Ago que admite la existencia de un derecho distinto del positivo. Existe un derecho espontáneo comprobable pero no creado por un procedimiento jurídico específico. El *tercer presupuesto* teórico también se concatena con los anteriores y refiere al valor que le asigna a la práctica de los Estados y a la *opinio juris*. De forma consistente a la postura de Ago, ambos *elementos* constituyen una regla técnica de identificación de la norma consuetudinaria creada espontáneamente. No se trata de componentes de la costumbre, ni un procedimiento jurídicamente establecido de creación de las normas consuetudinarias. En la configuración de este presupuesto ha incidido sin dudas la idea de *identificación* propia de la filosofía analítica de Hart.

EL CONCEPTO DE TRATADO INTERNACIONAL DESARROLLADO POR JULIO A. BARBERIS

*María Alejandra Sticca**

Resumen: En este artículo presentamos el concepto de tratado internacional desarrollado por el Profesor Julio A. Barberis en sus obras.

Palabras clave: fuentes de derecho – tratado internacional – derecho internacional

Abstract: This article presents the concept of international treaty developed by Professor Julio Barberis in his works.

Keywords: sources of law - international treaty - international law

Sumario: I. Introducción. II. El concepto de fuente de derecho. III. Las fuentes del derecho internacional. IV. El tratado como fuente del derecho internacional. V. Conclusión.

I. Introducción

Barberis dedica varios trabajos al tema de las fuentes del derecho internacional en general, entre ellos podemos citar *Fuentes del Derecho Internacional* (Platense, 1973) y *Formación del derecho internacional* (Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994). Especialmente al concepto de tratado internacional y a los límites de los tratados dedica dos trabajos,

* Doctora en Derecho (UNC) – Mg. en Cooperación Internacional al Derecho - Abogada - Lic. en Relaciones Internacionales – Prof. de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco – Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Email: alesticca@gmail.com.

estos son: “El concepto de tratado internacional”, (en *Anuario Español de Derecho Internacional*, N° 6, vol. VI, 1982, pp. 3-28) y «Le concept de “traité international” et ses limites» (en *Annuaire français de droit international*; vol. 30, 1984).

En su estudio sobre el concepto de tratado, Barberis, comienza señalando la necesidad de reexaminar conceptos fundamentales del derecho internacional debido a los cambios operados en la realidad internacional. “*Los cambios en la realidad internacional traen consigo modificaciones en la estructura jurídica del orden internacional... Estas modificaciones influyen en los conceptos fundamentales del derecho internacional. La definición de estos conceptos debe ser revisada constantemente para que ellos sean instrumentos útiles que sirvan para describir la realidad internacional*”.

Los cambios permanentes en la vida internacional y el desarrollo de la teoría del derecho justifican que se reexaminen conceptos clásicos del derecho de gentes, tales como el concepto de tratado.

II. El concepto de fuente de derecho

Barberis comienza su análisis desarrollando las distintas posiciones doctrinarias en torno al fenómeno de la creación del derecho, esto es, las fuentes del derecho.

Se detiene especialmente a considerar la *teoría pura del derecho* y la *teoría de Hart*. En cuanto a la *teoría pura del derecho* sostiene que en todo orden jurídico hay ciertas normas que otorgan a determinados hechos la calidad de crear derecho, o sea los erigen en actos generadores de normas, en fuentes del derecho. Cuando una norma erige a cierto hecho en acto creador de derecho o en fuente de derecho significa que esa norma regula la creación de nuevas normas jurídicas. La norma que regula la creación de otras normas determina el órgano autorizado para crearlas, el procedimiento a seguir y el contenido que han de tener las nuevas normas (quién, cómo y qué). Los hechos que reciben, de una norma, la facultad de engendrar derecho son muy variados.

La norma jurídica que regula la creación de otra norma es considerada como norma de un estamento superior respecto de la creada. Una norma siempre encuentra su fundamento de validez en otra de orden

superior. El conjunto de normas que poseen un mismo fundamento de validez configura un orden jurídico constituido por normas estructuradas jerárquicamente. Toda norma ha sido creada por una fuente que recibe el carácter de tal de una norma superior. La primera norma de un orden jurídico positivo halla su fundamento de validez en la norma fundamental que es una norma presupuesta, una hipótesis cuya función es servir de fundamento de validez a la primera norma positiva.

Además esta escuela enseña que todas las norma jurídicas tienen una estructura análoga que consiste en postular una conducta humana determinada como antecedente de un juicio hipotético, cuyo consecuente es un acto coactivo, una sanción.

En cuanto a la *teoría de Hart*, rescata que el derecho está constituido por una unión de dos tipos distintos de normas que Hart denomina reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias son aquellas que establecen determinadas conductas humanas como prohibidas u obligatorias. Estas reglas son complementadas por las reglas secundarias que comprenden tres especies distintas: a) reglas de reconocimiento¹, b) reglas de cambio² y c) reglas de adjudicación³.

Las reglas de reconocimiento son de carácter conceptual, suministran definiciones jurídicas. No ordenan ni prescriben nada. Barberis concluye afirmando que las reglas de reconocimiento son reglas conceptuales que suministran los criterios de identificación de las normas válidas.

Barberis señala algunas conclusiones preliminares sobre el tema, a saber:

- a) En los órdenes jurídicos existen reglas de carácter conceptual que suministran la o las características de las reglas de derecho

¹ Indican la/s característica/s cuya posesión por las reglas primarias permite que se las reconozca como tales. Su función es permitir identificar de manera indubitable las reglas primarias. Estas características generales que sirven de criterios de identificación de las reglas son las llamadas generalmente fuentes del derecho. Por ejemplo: el haber sido aprobada por el parlamento, haber sido respetada habitualmente durante largo tiempo.

² Son las que facultan a los individuos o a ciertos órganos para introducir nuevas reglas primarias o dejar sin efecto otras ya establecidas.

³ Facultan a ciertos órganos a determinar, de modo revestido de autoridad, si una regla primaria ha sido transgredida en un caso concreto. También establecen el procedimiento a seguir para comprobar las transgresiones y dictar las sentencias correspondientes.

válidas, y permiten identificarlas como tales. Estas reglas dan una definición jurídica y no son prescriptivas.

- b) La regla de reconocimiento puede ser completa y brindar criterios para identificar todas las normas válidas o bien puede ser incompleta y servir sólo para identificar una parte del conjunto de normas válidas.

III. Las fuentes del Derecho Internacional

Para la *teoría pura del derecho* toda norma jurídica internacional es creada en virtud de una fuente del derecho y toda fuente jurídica recibe el carácter de tal de una norma internacional anterior. Hay que distinguir entre el procedimiento de creación de la norma y la norma creada.

Según esta concepción la norma fundamental tiene por función instituir a la costumbre en fuente de derecho internacional. Una norma consuetudinaria *pacta sunt servanda* erige a los tratados en fuente de derecho internacional.

El derecho internacional aparece como un orden jurídico jerárquicamente estructurado en el que toda norma es creada por un método o fuente de derecho. Cada una de las fuentes es erigida como tal por una norma jurídica de orden superior. La primera fuente de derecho positivo, la costumbre, es erigida como fuente por la norma fundamental.

Para Hart el derecho internacional es un derecho primitivo y consiste sólo en un conjunto de reglas primarias de obligaciones que no están estructuradas como sistema por ninguna regla de reconocimiento. El Derecho de Gentes carece de reglas de reconocimiento, o sea que sus normas no pueden ser identificadas mediante recurso a una característica general. Para Hart la validez de las normas internacionales se decide simplemente por la circunstancia de si son aceptadas y funcionan como tales. El derecho internacional no tiene fuentes.

En cuanto a la *Tesis de Roberto Ago*, Barberis destaca que el positivismo jurídico parte de la premisa de que todo el derecho es producto de determinados hechos y que sólo es derecho porque ha sido creado de esa manera. El *derecho positivo* es todo aquel que ha sido elaborado como producto de un proceso de creación, por una fuente jurídica, previsto en una norma anterior. El positivismo reduce todo el derecho a derecho po-

sitivo. Esta idea no se ajusta a la realidad internacional pues existen normas jurídicas que no provienen de una fuente sino que se han formado espontáneamente. Por ejemplo: el derecho consuetudinario es un derecho espontáneo.

En el orden jurídico internacional existirían normas creadas por una fuente de derecho (derecho positivo) y otras no creadas de esta manera (derecho espontáneo). Las primeras podrían ser identificadas recurriendo a su método de creación, mientras que para las segundas habría que recurrir empíricamente a una comprobación de su operar efectivo como norma de derecho en la sociedad.

Ago incluye las normas convencionales entre las normas de derecho positivo (creadas por una fuente), el derecho consuetudinario es derecho espontáneo.

IV. El tratado como fuente del derecho internacional

Barberis sostiene que aceptar las concepciones de Kelsen y Ago nos lleva a afirmar que el tratado es una fuente de derecho de gentes, es decir, que hay una regla de reconocimiento relativa a los tratados en el derecho internacional.

Admitida esta tesis hay que averiguar cuáles son las características comunes a los tratados internacionales. En este punto comienza el problema porque los tratados son muy diversos y ofrecen multitud de matices.

Barberis considera que frente a lo diversa que se presenta la realidad internacional habría que aceptar la tesis de Hart de que el derecho de gentes carece de reglas de reconocimiento o sea que no hay fuentes en el derecho internacional. No existe ningún elemento común a las normas que llamamos tratado y la única solución para saber si son o no reglas de derecho válidas es esperar y ver, en cada caso particular, si rigen efectivamente en la práctica.

Ante esta situación se pregunta si existe una regla de reconocimiento de los tratados. A fin de encontrar una respuesta a la pregunta planteada, analiza las características de los tratados internacionales.

Desarrolla algunas pautas que son comunes a todo tratado internacional:

a) *Manifestación* (exteriorización que puede darse de diversas maneras) de *voluntad común* (las partes quieren lo mismo, se dirige hacia mismo objeto) de *dos o más sujetos de derecho internacional con capacidad suficiente*.

Baberis define al sujeto de derecho internacional como todo aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el Derecho de Gentes, como contenido de un derecho o de una obligación. La calidad de sujeto no depende de la cantidad de derecho y obligaciones de que sea titular. De la circunstancia de que alguien sea sujeto de Derecho de Gentes no puede deducirse que posea capacidad para concertar un tratado. Es posible que haya sujetos que no tengan capacidad suficiente para celebrar tratados. Ejemplo: en tiempo de guerra, un particular que no forma parte de las fuerzas armadas, puede estar obligado por el derecho de gentes a ser sujeto, pero no puede concertar un tratado.

En consecuencia, distingue los tratados internacionales de los acuerdos suscriptos entre un sujeto internacional y otro que no lo es o que no tiene capacidad suficiente para ello.

No son tratados los celebrados entre las ONG y los Estados, o entre un Estado y una Iglesia evangélica.

Un punto especial es el referido a los acuerdos concertados con aborígenes en siglos pasados. No es posible incluir a los pueblos aborígenes en una única categoría. Hay que considerar la época en que tuvo lugar el acuerdo, el pueblo con que fue concertado y sus modalidades.

Acuerdos celebrados entre partidos políticos (práctica propia de países socialistas), sólo pueden ser considerados tratados internacionales si se interpreta que el partido es un órgano del Estado.

En cuanto a los acuerdos concertados entre Estados y empresas extranjeras, que son llamados *convenios cuasi internacionales*, la práctica y la jurisprudencia conducen a la conclusión de que las empresas poseen la capacidad para concertar estos acuerdos que son tratados internacionales.

b) *Manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional*

Analizar el contenido de la manifestación de voluntad común. Un acuerdo entre partes es un tratado si éstas manifiestan su voluntad común de establecer una disposición en el ámbito normativo. Barberis cita los siguientes ejemplos: no pueden las partes declarar que los bosques son

hermosos; la Convención de Bonn de 1979 sobre conservación de aves migratorias art. 2 inc. 1 “las partes contratantes reconocen la importancia de la conservación de aves migratorias”.

El derecho no puede prescribir en una norma jurídica que “X es sujeto de derecho”, ya que esto carece de sentido. Hay ejemplos de tratados en que las partes declaran que cierta entidad es sujeto.

En la práctica convencional no resulta fácil, en ciertos casos, precisar si las partes han establecido una disposición de carácter normativo. En acuerdos de cooperación cultural, científica o técnica es común hallar expresiones tales como “acordarán todas las facilidades disponibles”, “estimularán la cooperación”, éstas son obligaciones aunque puede resultar difícil determinar si el estado obligado cumplió en un caso concreto con lo estipulado.

Las cláusulas de un tratado internacional tienen sentido en la medida en que se hallan dentro del ámbito de lo normativo, se trata de normas que prescriben una conducta como permitida, prohibida u obligatoria. La norma sólo tiene sentido cuando prescribe una conducta que no es imposible. Una norma contradictoria no puede cumplirse nunca.

Es frecuente que los Estados efectúen declaraciones conjuntas a través de los Ministros de Relaciones Exteriores en las que se obligan a dar cumplimiento a todos los tratados en vigor entre ellos. Esto sólo reitera obligaciones y derechos existentes.

Un tratado internacional presupone una manifestación de voluntad tendiente a modificar la situación jurídica existente o definir ciertos conceptos. Se trata de proposiciones normativas o de proposiciones definitivas. Ambas categorías pueden ser comprendidas bajo el nombre de reglas de derecho. El tratado internacional presupone una manifestación de voluntad tendiente a establecer una regla de derecho de gentes.

c) *Manifestación de voluntad directamente regida por el Derecho de Gentes*

Barberis se pregunta si pueden dos o más sujetos de un ordenamiento jurídico convenir entre sí que una determinada relación se regirá por otro derecho. Responde que en el orden internacional los sujetos pueden convenir que un tratado entre ellos esté sometido a otra ley, siempre que dicho tratado no sea contrario al *ius cogens*.

Luego se pregunta si dos sujetos pueden convenir algo sin someterlo a un orden jurídico. Responde que dos Estados podrían acordar asumir

determinadas conductas sin que ellas puedan ser jurídicamente exigibles. El único límite que los Estados tienen es que no pueden concertar entre sí algo contrario al *ius cogens*.

Para determinar, en un caso concreto, si se trata de un tratado obligatorio o de uno no obligatorio hay que estar a la voluntad de las partes expresada en el texto acordado.

Barberis, luego de desarrollar las antes referidas características de los tratados internacionales, concluye afirmando que *“En el derecho internacional existe una regla de carácter conceptual que suministra las características de los tratados internacionales y permite identificarlos como reglas de derecho válido”* (...) *“El tratado internacional se caracteriza por ser creado mediante una manifestación de voluntad común de dos o más sujetos de derecho de gentes con capacidad suficiente, tendiente a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional y que está regida directamente por este ordenamiento”*.

V. Conclusión

Como muy bien señala Barberis, los tratados internacionales son, en la práctica, muy variados, tanto en lo que respecta a los sujetos que pueden celebrarlos como en cuanto a su contenido. Ante ello, un desarrollo del concepto de tratados internacionales, partiendo de sus características principales, se torna una herramienta fundamental que ayuda a determinar en cada caso concreto si efectivamente estamos frente a un tratado internacional o no, con las consecuencias jurídicas que de ello se siguen.

El Profesor Barberis con su obra aportó la claridad necesaria a un tema axial del derecho internacional. Gracias!!!

CONSIDERACIONES SOBRE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO TRATADO INTERNACIONAL*

*Marta Susana Sartori***

Resumen: El presente trabajo tiene como cometido elaborar determinados comentarios sobre el análisis y conceptos vertidos por el Dr. Barberis en este artículo, entendiendo que cobra particular interés por haber sido Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sus reflexiones se centran en la valoración del carácter de Tratado Internacional de la Convención Americana y en algunos aspectos de la misma relacionados con la especificidad de la materia que trata.

Palabras-clave: Convención Americana - Tratado Internacional - Derechos Humanos - Reservas.

Abstract: This work is made up specific comments on the analysis ad ideas expressed by Dr. Barberis in this article, understanding that is of particular interest for being Judge Inter American Court of Human Rights. His reflections focus on the assessment of the character of International Treaty of the American Convention and in some aspects of it related to the specificity of its subject.

Keywords: American Convention - International Treaty - Human Rights - Reservations.

Sumario: I. Las reservas a la Convención Americana. 1. La Cláusula Federal y Las Partes Contratantes en la Convención Americana. II. Consideraciones Finales

En el artículo indicado en el título del presente trabajo referido a “Consideraciones sobre la Convención Americana de Derechos Huma-

* Artículo elaborado por el Dr. Julio A. Barberis, publicado en el *Liber Amicorum* Héctor Fix Zamudio, San José de Costa Rica, 1998. Volumen uno.

**Abogada, Magister en Derecho Internacional Público, Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público en Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de

nos como Tratado Internacional”, elaborado por el Dr. Julio Barberis y publicado en el *Liber Amicorum a Héctor Fix Zamudio*, el Dr. Barberis señala básicamente que la primera parte del articulado de la Convención Americana comprende los derechos humanos que los Estados contratantes se obligan a respetar (art. 3 al 25), los artículos de la parte central se refieren a la Comisión y la Corte -los dos órganos del sistema interamericano de derechos humanos- regulando su estructura fundamental y conteniendo reglas de procedimiento (art. 33 al 73) y la parte final (art. 74 al 78) contiene las disposiciones generales de todo tratado multilateral respecto a la firma, ratificación, entrada en vigor, reservas, enmienda y denuncia¹.

En este enunciado realiza la primera reflexión señalando *“la posibilidad que los artículos contenidos en la primera parte sean obligatorios para los Estados en virtud de una costumbre internacional. Aun así valdrían como norma convencional para los estados contratantes pues la enunciación de una norma consuetudinaria en proposiciones lingüísticas implica una cierta modificación de aquella”*.²

Seguidamente analiza las tres características que conforme la jurisprudencia y doctrina son propias de un tratado internacional concluyendo que la Convención Americana las posee, aun cuando señala ciertas particularidades.

Básicamente la característica propia de un tratado, y que se da en esta Convención es que la declaración de voluntad común debe tender a establecer una regla de derecho en el orden jurídico internacional; también cumple con la característica de que esta declaración de voluntad común esté regida por el derecho internacional³

Y la característica, quizás primordial, que señala el Dr. Barberis es la *“declaración de voluntad común de dos o más sujetos internaciona-*

la Integración y del Instituto de Medio Ambiente y Recursos Naturales, ambos dependientes de la Academia Nacional de Derecho. Miembro Titular de AADI.

¹ La Convención Americana fue suscripta el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978 tras haber obtenido la ratificación de once países.

² Reitera lo ya señalado en J. A. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1994, pág. 116.

³ BARBERIS, opág. cit., pág. 36 y ss. y pág. 45 y ss.

les con capacidad suficiente, reconociendo que, en esta Convención, las Partes contratantes coinciden en obligarse a respetar los derechos humanos enunciados en ella y en crear un sistema institucional que consta fundamentalmente de La Comisión y la Corte.”

Referido a este aspecto hace un comentario señalando que en algún momento *“la Convención Americana fue definida como un instrumento jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción. Al respecto manifiesta que esta idea que el Estado se compromete “unilateralmente” puede ser interpretada aquí como que se trata de actos unilaterales en los que los Estados asumen obligaciones paralelas de respetar cada uno los derechos humanos en su territorio. Esto no es exacto. La obligación de cada Estado de respetar los derechos humanos en su territorio puede ser exigida ante la Corte por otro estado y por la Comisión⁴. Por ejemplo, si un Estado viola los derechos humanos de una persona extranjera, el Estado de la nacionalidad de ésta puede plantear una acción ante la Corte contra el Estado infractor y obtener su condena. Lo mismo puede realizar la Comisión.*

Esta voluntad común propia del tratado ha de provenir de dos o más sujetos internacionales con capacidad suficiente. En el caso de la Convención Americana esta característica se cumple pues recién entró en vigor cuando once Estados la ratificaron.

La noción de que un tratado no es un conjunto de actos unilaterales paralelos y que se requiere, al menos, de la declaración de voluntad común de dos sujetos internacionales no parece haber sido bien comprendida en la OEA. En efecto, la organización regional considera que el Protocolo relativo a la abolición de la pena de muerte del 8 de Junio de 1990 entró en vigor el día en que se depositó el primer instrumento de ratificación. Se trataría de un tratado internacional suscripto por un solo contratante”⁵.

⁴ Sección 2. Competencia y Funciones de la Corte: Art. 61 inc. 1: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”

⁵ J. A. BARBERIS, *Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como Tratado Internacional*, en Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio, Año 1998, tomo I, pág. 243 y ss.

En tal sentido, el art. 4° establece: “el presente Protocolo entrará en vigencia, para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del correspondiente instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA).”

A su vez, el detalle del Estado de Firmas y Ratificaciones establece en el ítem de Entrada en Vigor: de conformidad con el artículo 4°, para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del instrumento de ratificación o adhesión.

Conforme a este detalle, ha sido Panamá el primer Estado que presentó su instrumento de ratificación, el 28 de Agosto de 1991, mientras Venezuela lo presentó en segundo lugar el 6 de Octubre de 1993, luego Uruguay el 4 de Abril de 1994; de esta forma y conforme lo señalado por el Dr. Barberis, teniendo en cuenta lo establecido en este instrumento, **el Protocolo entró en vigencia para Panamá a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, con lo cual se trataría de un tratado internacional vigente para un solo Estado contratante**⁶.

I. Las reservas a la Convención Americana

Comprobado entonces que la Convención Americana posee las características de todo tratado internacional, el Dr. Barberis considera la conveniencia de analizar ciertas cuestiones que ésta presenta, refiriéndose en primer término a la institución de las Reservas.

En tal sentido refiere la disposición de la Convención Americana que en su art. 75 dispone que “sólo podrá ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados suscrita el 23 de mayo de 1969.”

⁶ El resaltado nos pertenece, y si bien se refiere a lo manifestado por el Dr. Barberis, entendemos que va más allá de un *tratado internacional suscripto por un solo contratante* según sus textuales palabras, dándose en este caso en particular, al haberse depositado el instrumento de ratificación, la vigencia de un tratado internacional para el Estado que así lo realizó, hecho que surge del espíritu del articulado del Protocolo, como también de su naturaleza, lo que significaría entonces una excepción a la obligación surgida de una voluntad común, la que se cristalizaría a partir del depósito del segundo instrumento de ratificación.

Dichas disposiciones a las cuales remite el art. 75 son las establecidas en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena que, a su vez, reconocen como antecedente principal la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 28 de Mayo de 1951 sobre las Reservas a la Convención sobre la Prevención y la represión del genocidio.

Dada la importancia de esta normativa era necesaria una correcta y acabada interpretación del art. 75, requiriendo así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una Opinión Consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

⁷ El 28 de junio de 1982 la Comisión Interamericana solicitó a la Corte Interamericana la Opinión Consultiva en respuesta a la siguiente pregunta: “¿Desde qué momento se entiende que un Estado es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando ha ratificado o se ha adherido a dicha convención con una o más reservas?” sugiriendo las siguientes respuestas: “Desde la fecha del depósito del instrumento de ratificación o adhesión o al cumplirse el término previsto en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y señalando que esta petición requiere la interpretación de los artículos 74 y 75 de la Convención Americana”.

La Corte dio su respuesta a través de la Opinión Consultiva N° 2, del 24 de setiembre de 1982, a través del análisis, en primer lugar, del art. 19 de la Convención de Viena, por el cual se establece como regla general la libertad de formular reservas estableciendo, asimismo, tres excepciones a esta regla general referidas a: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figura la reserva en cuestión, c) que la reserva sea incompatible con el objeto y fin del tratado.

Al respecto la Corte llega a la conclusión de que, conforme a lo establecido por la Convención Americana, le es aplicable el inciso c del artículo 19 de la Convención de Viena, esto es: “que la reserva no sea contrario a su objeto y fin”.

Seguidamente la Corte analiza el art. 20 de la Convención de Viena para determinar en cuál inciso de esa disposición corresponde ubicar a la Convención Americana, por cuanto dicho artículo se refiere a la aceptación y a la objeción de las reservas, estimando que la conclusión a la que arribe permitirá dar respuesta a la pregunta formulada por la Comisión Interamericana.

Entendiendo que solamente cabe examinar las hipótesis previstas en los incisos 1 y 4.

El inc. 1 prescribe que una reserva expresamente autorizada por un tratado no requiere la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes; por su parte, el inc. 4 dispone que si un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado y formula una reserva será tenido por parte contratante desde el momento en que al menos otro Estado ha aceptado la reserva. Señalando también que la objeción que un Estado hace a la reserva formulada por otro Estado no impide la entrada en vigor del

Por ello al analizar lo actuado por la Corte en la elaboración de esta Opinión Consultiva, el Dr. Barberis señala que (...) *justamente después de la exposición acerca del régimen de reservas en la Convención de Viena, parecería que la Corte dispone de todos los elementos para dar la respuesta adecuada. En efecto, si la Corte ha admitido en su razonamiento que la Convención Americana es susceptible de reservas que no sean incompatibles con su objeto y fin, y dado que ella no autoriza en su texto ninguna reserva en particular, la conclusión que se impone es afirmar que el Estado que ha formulado una reserva a la Convención Americana es Parte en ella desde el momento en que dicha reserva ha sido aceptada al menos por otro Estado*⁸. Sin embargo, no fue esta la conclusión de la Corte.

El aludido, *analiza los argumentos expuestos por la Corte tales como enfatizar que la Convención Americana no es un tratado multilateral de tipo tradicional, por cuanto es un tratado especial que no genera obligaciones respecto de los otros Estados sino que las Partes contratantes, por razones de bien común, se obligan respecto de los individuos que se hallan bajo su jurisdicción, debiendo tenerse en cuenta que el objeto de la Convención es la protección de los derechos humanos.*⁹

tratado entre ambos Estados, salvo que el autor de la objeción manifieste inequívocamente su opinión en contrario.

Finalmente, la Corte concluye que las reservas expresamente autorizadas por el art. 75, o sea las compatibles con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los estados partes, opinando en consecuencia que la Convención entra en vigencia para un estado que la ratifique o se adhiera a ella, con o sin reservas, en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión.

⁸ Considera, asimismo, que el inc. 4 del art. 19 constituye una de las bases de la Convención de Viena en materia de objeción a las reservas. Cuando un Estado objeta simplemente una reserva el tratado entra en vigor entre el Estado autor de la reserva y el que la objetó, pero sin la cláusula objeto de la reserva (art. 21, inc. 3); sin embargo, si un Estado objeta una reserva y manifiesta que ella es incompatible con el objeto y fin del tratado, éste no entra en vigor entre el Estado autor de la reserva y el que la objetó.

⁹ Opinión Consultiva OC-2/82: “Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los

Asimismo, invoca precedentes del derecho humanitario citando la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el genocidio¹⁰ y el art. 60 inc. 5 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, para finalizar sosteniendo que la Convención Americana debe ser vista como lo que ella es en realidad: un instrumento jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción.

El Dr. Barberis considera que los hechos que la Corte menciona antes de efectuar su razonamiento no son relevantes pues no aportan elemento que lo aclare o lo mejore desde el punto de vista lógico.

En tal sentido señala que la mayoría de los tratados multilaterales que los Estados suscriben actualmente (lo mismo ocurría en 1982 cuando la Corte emitió su Opinión Consultiva) presentan una estructura semejante a la de la Convención Americana en el sentido de perseguir fundamentalmente un bien común¹¹. Los tratados sobre derechos humanos no son una excepción y el hecho de que protegen derechos fundamentales no puede ser invocado para justificar cualquier razonamiento, aun cuando sea contrario a principios lógicos.

Asimismo, señala como desacertada la mención del art. 60 inc. 5 de la Convención de Viena, por cuanto tal artículo se refiere al derecho humanitario y no a los derechos humanos, objeto específico de la Conven-

derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Efectos de las Reservas sobre la Entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OC OC 2/82, nota 6, parág. 29, en DRNAS DE CLEMENT ZLATA, *Corte Interamericana de Derechos Humanos Cuarta Instancia*, 2011, pág. 78.

¹⁰ CIJ- OC 1951 sobre Reservas a la Convención sobre el Genocidio: “En este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios, solamente tienen por encima de todo un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”.

¹¹ Tratados sobre protección de especies animales y vegetales, contaminación ambiental, lucha contra epidemias y epizootias, trata de mujeres y niños, circulación de publicaciones pornográficas, la tortura, el tráfico de drogas, entre otros.

ción Americana; entendiendo, además, como difícil de explicar, esta cita de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, por cuanto no coincide con la conclusión de la Corte Interamericana.

Finalmente, el Dr. Barberis expone sus conclusiones sobre este tema, las que transcribimos textualmente:

“El razonamiento efectuado por la Corte para llegar a la conclusión no parece acertado. Parte de un error, pues admite que la Convención Americana autoriza expresamente ciertas reservas, cuando ella no es así. Además, su interpretación peca contra la regla del efecto útil porque si se la aceptara, algunas disposiciones de la Convención de Viena no se aplicarían nunca. Además la Corte no explica qué ocurrirá dentro de su concepción, si un Estado se opone a la reserva formulada por otro y expresa que ella es incompatible con el objeto y fin de la Convención Americana.

En resumen la interpretación del artículo 75 de la Convención Americana y de la Convención de Viena a la cual él reenvía excede el marco de la mera interpretación y constituye una revisión del texto. Alguna vez la Corte de La Haya manifestó que ella estaba llamada a interpretar los tratados y no a revisarlos. Sería conveniente pues, que la Corte Interamericana no traspasara el límite fijado por la interpretación respecto de los textos sometidos a su consideración.”¹².

Nos pareció oportuno ampliar la temática de las *reservas* en relación a la Convención Americana refiriéndonos a otro artículo escrito por el Dr. Hernán Salgado Pesantes ¹³, titulado *Las Reservas en los Tratados de Derechos Humanos*, publicado también en el *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio* ya citado.

¹² El Dr. Barberis señala que esta interpretación del artículo 75 realizada por la Corte no ha sido seguida por la OEA. La práctica de la organización muestra que reservas formuladas oportunamente por Barbados y por México y el retiro de una reserva hecha por Guatemala fueron consideradas de acuerdo a las disposiciones de la Convención de Viena y no a la interpretación efectuada por la Corte en su Opinión Consultiva N° 2.

¹³ Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

En dicho artículo el Dr. Pesantes hace un importante aporte al contenido del artículo 75, señalando que dicha disposición no corresponde al proyecto previamente elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y que sirvió de documento de trabajo al cual, incluso, se le hicieron enmiendas en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José, Costa Rica, entre el 7 y 22 de Noviembre de 1969 y que adoptó la Convención Americana que entró en vigor el 18 de Julio de 1978.

Señala el profesor Salgado Pesantes el texto original del proyecto que transcribimos a continuación:

“1. El Estado Parte podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, formular reserva si una norma constitucional vigente en su territorio estuviere en contradicción con alguna disposición de la Convención. La reserva debe ir acompañada del texto de la norma a que se refiere.

2. La disposición que haya sido objeto de alguna reserva no se aplicará entre el Estado reservante y los demás Estados Partes. Para que la reserva surta este efecto no será necesaria la aceptación de los demás Estados Partes.”

El tratamiento de este tema originó un amplio debate tras el cual no se adoptaron las enmiendas sugeridas por este articulado. Amplía, el profesor Salgado Pesantes, diciendo que esta disposición contrastaba con la Convención Europea de Derechos Humanos, en la cual son las leyes nacionales vigentes las que dan lugar a las reservas, es decir, se contempla un amplio campo normativo donde hay mayores posibilidades de formular reservas, por cuanto no existe en la Convención Europea la disposición del art. 2º de la Convención Americana relativa a la obligación que tienen los Estados Partes de adoptar las medidas legislativas necesarias para la efectividad de los derechos. En cuanto al texto de la norma que debía acompañar a la reserva, se entendía que era el texto de la disposición constitucional contraria a la norma convencional, existiendo similitud con la Convención Europea que requiere una breve exposición de la ley interna vigente a la cual contraría la norma convencional objeto de la reserva.

Estados Unidos insistió en la eliminación del artículo o, en su defecto, en la sustitución por otro que dispusiera que en materia de reservas se aplicara la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. Se aprobó finalmente la sugerencia del artículo propuesto por la delegación

de Uruguay, cuyo texto expresa: “Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de Mayo de 1969”.

Destacamos el comentario final del profesor Salgado Pesantes, quien considera que el control constitucional de las reservas indudablemente corresponde realizarlo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al conocer un caso contencioso concreto, basándose en la competencia que tiene para aplicar e interpretar las normas de la Convención conforme el art. 62.3.

Retomando el análisis efectuado por el Dr. Barberis en cuanto a aspectos puntuales de la Convención Americana como Tratado Internacional, destacamos el referido a:

1. La Cláusula Federal y Las Partes Contratantes en la Convención Americana.

Para Barberis, en relación con la Convención Americana, son dos los temas que ofrecen especial interés: la celebración de los Tratados y la responsabilidad en caso de incumplimiento, especialmente relacionados con los Estados Federales.

Así, señala que la Convención Americana no prevé la posibilidad de que un miembro de un Estado Federal sea parte contratante de ella.

La solución llega de la mano del art. 28 en el cual ha introducido una disposición especial para los Estados Federales, llamada *Cláusula Federal*, que significa que un Estado Federal, en el cual la competencia sobre derechos humanos pertenece total o parcialmente a los Estados miembros, puede ser Parte en la convención. Y así el Estado Federal asume todas las obligaciones que la convención le impone, en la medida de su competencia, y se obliga, además, a tomar de “inmediato las medidas pertinentes a fin que los Estados miembros adopten las disposiciones para el cumplimiento de la convención”.

Aquí el Dr. Barberis señala la desigualdad que se establece entre un Estado Unitario que, al ratificar la Convención, se obliga a cumplir todas sus cláusulas, mientras que un Estado Federal, al ser Parte de la Convención, sólo asume la obligación de tomar las medidas pertinentes para que las autoridades de las provincias adopten las disposiciones para el cumplimiento de la Convención.

Atendiendo a la cláusula federal, el mecanismo a seguir para que un Estado Federal pueda ser parte sería: firmar la Convención Americana; trataría que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para poder cumplir con aquella y una vez dictadas esas medidas, ratificaría el tratado y depositaría el instrumento de ratificación, que garantizaría que todos los Estados que han ratificado la Convención Americana estén equiparados en los derechos y obligaciones.

A su vez, aclara el Dr. Barberis, que hasta el momento en que se escribió este artículo ningún Estado había utilizado la Cláusula Federal contenida en el art. 28.¹⁴

Conecta este tema el Dr. Barberis con el de responsabilidad que no está prevista en el artículo 28 citado, no obstante haber sido citado e invocado en esta materia.

Encuadra esta situación ejemplificándola con el caso Garrido y Baigorria, Corte IDH, sentencia del 2 de febrero de 1996 y resolución del 31 de enero de 1997¹⁵.

¹⁴ Nos referimos al año 1998.

¹⁵ Caso sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante La Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 29 de mayo de 1995, originado por la denuncia presentada contra la Argentina, recibida el 29 de abril de 1992. Adoptó un informe el 26/94 remitido a la Argentina en diciembre de ese mismo año en cuya parte resolutoria dice: “50. Declara que se le imputa al Estado de Argentina responsabilidad de las desapariciones de Raúl Baigorria y Adolfo Garrido conforme el art. 1.1. de la Convención y en consecuencia son imputables al Estado argentino violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral); y 7(derecho a la libertad personal) de la misma. 51. Recomendar al Gobierno de Argentina que realice una exhaustiva, rápida e imparcial investigación sobre los hechos denunciados. 52. Solicitar al gobierno de Argentina que informe a la Comisión. 53. Transmitir el presente informe al Gobierno de Argentina”.

El gobierno Argentino pidió a la Comisión que le permitiera seguir las gestiones iniciadas; considerando la Comisión que la respuesta de la Argentina no presentaba avance alguno, presentó su demanda ante la Corte el 29 de mayo de 1995. En la audiencia del 1º de febrero de 1996, el Embajador expresó que “su Gobierno aceptó *in toto* su responsabilidad internacional y reiteró el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado Argentino en el caso de especie”. Ante la petición de Argentina de suspensión del procedimiento por seis meses para llegar a un acuerdo, la Corte le concede el otorgamiento de un plazo para lograr acuerdo sobre reparaciones e indemnizaciones por seis meses. Decidiendo en consecuencia tomar nota del reconocimiento efectuado por

El tercer punto que analiza el Dr. Barberis es el referido a las *Partes Contratantes en la Convención Americana*, que hemos preferido simplemente enunciar para centrarnos en efectuar las consideraciones que estimamos pertinentes en la institución de las reservas y de la evolución normativa de la Corte Interamericana; habida cuenta de los cambios producidos en estos últimos años, enfatizando, en consecuencia, que tanto el Dr. Barberis como el Dr. Salgado Pesantes han escrito los artículos comentados en el año 1998.

II. Consideraciones Finales

A fin de concluir, seguimos algunos lineamientos expresados por la Dra. Zlata Drnas de Clément y el Dr. Gregorio Badeni en sus exposiciones referidas a “Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?” vertidas en la XVIII Reunión Con-

Argentina igualmente del reconocimiento de responsabilidad internacional por dichos hechos. Concede en consecuencia el plazo de seis meses para llegar a un acuerdo sobre reparaciones e indemnizaciones, reservándose la facultad de revisar dicho acuerdo en caso de no llegar a él, continuar el procedimiento sobre reparaciones e indemnizaciones. Un día antes del vencimiento del plazo se solicitó una prórroga que la Corte respondió que lo pondría en conocimiento del Tribunal en el próximo período de sesiones, mientras tanto las partes podían seguir negociando en el marco previsto y acordado. En septiembre de 1996, la Comisión agregó como documento nuevo un acta del 31 de mayo de 1996, en cuyo preámbulo se invoca el art. 28 de la Convención Americana que contiene la cláusula federal, norma invocada por Argentina para alegar que la responsable por las consecuencias de este Litigio es la Provincia de Mendoza y no ella. Pero ya anteriormente en la audiencia pública del 1° de Febrero de 1996 Argentina había aceptado su responsabilidad internacional. (En Documentación específica de la Provincia de Mendoza se establece que la Provincia de Mendoza ostenta el carácter de estado obligado a través de la cláusula federal contenida en el art. 28 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Si bien alegada, ni la Comisión ni la Corte tuvieron en cuenta esta responsabilidad aducida para la Provincia de Mendoza, estableciéndose siempre la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estuvo integrada en la oportunidad por el Dr. Héctor Fix Zamudio, Presidente; Hernán Salgado Pesantes, Vicepresidente, y como juez Ad Hoc el Dr. Julio A. Barberis.

junta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, en el 2009.

Analizado el derecho del Estado que va a ser Parte en la Convención Americana de formular reservas en el sentido ya comentado, así lo hizo la República Argentina en la persona de su Presidente el Dr. Raúl Alfonsín quien la ratificó el 14 de Agosto de 1984 determinando en consecuencia cuáles eran “las condiciones de su vigencia” párrafo que figura en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Argentina luego de su modificación en 1994.¹⁶

En consecuencia, entendemos que “*en las condiciones de su vigencia*” significa interpretar la Convención Interamericana, en este caso adecuada a la Constitución, la que a su vez sólo puede ser interpretada por la Corte Suprema de Justicia.¹⁷

¹⁶ Disposiciones contenidas en el instrumento de ratificación:

1) Las competencias de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se acepta “con la reserva parcial y teniendo en cuenta las declaraciones interpretativas que se consignan en el documento anexo. 2) las obligaciones contraídas con motivo de la Convención “sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento”, significando la imposibilidad de aplicación o interpretación con efectos retroactivos. 3) La Convención se “interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con las que resultaren de reformas hechas en virtud de ella”. En el Anexo de la ratificación se estableció: 1) el art. 21 de la Convención queda sujeto a una reserva por la cual no son revisables, por un Tribunal Internacional, las cuestiones referentes a la política económica del gobierno, 2) tampoco es revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública, interés social e indemnización justa, 3) el art. 5º inc. 3 de la Convención debe interpretarse en el sentido que la pena no puede trascender a la persona del delincuente. Se excluyen las sanciones vicariantes, 4) el art. 7º inc. 7 debe interpretarse en el sentido que la prohibición de la detención por deudas “no comporta vedar al Estado la posibilidad de supeditar la imposición de penas a la condición de que ciertas deudas no sean satisfechas, cuando la pena no se imponga por el incumplimiento mismo de la deuda, sino por un hecho penalmente ilícito anterior independiente”, 5) el art. 10 de la Convención debe “interpretarse en el sentido que el error judicial sea establecido por un Tribunal Nacional”, ese error no puede ser declarado por un tribunal internacional.

¹⁷ El Dr. Badeni expresa la importancia de las reservas y aclaraciones porque la incorporación de la convención al derecho interno se operó con su ratificación internacional y depósito de su instrumento ratificatorio.

Así también, y conforme la idea de considerar a la Corte Interamericana como una instancia judicial superior a la Corte Suprema, además de despojarla a esta última justamente de este carácter, estaría alterándose el orden constitucional de nuestro país y excediéndose el marco de la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional en 1994 produciéndose de esta manera “una intromisión indebida en las funciones específicas y exclusivas que le ordena ejercer la Constitución Nacional”.

También entendemos que le cabe a los jueces de la propia Corte Suprema actuar en consecuencia¹⁸.

A su vez, nos adherimos a las expresiones de la Dra. Zlata Drnas de Clément en cuanto a lo que considera la interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en la Convención, en las que manifiesta que “*la Corte ha otorgado a los derechos y deberes consagrados en la Convención Americana un perfil distinto al concebido en el acuerdo entre partes, invocando muchas veces la existencia de un orden público en materia de derechos humanos de perfil particular*”.

Esa interpretación evolutiva que ha realizado y realiza la Corte Interamericana responde al *principio de interpretación evolutiva* que establece “que las obligaciones internacionales establecidas en los instrumentos internacionales deben ser interpretadas conforme el paso del tiempo, deben adaptarse a los nuevos contextos sociales”, señalándose como

¹⁸ En el caso Giroidi, Horacio David y otros/Recurso de casación, la CSJN ha expresado: 11) que la ya recordada “*jerarquía constitucional*” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75 inc. 22, p. 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente, rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (...) Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que de lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”.

antecedente de su reconocimiento y aplicación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁹

Entendemos que, justamente por esa facultad interpretativa otorgada por la Convención Americana a la Corte (art.62 inc. 3) para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que le confieren competencia, este desarrollo evolutivo le permitió elaborar a la Corte la *doctrina del control de convencionalidad*. A ésta se refirió por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*²⁰, cuya parte pertinente transcribimos: “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

A partir de este fallo, y en fallos sucesivos, la Corte fue ampliando su doctrina, la que terminó siendo abarcativa de todos los estamentos internos de un Estado que deben ejercer de oficio ese control de convencionalidad: “*jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, y autoridades administrativas dentro de sus respectivas competencias, extendiéndolo a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana, y con mayor razón los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y*

¹⁹ TEDH, Case of Christine Goodwin vs. The United Kingdom, 11/7/2002.

²⁰ Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26/9/2006. Serie C N° 154, pág. 123.

cinco países que conforman la OEA". Así fue explicitado en el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, párrafo 19 al 21.

Entendemos importante destacar que esa interpretación evolutiva tiene como mira elegir la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos, según el principio de la norma más favorable al ser humano, señalando, el Dr. Fabián Salvioli, la importancia del artículo 29 de la Convención que permite al Estado elegir la alternativa de aplicar la norma que mejor garantice un derecho o libertad protegido por la Convención, por cuanto las normas sobre derechos humanos deben aplicarse en base al *principio pro homine*²¹.

La Dra. Zlata Drnas de Clement, en su trabajo *Interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos: Fallo de la corte Internacional de Justicia en el Caso "Ahmadou Sadio Diallo"* publicado en Revista de la Facultad, Vol. III N° 1, Nueva serie II (2012) expresa: "*La CJI en el fallo que comentamos, ha abierto una importante ventana al voluntarismo/activismo judicial al valorizar los pronunciamientos de los organismos especializados de derechos humanos, los que se han caracterizado por una constante progresividad irretornable pro homine, y en muchos casos han equiparado al principio interpretativo "pro homine" (a la hora de interpretar los tratados sobre derechos humanos) con un principio general del derecho "pro homine" derogatorio o ampliatorio de normas positivas internacionales... Si bien la CJI reconoce en el fallo bajo consideración (par. 65) que el "derecho interno condiciona en cierta medida al derecho internacional", recuerda que es necesario que la legislación nacional sea en sí misma "compatible" con las disposiciones de las normas internacionales contenidas en los pactos y convenios universales y regionales en materia de derechos humanos, interpretadas conforme los pronunciamientos de los organismos especializados en la materia (v. gr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etc.).*

²¹ F. SALVIOLI, *La interpretación pro homine y las obligaciones generales de los Estados*. Conferencia dictada en el XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Costa Rica, 17 de julio de 2007.

Es de observar que los contenidos de esas normas -de conformidad a la jurisprudencia y cuasi jurisprudencia de los tribunales, comisiones y comités de derechos humanos- no son rígidos sino móviles y evolutivos, alcanzando nuevos perfiles en cada nueva sentencia, alejándose frecuentemente del texto de los tratados en la materia. Los Tribunales de derechos humanos, en sus pronunciamientos -en interpretación expansiva-, han otorgado a los derechos y deberes consagrados en la CADH un perfil distinto al concebido en el acuerdo entre partes, invocando la necesidad de avanzar en la humanización del derecho de los tratados; la existencia de un orden público en materia de derechos humanos, la evolutividad pro homine de todo el sistema”.

Por ello este control de convencionalidad permite a los Estados cumplir con las disposiciones de esta Convención y con la doctrina jurisprudencial de la Corte aplicando una normativa acorde a los efectos de evitar contravenirlas y la consecuente generación de responsabilidad internacional por violación de dichas normas.

No podríamos hablar, en consecuencia, de la complementariedad de los derechos consagrados en las constituciones nacionales ni del carácter de subsidiaria de la Convención Americana, tal el concepto del sistema de Protección Internacional de la Persona Humana, lo que pondría en juego justamente esa estructura de protección, avanzando y desestructurando al Estado en una de sus funciones primordiales.

Asimismo, entendemos que son los propios Estados Parte, en esta Convención en particular y en cualquier otro sistema de Protección, los llamados a poner límites y lograr una armonización de las normas internas adecuadas en su momento a la norma internacional, haciendo valer justamente el equilibrio y participación que le permite la institución de las *reservas*.

Quizás esa progresividad evolutiva de la Corte Interamericana responde a lo señalado por el Dr. Salgado Pesantes en cuanto a que, en los últimos tiempos, la tendencia es adoptar una concepción más restrictiva en la institución de las reservas en los tratados de derechos humanos, por cuanto éstos merecen una consideración muy diferente por tener objeto y fin específicos.

No compartimos su sugerencia en cuanto a que las reservas guarden realmente compatibilidad con el objeto y fin del tratado (siendo éstas sólo las permitidas), por cuanto es una condición relacionada con el fondo que

permitirá efectuar un control objetivo y no meramente formal, a lo que agrega que es de esperar que los Estados pongan en práctica las recomendaciones sugeridas y que sean retiradas un buen número de reservas como signo visible de la integración y solidaridad que los pueblos se aprestan a vivir en el próximo milenio.

Nuestros comentarios y aportes quizás han excedido el objetivo propuesto y señalado inicialmente, la evolución que ha tenido en los últimos años la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como también la interpretación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados nos llevaron a ello, planteándonos como corolario de todo lo expuesto el interrogante respecto a la institución de las reservas en cuanto a su presencia, efectividad y conveniencia de su manifestación en tratados internacionales que, como el comentado, adquieren características tales que las tornan totalmente prescindibles y alejadas de la verdadera e importante función que cumplen en la manifestación de voluntad común multilateral.

LAS LIMITACIONES A LA VOLUNTAD LEGISLATIVA DE LOS ESTADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Eduardo José Pintore**

Resumen: La voluntad estatal no es ilimitada al momento de crear la norma jurídica internacional, tal como lo demostrara el Dr. Julio A. Barberis con respecto a la celebración de tratados. En general la voluntad estatal está limitada por principios jurídicos que provienen de la naturaleza humana y de las cosas. Este trabajo tiene por finalidad llamar la atención sobre la existencia de esas limitaciones y dar algunos ejemplos de las mismas.

Palabras-clave: Derecho Internacional Público - Limitación de la voluntad estatal - Naturaleza humana y de las cosas - Principios jurídicos.

Abstract: The state will is not unlimited at the time of creating the international legal norm, as demonstrated by Dr. Julio A. Barberis regarding the conclusion of treaties. Generally state will is limited by legal principles that come from human nature and nature of things. This work aims to draw attention to the existence of these limitations and give some examples thereof.

Keywords: International law - Limitation of state will - Human nature and nature of things - Legal principles.

Sumario: I. Introducción. II. La limitación de la voluntad de los Estados en virtud de la naturaleza humana y de las cosas. 1. Principios jurídicos provenientes de la naturaleza de las cosas. 2. Principios jurídicos provenientes de la naturaleza humana. III. Conclusiones.

* Profesor Ayudante de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Católica de Córdoba. Doctor en Derecho y Magíster Legum (LL.M.) ambos por la *Freie Universität Berlin*, Alemania. Completó sus estudios de derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y realizó estudios e investigaciones doctorales en Derecho en la *Università degli Studi di Bologna*, Italia. E-mail: eduardojpintore@hotmail.com.

I. Introducción

Desde un punto de vista positivista o voluntarista el Derecho Internacional se origina en la voluntad de los Estados. La normativa internacional se originaría exclusivamente en el consentimiento que prestan los sujetos internacionales. Este consentimiento o voluntad en obligarse puede ser otorgado expresamente, como es en el caso de los tratados internacionales, o tácitamente, como es el caso de la costumbre internacional, también esta voluntad puede ser manifestada en el *foro doméstico*, como derecho interno, de donde surgirían los principios generales del derecho¹.

Estas concepciones sin embargo, no advierten que existen normas jurídicas que no derivan de la voluntad de los Estados, sino más bien que se imponen a ellas. De este modo surgen limitaciones a la voluntad de los Estados en el momento crear el derecho internacional en general y, en especial, en el momento de celebrar tratados. Estos límites fueron analizados por el Dr. Julio Barberis, particularmente, en su artículo “La liberté de traiter des États et le *ius cogens*”² y en su obra *Formación del Derecho Internacional*³. Si bien el Dr. Julio Barberis centra su estudio en la limitación a la voluntad de celebrar tratados, impuesta a los Estados en virtud de las normas del *ius cogens* (artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969), que constituirían restricciones de orden normativo, menciona también limitaciones que surgen de causas extranormativas. Éstas vienen clasificadas por el Dr. Barberis en dos grandes grupos: por un lado, restricciones de orden lógico y por el otro, restricciones impuestas por la realidad natural. Utilizando como impulso las conclusiones del Dr. Barberis, a las cuales nosotros no podemos más que unirnos, deseamos realizar un análisis de estas causales de limitación de la voluntad de los Estados en una forma más amplia,

¹ Sobre concepciones voluntaristas y objetivistas del Derecho Internacional ver: F. JIMÉNEZ GARCÍA, “El Derecho Internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, N° 2, 2010, págs. 119-151, pág. 129 y ss. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/revista/22390/A/2010>. Consultado el 02/08/2015.

² Artículo publicado en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 30 (1970).

³ J. A. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 49 y ss.

como limitación general a la voluntad legislativa-internacional de los Estados. Esta limitación a la voluntad de los Estados tiene su origen en una serie de principios que, más allá de la cuestión de su validez o efectividad social, tienen carácter normativo⁴. Estos principios, como veremos, se imponen a la voluntad estatal creadora de derecho con lo que demuestran su fuerza normativa dentro del sistema jurídico internacional.

II. La limitación de la voluntad de los Estados en virtud de la naturaleza humana y de las cosas

Los principios que limitan la voluntad de los Estados para generar derecho internacional pueden ser analizadas en dos grandes grupos: principios provenientes de la *naturaleza humana* y principios provenientes de la *naturaleza de las cosas*⁵. Las causales de limitación de la voluntad de los Estados para celebrar tratados, explicadas por el Dr. Julio Barberis en sus obras analizadas, pueden ser subsumidas ya sea en uno u otro de estos dos grupos.

Si dijimos que estos principios provienen o de la *naturaleza humana* o de la *naturaleza de las cosas*, es claro que tanto unos como otros no son sino principios provenientes de la *naturaleza*. Los principios que limitan la voluntad de los Estados y que provienen de la naturaleza, como veremos más adelante, hacen posible que un orden jurídico sea tal, esto es, son necesarios para la estructura del sistema jurídico y determinan su contenido. Ellos fijan, en última instancia, qué es derecho. Estas limitaciones a la voluntad legislativa del Estado se manifiestan en la forma de *principios jurídicos* que son generalmente reconocidos, tanto en el or-

⁴ E. BAQUERO LAZCANO y otros, *Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado*, Tomo I, Córdoba, 1993, pág. 90. Tratando la temática de los principios generales del derecho como norma jurídica internacional Barberis observa: “*La jurisprudencia arbitral los ha considerado siempre de esta manera. Una prueba elocuente en este sentido está dada por el fenómeno que consiste en que numerosas prescripciones que, a principios de siglo (se refiere S. XX), se aplicaban como principios generales del derecho, adquirieron luego el carácter de normas consuetudinarias y actualmente son normas convencionales*”. BARBERIS, *Formación del Derecho Internacional*, pág. 34.

⁵ E. BAQUERO LAZCANO, opág. cit., pág. 86.

den internacional como en el *foro doméstico*. Como estos principios derivados de la naturaleza tienen carácter jurídico, ya que su finalidad es regular la conducta humana, son conocidos también como *principios de derecho natural*⁶. Estos principios son receptados al momento de legislar ya que se imponen por sí mismos a la voluntad Estatal, o bien, porque son el resultado de un reconocimiento de su necesidad dentro del sistema jurídico y el Estado limita su voluntad sometándose a ellos.

La división entre naturaleza humana, por un lado, y naturaleza de las cosas, por el otro, no es de ningún modo arbitraria. Ellas se diferencian en la forma en que los principios que derivan de una o de otra actúan y se imponen en el orden jurídico. Los principios que limitan la voluntad de los Estados al momento de crear derecho, que surgen de la naturaleza de las cosas, se imponen a la voluntad estatal por sí mismos, sin que ésta pueda determinar otra cosa distinta. Por esta razón es que la mayoría de ellos están vigentes en los órdenes jurídicos internos de todos los Estados y también en el orden internacional. Los principios provenientes de la naturaleza humana son principios jurídicos que tienen por finalidad proteger aspectos esenciales de la existencia de la persona humana y del Estado del que ella forma parte, pero, debido a la naturaleza de estos principios, no se imponen por sí mismos por lo que exigen un reconocimiento por parte de los Estados. Su inclusión en el derecho positivo no viene impuesto por una necesidad lógico-física como en el primer grupo, sino que pueden no estar reconocidos en el orden jurídico de que se trate. Esto ocurrió y ocurre tanto en el derecho interno como en el internacional.

A continuación analizaremos separadamente los dos grupos de principios y cómo éstos son reconocidos en el orden jurídico internacional.

1. Principios jurídicos provenientes de la naturaleza de las cosas

Estos principios jurídicos⁷ se imponen por sí mismos en *todo sistema jurídico*, por lo tanto también en el internacional; por lo cual los Estados

⁶ Conf. A. VERDROSS, *Völkerrecht*, Fünfte neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1964 (en adelante: *Völkerrecht*, 1964), pág. 12.

⁷ Aquí se utiliza el concepto de *principio* como norma jurídica internacional, generalmente, evidente por sí misma o que goza de reconocimiento generalizado y que

no pueden hacer más que reconocerlos. La voluntad estatal legislativa se encuentra limitada en tanto y en cuanto a ella sólo le cabe aceptarlos ya que se imponen por *necesidad*. Si decimos que se imponen por necesidad estamos expresando que estos principios no pueden no estar vigentes en orden jurídico alguno y, con ello, también en el orden jurídico internacional. Desde que el Derecho Internacional es un orden jurídico, no puede no contenerlos. Veamos algunos ejemplos en el orden internacional.

a. El principio de responsabilidad

El primer principio, que limita la voluntad del Estado al momento de generar normativa internacional, sea en tratados o en la formación de la costumbre, es el principio de responsabilidad⁸. Un Estado no puede firmar un tratado que establezca que la violación de sus normas por las partes contratantes no acarreará consecuencia jurídica alguna. Dicho documento sería una declaración de buenos deseos, a lo sumo, pero nunca un tratado. En cuanto al derecho consuetudinario observamos que si una conducta, que se repite en el tiempo, es realizada por los Estados con la convicción de que su no observancia no acarrea consecuencia jurídica alguna, entonces no estamos frente a una costumbre internacional, sino frente a un acto de cortesía internacional. En general, si las obligaciones jurídicas pudieran ser violadas sin traer consecuencia alguna, entonces no existiría el derecho⁹. Es así que estamos frente a una necesidad lógica, no

tiene importancia fundamental para la existencia del orden jurídico de que se trate, en este caso, el internacional. En ese sentido, el vocablo principio hace referencia en este trabajo tanto a los principios generales del derecho como a los principios de derecho internacional que suelen ser distinguidos por parte de la doctrina internacionalista cuando analiza el art. 38 inc. 1. c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Sobre el tema ver: Ernesto J. REY CARO, “Principios generales de derecho internacional. Un tema multifacético”, *Cuaderno de Derecho Internacional, N° VIII, Los principios generales del Derecho Internacional Público: realidades y perspectivas*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, Córdoba, 2013, págs. 13-24.

⁸ La Comisión de Derecho Internacional en su proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito habla, en su comentario, del *principio* contenido en el art. 1º de su proyecto. No lo denomina como *principio general del derecho* o *principio jurídico*. Ver: A/56/10, pág. 43 y ss. Lo reconoce como *principio general de derecho*: A. PAGLIARI, *Curso de Derecho Internacional Público*, 2ª edición, Córdoba, 2013, pág. 457.

⁹ Pagliari expresa en este sentido: “Desconocer este principio constituiría la negación de la naturaleza misma del ordenamiento jurídico” y cita a VERDROSS (Derecho

creada por la voluntad humana, sino que se le impone, y ésta no puede hacer más que reconocerla si es que desea establecer un sistema jurídico. Desde que un sistema de normas pretende ser Derecho no puede no reconocer este principio. Como este principio por necesidad lógica está en todos los órdenes jurídicos existentes, también es parte integrante del orden jurídico internacional¹⁰. Con lo aquí expresado queda ya claro que este principio no es un principio surgido del derecho consuetudinario, sino que es anterior, ya que sin él nunca podría haber nacido el derecho consuetudinario mismo. La voluntad del Estado en su formación y formulación no es determinante y sólo debe limitarse a su reconocimiento.

b. El principio del nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet

El principio jurídico según el cual nadie puede transferir a otro ni más ni mejores derechos de aquellos que él mismo posee. Suele ser caracterizado como un principio que *nació* en el derecho civil, citándose a tal efecto al jurisconsulto Ulpiano, que está presente en todos los ordenamientos jurídicos internos y es parte integrante del Derecho internacional. Puede ser encontrado en cualquier orden jurídico existente, por la sencilla razón de que si un orden jurídico no lo reconociera, dejaría de ser tal. Si una persona pudiera vender su reloj a tres o cinco personas distintas, asignándole a cada una un derecho exclusivo y excluyente de propiedad, o si una persona pudiera transferir a otra derechos que en realidad le pertenece a un tercero, como sería el caso en que un inquilino vendiera el

Internacional Público, Madrid 1976) cuando sostiene que su desconocimiento “*reduciría a la nada al derecho internacional ya que la negar la responsabilidad por hechos ilícitos, se negaría también la obligación de los Estados de comportarse conforme al derecho internacional*”. A. PAGLIARI, *Curso...*, pág. 457.

¹⁰ La CDI cita algunos ejemplos de la jurisprudencia y la doctrina en los puntos 2 y 3 del comentario al art. 1º del proyecto. Ver A/56/10, pág. 44 y ss. Barberis por su parte cita la sentencia de la Comisión germano-norteamericana en el caso “Lusitania” de diciembre de 1928, en donde se expresa: “It is a general rule of both the civil and the common law that every invasión of private righth imports an injury and that for every such injury the law gives a remedy”, RIAA, Vol. VII pág. 35. La sentencia es citada por Barberis como ejemplo de aplicación de un principio general del derecho, en este caso, de la *regla general de responsabilidad*. J. A. BARBERIS, *Formación...*, pág. 231. La sentencia está disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/1-391.pdf. Consultado el 17/07/2015.

inmueble por él alquilado, entonces el sistema jurídico del que se trate desaparecería como tal. Si el orden internacional no reconociera este derecho, el Estado A podría asignarle derechos al Estado B sobre territorios que corresponden al Estado C y/o D, por ejemplo¹¹. En caso de ser negado este principio, en cualquier orden jurídico, y por ello también en el internacional, no existirían ya derechos en realidad porque cada sujeto podría disponer de cada uno y todos los derechos que pertenecen a cada uno y todos los demás sujetos. Si analizamos el caso de los derechos de propiedad sobre una cosa, o el de soberanía sobre un territorio, este principio está basado incluso en leyes físicas: dos cuerpos no pueden ocupar al mismo tiempo un mismo espacio.

c. El principio pacta sunt servanda

La necesidad de este principio está dada en el hecho de que si no es reconocido por algún sistema jurídico se tornaría imposible todo el derecho convencional. En efecto, sería una contradicción lógica que un tratado disponga que sus cláusulas puedan no ser cumplidas. En ese caso no estaríamos frente a un tratado, sino frente a una mera declaración de buenas intenciones, que no obligaría a parte alguna. Julio Barberis ubica este principio como *causal extra-normativa* y le asigna un carácter lógico. Él hace notar que si un tratado derogara este principio, él mismo dejaría de tener valor, ya que derogaría la norma sobre el cual se basa. Pero Barberis agrega aún más: “*Si pacta sunt servanda est derogée le droit conventionnel disparaît et, par conséquent, on ne pourrait penser à l’existence d’aucune autre norme conventionnelle*”¹². Si un orden jurídico desea disponer de un derecho convencional, y en realidad todo orden jurídico dispone de un tal derecho, necesariamente debe reco-

¹¹ En este sentido, no confundirse con el derecho de conquista del derecho consuetudinario existente hasta la firma de la Carta. Aquí el Estado adquiriría el territorio de otro estado a través de la guerra y luego de adquirirlo podía disponer de él libremente, como se hace con una cosa propia. La conquista era un modo derivado de adquisición de territorio como lo es la compraventa internacional. Ejemplos de conquista en el S. XIX lo constituye las ex-colonias francesas adquiridas por otras potencias europeas luego de las guerras napoleónicas. Ejemplo de una compraventa internacional en el mismo siglo es la adquisición de los EEUU de Alaska, vendida por Rusia.

¹² J. A. BARBERIS, “La liberté de traiter des Etats et le ius cogens”, pág. 26.

nocer este principio. Todavía más: para algunas corrientes doctrinarias, la costumbre misma es un pacto tácito entre los sujetos, los cuales observan como derecho los comportamientos que los otros sujetos y ellos mismos presentaron ante situaciones análogas. Desde esta perspectiva, la negación de este principio implicaría también la negación de la base de validez de todo el derecho consuetudinario¹³.

d. El principio lex posterior derogat legi priori

Junto con el principio anterior, Barberis menciona este principio como imposible de derogar a causa de la contradicción lógica que ello comportaría: la ley que pretenda derogar este principio lo estaría aplicando ya que ella sería la ley posterior que desea derogar a la anterior. Es por ello que Barberis sostiene que esta norma, al igual que la anterior, no puede ser derogada por vía convencional¹⁴. Si analizamos el tema más allá del ámbito del derecho internacional convencional, ámbito en el cual se limitó el artículo citado de Barberis, veremos que este principio no puede ser tampoco derogado por el derecho consuetudinario: la norma del derecho consuetudinario que pretenda derogar este principio sería, ella misma, la ley posterior derogadora.

e. El principio pacta tertiis nec nocent nec pro sunt

Este principio está relacionado con el principio *pacta sunt servanda* y el principio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Si el tercero, en el caso del derecho internacional supongamos como ejemplo un Estado, no consintió en transferir o adquirir derechos de los que es titular, los otros sujetos del sistema jurídico no pueden disponer de esos derechos. Barberis en esto es terminante: “*Es jurídicamente imposible para los Estados derogar por una convención la norma pacta tertiis non nocent*”¹⁵. Barberis sostiene que se trata de una nor-

¹³ Barberis menciona como exponentes de esta corriente a Anzilotti, Strupp y Tunkin. J. A. BARBERIS, *Formación...*, pág. 70 y ss.

¹⁴ J. A. BARBERIS, pág. cit., pág. 27.

¹⁵ BARBERIS, *Formación...*, pág. 58.

ma consuetudinaria del *ius cogens*¹⁶. Lo cierto es que este principio es necesario por sí mismo, ya que en un sistema en el cual los sujetos pudieran disponer, por medios de pactos, de derechos de terceros o constituirles obligaciones, sin su consentimiento, simplemente no prosperaría. Por ello la voluntad del Estado como formadora del derecho internacional no puede más que reconocerlo, tal como lo hizo el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y en la costumbre internacional precedente. Es interesante observar cómo la CDI, en comentario a este artículo, en su proyecto de 1968, luego de sostener que se trata de un principio proveniente del derecho romano, expresa:

*“In international law, however, the justification for the rule does not rest simply on this general concept of the law of contract but on the sovereignty and independence of States. There is abundant evidence of the recognition of the rule in State practice and in the decisions of international tribunals, as well as in the writings of jurists”*¹⁷.

La realidad empero es que, más allá de su soberanía e independencia, los Estados no podían dejar de reconocer este principio si deseaban crear normas jurídicas a través de tratados. Los Estados no crearon este principio, ni en el derecho interno ni en el derecho internacional, sino que él se impone de forma necesaria cuando los sujetos de derecho de cualquier orden jurídico desean celebrar acuerdos que regulen sus relaciones. Si, incluso por derecho consuetudinario, el Estado A y B pudieran celebrar válidamente un acuerdo en el cual se establecen de-

¹⁶ BARBERIS, “La libert . . . , págs. 36 y 37 y *Formación. . .*, pág. 58. El autor cita en ambos trabajos como excepciones, impuestas también por el derecho consuetudinario, los tratados *objetivos* que dan nacimiento a un Estado o que imponen un reglamento territorial. En cuanto al nacimiento de un nuevo Estado, es claro que el Estado naciente existirá en los límites y con los derechos que figuran en el tratado que le da nacimiento. Pero una vez establecido, no podrá ser obligado por la voluntad de otros Estados manifestada en un tratado en el que él no forma parte. En cuanto a los reglamentos territoriales, hay que tener en cuenta lo que ya mencionamos en la nota a pie de página n  12 con respecto a la conquista.

¹⁷ Ver el p r. 1 del comentario al art. 30 del proyecto de 1968.

rechos a su favor o a favor de terceros Estados a costa del Estado C¹⁸, sin el consentimiento de éste, es claro que el Estado C podría realizar lo mismo con respecto a los Estados A, B y cualquier otro Estado, pudiendo cada Estado hacer lo mismo. Esto no sólo haría insostenible un derecho de los tratados, sino que significaría la caída de todo el orden jurídico internacional. La CDI expone en el comentario al artículo en cuestión que hubo total acuerdo entre sus miembros de que no existe excepción con respecto a la generación de obligaciones para un Estado no parte en un tratado, sin su consentimiento¹⁹.

Aquí no se trata de una mera contradicción lógica como sucede con el principio *pacta sunt servanda*, que, si es negado por un tratado, él mismo se estaría quitando su base normativa: la violación de este principio no atentaría contra la validez del acuerdo mismo, sino que el no reconocimiento de este principio haría caer todo el orden jurídico del que se

¹⁸ La CDI cita como ejemplo del reconocimiento de este principio el fallo arbitral sobre las Islas de Palmas (*Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, 1928, pág. 831. Disponible en: <http://www.un.org/law/riaa/>). La CDI cita tres pasajes del laudo en los cuales el juez Huber deja en claro que una serie de tratados firmados por España con otros Estados no le eran oponibles a Holanda, por no haber sido ella parte de los mismos. La CDI cita también el fallo sobre las zonas francas de Alta Saboya y del *Pays de Gex* en donde la Corte Permanente de Justicia Internacional deniega la oponibilidad a Suiza del tratado de Paz de Versalles, es decir el tratado multilateral con el cual se puso fin a la Primera Guerra mundial, por no ser ésta parte del tal tratado. La CDI cita otros ejemplos provenientes de la jurisprudencia de la CPJI, en especial, la CDI remarca que ese tribunal aplicó este principio incluso frente al Pacto de la Sociedad de Naciones, el cual no era oponible a Rusia por no ser parte de este tratado (CIJ, Series B No 5, Opinión Consultiva sobre el Estatuto de Carelia Oriental, 1923, págs. 27 y 28. Disponible en: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_05/Statut_de_la_Carelie_orientale_Avis_consultatif.pdf). Pár. 2 del comentario al art. 30 del proyecto de 1966, en: *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, *Draft articles on the law of treaties with commentaries*, 1966. Disponible en: http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawoftreaties-1969/docs/english/confdocs/a_conf_39_ilcdraftart.pdf. Fecha de consulta: 21/07/2015.

¹⁹ Pár. 4 del comentario al art. 30 del proyecto de 1968. En cuanto a si existe excepción sobre la generación de derechos a favor de un tercero hubo discusión, si bien fue una discusión más bien doctrinal, llegando a tener tanto una como otra posición los mismos resultados prácticos: El tercer Estado podía o no aceptar el derecho o beneficio acordado a su favor en el tratado. Párrafos 1 al 6 del comentario al art. 32 del proyecto (art. 36 de la Convención). En: *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II. *Draft articles on the law of treaties with commentaries*, 1966.

trate. Es por ello que el derecho consuetudinario tampoco lo puede contradecir. Su necesidad se muestra, a su vez, en el hecho que se encuentra pacíficamente reconocido en cualquier legislación interna. El principio se impone por sí mismo.

f. El principio impossibilium nulla obligatio est

El principio por el cual nada que sea materialmente imposible puede constituir el objeto de una obligación internacional es otro ejemplo del tipo de principios que mencionamos en esta parte del trabajo. Barberis caracteriza este principio como una limitación a la libertad de convenir “*impuesta por la realidad natural*” a la voluntad de los Estados, pero aclara allí mismo que “*es aplicable a todo el orden jurídico*”²⁰. Este principio, al igual que los anteriores, se impone a la voluntad estatal al momento de legislar, sea en el derecho interno o en el internacional, de modo tal que al Estado no le queda más que reconocerlo y aceptarlo. La necesidad de este principio en el orden jurídico no se fundamenta en su necesidad de tipo lógico, sino que está basada en las mismas leyes naturales de tipo físico, químico, etc.

Otros ejemplos de principios que se imponen a la voluntad legislativa del Estado, ya sea por una necesidad lógica o por imposición de una ley física o de otra naturaleza, lo constituyen el principio de *ex iniuria ius non oritur, accessorium sequitur principale, casus fortuitus a mora excusat, sine causa nulla obligatio, exceptio non adimpletis contractus, lex non obligat nisi promulgata, obligato est iuris vinculum*, entre otros.

Lo común en todos estos principios es que ellos son evidentes por sí mismos, son obvios. Pero si analizamos su surgimiento, es claro que la voluntad del Estado no los ha creado, el Estado simplemente tiene que reconocerlos al legislar y no los puede contradecir. Si el Estado no los creó y tampoco los puede contradecir al momento de legislar, es claro que ellos están fuera del alcance de la voluntad estatal y, más aún, que esa voluntad se encuentra limitada por ellos.

²⁰ BARBERIS, “La liberté...”, pág. 27.

Estos principios se encuentran reconocidos de forma general en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, justamente debido a su necesidad. Tal como lo señala Verdross, se tratan de principios de derecho natural y están reconocidos en el art. 38 inc. 1 pár. C, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

*“Los principios del derecho concordantes entre todos los pueblos constituyen una positivización del derecho natural, que influyeron de una manera determinante el nacimiento y el desarrollo del Derecho Internacional y en la actualidad son receptados formalmente como fuente del Derecho Internacional por el artículo 38 inciso 1 párrafo c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia”*²¹.

Otra característica de estos principios es que son, por lo general, axiológicamente neutros. Si tomamos el *pacta sunt servanda*, es claro que esta norma obliga a las partes a cumplir con lo convenido, pero no dice absolutamente nada sobre el contenido del pacto²². El contenido puede ser, en principio, justo o injusto. Se puede pactar un acuerdo de cooperación científico-tecnológica o se puede pactar la invasión militar de un Estado y repartir el territorio entre los Estados agresores. Tanto un convenio como el otro quedarían regulados por el *pacta sunt servanda*. Algunos autores sostienen que un acuerdo que vaya en contra del *ius cogens* por ejemplo, no está regulado por este principio ya que no hay pacto sobre un acto ilícito. Esto es verdad, mas hay que advertir aquí que lo lícito o ilícito del pacto no lo da el principio en cuestión, sino que viene establecido por otro tipo de normas, sobre todo las que estudiaremos en el título siguiente. De hecho hasta no hace mucho la guerra, incluso la de agresión, era totalmente lícita en el derecho internacional y sólo subordinada en su inicio a una declaración formal de guerra. Las Guerras Napoleónicas, por ejemplo, fueron una sucesión de coaliciones pactadas por diversos Estados con el fin de llevar adelante la contienda armada.

²¹ A. VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 12.

²² A. VERDROSS, “Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Grundnorm des positiven Völkerrechts” en: *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*, (Alfred Verdross editor), Wien, 1931, págs. 354-365, pág. 351.

2. Principios jurídicos provenientes de la naturaleza humana

Hay principios de derecho que limitan la voluntad estatal al momento de crear la norma internacional, que provienen de la naturaleza humana. A diferencia de los principios que analizamos en el título anterior, estos principios no se imponen por sí mismos a la voluntad legislativa estatal, sino que necesitan ser reconocidos por ella. Aquí no se trata de principios que deben ser reconocidos de forma necesaria por ser expresiones en el campo del derecho de reglas lógicas o, incluso, de leyes físicas, químicas, etc. como en el caso de las primeras. Aquí se trata de principios que protegen valores reconocidos, como bienes jurídicos, por el sistema legal y que el Estado puede o no reconocerlos. La voluntad estatal aquí es, en principio, libre. Sin embargo, estos principios vienen exigidos en el orden internacional por la finalidad por la cual éste es constituido. A su vez, la negación de estos principios jurídicos, generalmente reconocidos como derechos fundamentales de los Estados, significa una negación de los derechos fundamentales de los individuos, que constituyen el Estado lesionado en sus derechos, lo cual demuestra una cierta relación entre los derechos fundamentales de unos y de otros. A continuación analizaremos los temas aquí mencionados.

a. El problema del reconocimiento

Dijimos que, a diferencia de los principios analizados en el apartado A de este título, los principios aquí tratados presentan el inconveniente de que su reconocimiento por parte de los Estados no es forzoso. Los Estados pueden o no reconocerlos. Sin embargo, la necesidad del reconocimiento de estos principios se determina en el hecho que, dependiendo de su reconocimiento o no, el orden jurídico de que se trate cumplirá en mayor o menor medida su finalidad de asegurar relaciones civilizadas entre los sujetos del sistema y, con ello, proteger la existencia, integridad y desarrollo de éstos y de la comunidad de la cual forman parte. La medida del reconocimiento de estos principios es, con ello, el termómetro del estado, de civilización de la sociedad que establece el orden jurídico, en este caso la sociedad internacional. Por este motivo el proceso de reconocimiento es dinámico y puede crecer o incluso decrecer²³, de acuerdo al nivel moral que posea la sociedad internacional en un momento histórico dado.

²³ Las actuales operaciones militares que han destruido Estados completos (tales como Afganistán, Iraq, Libia y Siria), no son sino una muestra de un proceso de decreci-

Muchas veces estos principios no son reconocidos no porque no se advierta la importancia de su vigencia en la comunidad internacional, sino porque estos principios se oponen a intereses políticos, económicos, militares, etc. de algunos sujetos internacionales. Esto es así desde que el derecho es un límite al abuso del poder. Von der Heydte hace notar que, si bien el derecho necesita del poder para efectivizarse en la sociedad, para ser *derecho positivo* en tanto reconocido y aplicado, el derecho como expresión de un derecho natural, el derecho justo, pone límites al abuso del poder²⁴. Es justamente esta lucha entre el poder abusivo y el derecho, tan presente en el ámbito internacional, lo que por lo general dificulta el reconocimiento de estos principios básicos del derecho internacional.

Si estos principios no se imponen a la voluntad del Estado de manera forzosa, surgirá la pregunta de cómo estos principios pueden limitar esa voluntad. En este trabajo elegimos dos caminos para realizar una demostración de esa necesidad: el primero es la relación de necesidad que existe entre estos principios y los fines por los cuales se estableció el orden jurídico internacional; el segundo es la necesidad de su reconocimiento debido a la vinculación de estos principios con los derechos fundamentales de la persona humana.

b. La necesidad derivada de la relación medio-fin

Tanto la Carta de Naciones Unidas, sobre todo en su art. 2º, como la resolución 2625 (XXV) de Asamblea General de Naciones Unidas, contienen el reconocimiento concreto de ciertos principios pertenecientes a esta categoría, ya que estas normas son establecidas para proteger bie-

miento en el reconocimiento del principio de prohibición del uso de la fuerza en contra de un Estado. En efecto, tales usos de la fuerza tratan de ser justificados por el principio contenido en el artículo 2, 4 de la Carta de Naciones Unidas y sus excepciones, ambos también normas del derecho consuetudinario. Pero ante la incompatibilidad de dichas operaciones con este principio, se comienza a desarrollar teorías permisivas del uso de la fuerza que le están quitando vigencia. Se observa la intención de generar un nuevo derecho consuetudinario que haga caer el principio de prohibición del uso de la fuerza, o en un desuetudo, o que posea tantas y tan amplias excepciones, que en le quita valor práctico.

²⁴ F. A. FREIHERR VON DER HEYDTE, "Ein Beitrag zum Problem der Macht in "klassischen" und im "neuen" Völkerrecht", en: *Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg zu seinem 70. Geburtstag*, (Schätzle/Schlochauer, Hrsgg.), Frankfurt am Main, 1956, págs. 172-199, págs. 174 y 175.

nes jurídicos fundamentales de la comunidad internacional. La declaración 2625 (XXV) en su párrafo final señala a estos principios “constituyen principios básicos de derecho internacional”, e “insta a todos los Estados²⁵ a que se guíen por esos principios en su comportamiento internacional y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base del estricto cumplimiento de esos principios”.

Si se analiza más detenidamente concluiremos que el cumplimiento de estos principios viene exigido por la finalidad de la sociedad internacional. Esa finalidad puede ser enunciada de forma amplia como la consecución del bien común internacional. No se advierte otra finalidad en la organización jurídica de la sociedad internacional, constituyendo esta finalidad la razón de ser de todo el orden jurídico internacional. El bien común internacional está especificado en sus elementos más importantes en los propósitos de Naciones Unidas, en el art. 1º de su Carta. Entre ellos los dos más importantes es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y la cooperación internacional.

La relación de necesidad que existe entre los principios básicos de derecho internacional y los propósitos de la sociedad internacional está expresamente reconocida por la Carta de Naciones Unidas, cuando en el encabezado de su artículo 2º dice:

“Para la realización de los Propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios”.

²⁵ Como bien lo remarcan Verdross y Simma, a diferencia de la Carta de NU que en el encabezado de su art. 2 se refiere a la “Organización” y a sus “Miembros”, la declaración se refiere a los *Estados*. Esta ampliación se debe, de acuerdo a la opinión de los autores, a la expansión del reconocimiento de estos principios por parte de los Estados en el año de la declaración (1970) con respecto a los 51 Estados que participaron en la Conferencia de San Francisco. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, p. 452, págs. 273 y 274. A la par de ello se puede justificar esta expansión de los destinatarios de estos derechos y obligaciones contenidos en la declaración que, al no ser sino la reafirmación y desarrollo de los principios ya contenidos en la Carta, se les aplica el artículo 2, 6 que impone a los Estados no miembros de Naciones Unidas a conducirse de acuerdo a estos principios, en la medida que ello sea necesario, para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Aquí se ve claramente cómo la finalidad perseguida por la comunidad internacional organizada, expresada en los propósitos de Naciones Unidas, determina una serie de principios que poseen carácter necesario para alcanzar esa finalidad²⁶. Existe así entre propósitos y principios una relación de fin y de medio, para alcanzar una determinada situación se debe proceder también de una determinada manera. El texto del citado artículo demuestra esa relación con las expresiones “Para la realización (...) procederán de acuerdo...”. Desde que la sociedad internacional se constituye en base a una finalidad determinada, ampliamente concertada por la sociedad internacional en la Carta de NU, el derecho no puede tener cualquier contenido. El contenido del derecho debe servir a la consecución de los fines por los cuales el orden jurídico internacional se estableció. Es por ello que la Carta de NU presenta un catálogo de principios jurídicos que no pueden no ser reconocidos por los Estados, si se desea alcanzar la finalidad concertada. En cierto sentido esto encierra una necesidad lógica, ya que no se pueden crear normas que contradigan la finalidad última del orden jurídico a la que pertenecen.

c. La necesidad derivada de la relación entre los derechos fundamentales de los Estados y los derechos fundamentales de la persona humana

Relacionado con lo inmediatamente arriba expresado, la necesidad de estos principios también está dada por el hecho que todo orden jurídico, por ende también el internacional, existe para regular las relaciones entre los sujetos que constituyeron ese orden, persiguiendo el bien de los mismos. Sin relación no hay derecho y sin sujetos no hay relación. De allí que el derecho tiene como finalidad principal la protección de los sujetos a través del ordenamiento de sus relaciones recíprocas²⁷. Esto lo notaban

²⁶ Conf. VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, dritte Auflage, Berlin, 1984, (en adelante: *Universelles Völkerrecht*), pár. 451, pág. 273, quienes sostienen que se “trata de ciertos principios esenciales cuyo respeto constituye el presupuesto más importante para la realización de los fines de la ONU”. Traducción realizada por el autor de este trabajo.

²⁷ En ese sentido Alfred Verdross hace notar que una sociedad sólo puede subsistir si sus integrantes están obligados a respetar sus vidas y sus bienes. A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in*

ya los juristas romanos con la expresión *omne ius hominum causa constitutum est*²⁸. Por ello el orden jurídico debe estar constituido de una forma tal que proteja a los sujetos titulares de la relación a regular, que tienda al bien de todos ellos, y no que favorezca su destrucción o degradación. Esto constituye la finalidad última y la razón de ser de todo orden jurídico y por ello también del orden jurídico internacional.

Es en este sentido que los principios reconocidos en la Carta de NU son considerados como los derechos y obligaciones fundamentales de los Estados. Verdross y Simma, haciendo referencia a los principios contenidos en la resolución 2625 (XXV) de Asamblea General de Naciones Unidas, expresan en este sentido:

*“La declaración califica a estos principios en su último párrafo como “basic principles of international law”, ya que ellos contienen las obligaciones básicas de los Estados y los derechos básicos que de ellas se derivan. Nosotros entendemos que se tratan de esos derechos y obligaciones que poseen los Estados directamente en base a su subjetividad internacional, “simply as international-persons”, y sin los cuales una convivencia pacífica entre los Estados no sería posible”*²⁹.

Reconocido esto, es obvio que el derecho no puede tener cualquier contenido. De allí surge la necesidad de un determinado contenido axiológico en el derecho. Se trata de un cúmulo de valores que le dan contenido al orden jurídico y que están por él reconocidos como los bienes jurídicos objeto de la protección de sus normas. Las normas en un orden

geschichtlicher Schau, Zweite erweiterte und neubearbeitete Auflage, Wien, 1963, pág. 248. Una traducción al español de la obra puede ser consultada en la Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=456>. Fecha de consulta: 02/08/2015.

²⁸ J. BLANCH NOUGUÉS, “Ius, iustitia y persona: a propósito de la pregunta antropológica”, *Revista General de Derecho Romano* 10, 2008, págs. 1-19. El artículo puede ser consultado en: <http://dspace.ceu.es/bitstream/10637/3494/1/406611%5B1%5D.pdf>. Consultado el 31/07/2015.

²⁹ VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, pár. 451, pág. 273. La traducción del alemán al español, en esta y en otras partes del trabajo, corresponde al autor del mismo.

jurídico encuentran no sólo su razón de ser, sino también su fundamento de validez en el bien jurídico que protegen³⁰. Estos valores tienden a asegurar la existencia y el desarrollo de los sujetos de derecho del orden jurídico y de la comunidad que ellos forman, lo que exige que el derecho sea de una determinada forma y no de otra. Esta exigencia de contenido limita la voluntad de los Estados al momento de crear la norma internacional.

En el derecho interno es la persona física, el ser humano, el sujeto principal y originario de toda relación. Es así que todo orden jurídico interno tiende a resguardar la integridad de la persona humana, tal como lo exige su naturaleza, su forma de ser. En este sentido, todo orden jurídico interno protege la vida prohibiendo el homicidio, protege la integridad física prohibiendo las torturas, las lesiones, etc., protege la libertad de las personas prohibiendo su privación ilegítima, asegurando el ejercicio de la libertad de movimiento, expresión, etc. Se trata de derechos fundamentales del hombre que todo orden jurídico interno debe respetar si desea ser tal. No sería imaginable un orden jurídico que le reconociera a todo sujeto el derecho a matar, torturar, privar a los otros de su libertad, violar, robar, etc. Este no sería un orden jurídico ya que no cumpliría con su finalidad básica de proteger a sus sujetos.

Dicho esto, notamos que existe una correspondencia entre los derechos fundamentales de la persona humana y aquellos de los Estados.

Los principios básicos de derecho internacional contenidos en el artículo 2º de la Carta de Naciones Unidas y en la resolución 2625 (XXV) son aquellos que parte de la doctrina los denominan derechos fundamentales de los Estados, ya que tienden a proteger elementos existenciales básicos de éstos. Entre estos derechos y los derechos fundamentales de la persona humana hay una relación innegable: dado que la persona humana vive en una sociedad determinada, la cual constituye el ámbito personal del Estado, la negación, a esta entidad, de determinados derechos fundamentales afecta gravemente los derechos fundamentales de los individuos que constituyen esa sociedad³¹. Estando constituido el Estado

³⁰ VERDROSS, *Völkerrecht*, 1964, pág. 15.

³¹ Aquí no se hace referencia a la violación de los derechos humanos ya que esto sólo lo puede realizar el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre la persona (ver por ejemplo el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Aquí se trabaja sobre la idea de

por seres humanos concretos, por individuos, es claro que lo que le pase al Estado afectará a cada individuo.

Lo mismo que se sostiene con respecto a los Estados se puede decir de los pueblos, los cuales son reconocidos como sujetos por parte del derecho internacional. El pueblo no está sino constituido por una pluralidad de personas. Lo que le suceda al pueblo, le sucederá a cada uno de los individuos que lo constituyen.

A continuación analizaremos la necesidad de algunos principios fundamentales de los Estados, principios que ya han tenido reconocimiento expreso por parte del derecho internacional vigente, en donde se puede observar una estrecha relación entre estos principios con los derechos fundamentales de la persona humana.

1. Principio de libre determinación de los pueblos

Antes de constituirse como Estados o formar parte de otra entidad soberana por decisión propia, la sociedad internacional ha reconocido a los pueblos que aún se encuentran bajo una dominación colonial o una ocupación extranjera, el derecho a libre determinación. El titular de este derecho es el pueblo, pero este derecho a su vez está íntimamente ligado a los derechos fundamentales de los individuos que lo constituyen.

De ese modo, la resolución 2625 (XXV) nos muestra cómo una misma conducta, esto es, la subyugación, dominación y explotación de un pueblo por una potencia extranjera, tiene como resultado no sólo la negación del principio de libre determinación de los pueblos sino también de los derechos fundamentales de los individuos de ese pueblo. En esa resolución expresa la Asamblea General de Naciones Unidas:

“...y teniendo presente que el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación al principio (se refiere al princi-

que la conducta de otros Estados con respecto a un tercer Estado puede llevar a la imposibilidad del goce de los derechos fundamentales de las personas que habitan ese tercer Estado. Por ello no se habla aquí de *violación*, sino de *negación* de los derechos fundamentales de las personas.

*pio de libre determinación de los pueblos), así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta*³².

En sentido inverso, es notable que el común artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, acuerdos básicos sobre derechos humanos en el ámbito universal, reconoce un derecho que le corresponde al pueblo como tal, esto es, el derecho a libre determinación. Esto es así ya que, tal como lo afirma Tomuschat “*el derecho de libre determinación... se considera la base fundamental de todos los derechos humanos*”³³. Queda así claro que, sin el goce del derecho a libre determinación, no es posible gozar los derechos fundamentales de la persona humana.

Esto nos demuestra que existe una conexión fundamental entre el principio de libre determinación de los pueblos y los derechos fundamentales de los individuos que constituyen ese pueblo. Lo que le suceda al pueblo, le sucederá a los individuos que lo conforman.

2. El principio de no intervención en los asuntos interno de los Estados

Cuando el pueblo constituye un Estado su derecho a la libre determinación no desaparece, sino que se encuentra expresado en su soberanía. En virtud de la soberanía del Estado, el pueblo que lo constituye determina, sin intervención extrajera, su forma de gobierno, su política interna en general y su política externa. Se puede discutir si la Carta de Naciones Unidas reconoció el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados o no³⁴, lo cierto es que éste ya había sido reconocido por el

³² Obsérvese que la misma resolución 2625 (XXV) utiliza la expresión *denegación* y *no violación*, esto en relación a lo que destacamos al comienzo de este título.

³³ Christian TOMUSCHAT, “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponible en: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_s.pdf. Consultado el 31/07/2015.

³⁴ Generalmente se sostiene que el artículo 2, 7 de la Carta de UN prohíbe solamente la intervención de Naciones Unidas en los asuntos internos de los Estados y no

derecho consuetudinario en el derecho internacional clásico³⁵. De todos modos, la resolución 2625 (XXV) de Asamblea General de NU lo reconoce y desarrolla expresamente como prohibición de intervenir en la relación Estado-Estado. Dicho esto, se observará que el principio de no intervención como expresión de la soberanía estatal está estrechamente ligada a los derechos fundamentales de los individuos: la intervención en los asuntos internos de los Estados no sólo es una violación a la soberanía estatal, sino que tiene como consecuencia necesaria la negación de derechos fundamentales de los individuos que constituyen el Estado intervenido. Si el Estado no puede elegir libremente su sistema político, económico, social y cultural, ya que existe una injerencia externa, es claro que son los individuos que forman ese Estado los que no podrán elegir libremente sobre sus propios destinos, libertades y derechos. Hasta qué punto los individuos gozarán de los derechos fundamentales dependerá no de ellos mismos, sino del o los Estados intervinientes. Es así que la libertad de los individuos está íntimamente ligada a la libertad del Estado.

La violación al principio de no intervención puede traer incluso consecuencias catastróficas para los derechos fundamentales de las personas que forman el Estado intervenido. Un claro, y tristemente actual, ejemplo de ellos nos lo da la intervención extranjera en la política interna de Siria. La intervención de diversos Estados, cada uno movido por sus propios intereses, en este conflicto interno degeneró la situación en una sangrienta guerra civil, ya de carácter internacional debido, justamente, al apoyo abierto a ciertos grupos por parte de los Estados extranjeros intervinientes³⁶, en donde la vida, la integridad física, las diversas libertades, por no hablar de todo el catálogo de los derechos económicos, sociales y

de los Estados entre sí. Sin embargo, si aplicamos el principio jurídico de quien no puede lo menos, tampoco puede lo más, obtendremos como resultado que si los Estados miembros de la ONU, actuando en el marco y con la autoridad de ella, no pueden intervenir en los asuntos internos de los Estados, menos lo podrán hacer actuando individualmente, sin la autoridad de Naciones Unidas.

³⁵ VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, pár. 490, págs. 300 y 301.

³⁶ Con respecto a esto, ordena la resolución 2625 (XXV): “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”.

culturales, se tornaron impracticables para la mayoría de los individuos que forman el pueblo del Estado sirio. En este ejemplo concreto se ve cómo la violación del principio de no intervención genera una situación de negación de los derechos más fundamentales para los individuos del Estado víctima de la violación. Otros ejemplos actuales de la misma situación se observan en Libia, Yemen e Iraq.

Todos estos ejemplos nos prueban que la protección de la soberanía del Estado no es un pensamiento retrógrado y en desuso, sino que está establecida como medio de protección y defensa de los individuos que forman el Estado. Sobre todo, los casos actuales dan cuenta de la necesidad de reconocimiento y respeto del principio de no intervención en particular y de la soberanía estatal en general y la necesidad de su vigencia en el derecho internacional contemporáneo.

3. El principio de prohibición del uso de la fuerza

Este principio fue reconocido por primera vez, no por el derecho consuetudinario sino por la Carta de Naciones Unidas en 1945. Este principio decide la lucha entre el abuso del poder y el derecho a favor del derecho y es una norma jurídica que protege, sobre todo, a los Estados militarmente más débiles. A través del reconocimiento de este principio, la sociedad internacional pasó de un estadio de ley de la selva, en donde todos los Estados tenían los mismos derechos, pero los más poderosos los podían ejercer a través de la guerra y a costa de los más débiles, a una sociedad civilizada y jurídicamente organizada. Recordemos que este principio es la base de todo el Sistema de Seguridad Colectiva establecido por la Carta de NU. El principio de prohibición del uso de la fuerza muestra también relación con el respeto o denegación de los derechos fundamentales de los individuos que constituyen el Estado: como este principio prohíbe la aplicación de la fuerza armada en contra de un Estado soberano, su violación consiste, necesariamente, en la destrucción de bienes fundamentales del hombre como su vida, su integridad física, su propiedad, sus libertades, etc.

Ejemplos concretos de cómo la violación a este principio genera situaciones en las cuales los derechos más fundamentales son negados masivamente nos los proveen, en casos recientes, la invasión de Afganistán del 2001 y la invasión de Iraq del 2003. En ambos casos el uso de la

fuerza llevó no sólo a la violación de la independencia política (*regime change*) de Afganistán y del Iraq, sino que también provocó una destrucción masiva de vidas humanas, y demás derechos fundamentales, del hombre en esos Estados.

Del análisis de este segundo bloque de principios, notamos que éstos son de reconocimiento necesario si se quiere establecer un orden jurídico internacional, lo que también implica un mínimo de protección a sus sujetos. Un orden jurídico que no provea a esta finalidad, dejaría de ser tal. En el caso de la protección del Estado a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales se observa que tienen como efecto directo la protección de los derechos fundamentales de los individuos y que la negación de los primeros lleva a la privación de los segundos. De allí que la protección por parte del orden jurídico internacional de los derechos fundamentales de los Estados tenga su razón de ser última en la protección de la persona humana y sus derechos fundamentales o naturales.

Estos principios vienen reconocidos tanto a través del derecho consuetudinario, como del principio de no intervención, a través de un tratado internacional, como el principio de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, o a través de declaraciones realizadas en el seno de las organizaciones internacionales, como es el caso del principio de libre determinación de los pueblos que, si bien está mencionado en el art. 1 inc. 2 de la Carta de UN, fue la resolución 1514 (xv) de Asamblea General la que lo reconoció de forma decidida. Algunos de estos principios son reconocidos como normas del *ius cogens*, ya que los Estados toman conciencia de su importancia para la vida de la sociedad internacional.

III. Conclusiones

De los trabajos realizados por el Dr. Julio Barberis, y del análisis por ellos motivado, se desprende una conclusión principal: que la voluntad de los Estados al momento de crear la norma internacional no es ilimitada, sino que está sometida a diversas restricciones.

Pueden variar las clasificaciones y las explicaciones de esos límites sin que ellas se excluyan entre sí necesariamente. La clasificación y fundamento seguidos en el presente trabajo se basan en la distinción entre naturaleza de la cosa y naturaleza humana. De la primera se derivan

principios jurídicos que se imponen forzosamente a la voluntad del Estado al momento de crear la norma internacional, siendo que él no puede no reconocerlos, no posee alternativa. De la segunda derivan una serie de principios que no se imponen a la voluntad del Estado de forma forzosa, sino que el Estado debe reconocer si desea alcanzar la finalidad por la cual se constituyó el orden jurídico internacional y, en relación con esa finalidad, si desea asegurar el goce de los derechos fundamentales a las personas individuales que constituyen cada uno de los Estados.

Todos estos principios, de una o de otra forma, limitan la voluntad del Estado y el Estado no puede no reconocerlos, si lo que desea es establecer un orden jurídico al crear la norma internacional. Estos principios limitan la voluntad estatal por el simple hecho de que no provienen de ella. No son creados sino que el Estado se limita a reconocerlos. En cuanto al primer grupo de principios, se tratan de principios de reconocimiento forzoso pero que, por lo general, son axiológicamente neutros. Sin embargo, ellos son ineludibles para la conformación de la estructura misma de todo orden jurídico. No pueden no estar presentes en él.

En el caso de los principios del segundo grupo, el reconocimiento estatal no es forzoso y de hecho ha variado con el tiempo. Aquí se trata de principios jurídicos que protegen valores esenciales para la comunidad internacional, los cuales constituyen el contenido axiológico del orden jurídico internacional. De este modo, su no reconocimiento por parte del Estado llevaría a un orden jurídico imperfecto, cuando no primitivo, cuyo funcionamiento no sería capaz ni si quiera de proteger la existencia de sus sujetos, en primera línea los Estados y los individuos que los forman.

En un mundo poblado de peligrosas tendencias voluntaristas, relativistas y anti-principistas³⁷, en donde, incluso, se llega a negar la importancia del derecho como norma que rige las relaciones entre los sujetos internacionales, se torna necesaria la toma de conciencia de que existen principios jurídicos que no derivan de la voluntad Estatal y que de su reconocimiento o no depende la presencia de un orden jurídico internacional o de una falacia.

³⁷ Ver: Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Los principios generales del Derecho Internacional Público como base del orden público internacional”, *Cuaderno de Derecho Internacional*, N° VIII, *Los principios generales del Derecho Internacional Público: realidades y perspectivas*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, Córdoba, 2013, págs. 46-76 y pág. 66 y ss.

LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL AMERICANO EN EL PENSAMIENTO DE JULIO A. BARBERIS

*María Pilar Llorens**

Resumen: El presente trabajo examina la problemática de la existencia o inexistencia del Derecho Internacional Americano desde la óptica de la obra del jurista argentino Julio A. Barberis. A estos efectos se analizan las características del Derecho Internacional Americano desde una perspectiva general. Para luego realizar un examen pormenorizado de la concepción de Barberis sobre el Derecho Internacional Americano y sus instituciones propias; perspectiva que es contrastada con la doctrina mayoritaria que ha trabajado sobre la temática.

Palabras-clave: Barberis - Derecho Internacional Americano - *Uti possidetis iuris* - Asilo diplomático - Navegación en cuencas fluviales.

Abstract: This article analyses the existence or nonexistence of the (Latin)American International Law issue from the view of the Argentine jurist Julio A. Barberis. In order to do this Latin (American) International Law characteristics are examined from a general point of view. Then Barberis' (Latin)American International Law and institutions conception is assessed and contrasted with the one proposed by most scholars who had studied this topic.

Keywords: Barberis - American International Law - *Uti possidetis iuris* - Diplomatic Asylum - Navigation in river basins.

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho Internacional Americano. 1. Antecedentes. 2. Características. 3. El Derecho Internacional Americano en la concepción de Julio A. Barberis. III. Normas americanas de derecho internacional. 1. *Uti possidetis iuris*. 2. El asilo diplomático. 3. Reglas sobre la navegación en las cuencas fluviales. IV. Consideraciones finales.

*Abogada. Doctoranda en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesora de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.

I. Introducción

Dentro de la discusión general relativa a la fragmentación del Derecho Internacional o a la coexistencia del universalismo y el regionalismo en esta rama del Derecho¹ se encuadra el tratamiento de una de las temáticas más antiguas en la tradición jurídica americana²: la cuestión de la existencia o inexistencia de un orden jurídico propio que regule las

¹ Sobre este tema se han realizado diversos estudios. En este sentido, pueden consultarse los informes de la Comisión de Derecho Internacional sobre esta materia (A/61/10 pár. 251), así como los trabajos en la obra *XXXVI Curso de Derecho Internacional (2009)*. “*Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*”, OEA, Washington DC, 2010; A. S. PAGLIARI, “Aportes argentinos y latinoamericanos al Derecho Internacional”, *Cuaderno de Derecho Internacional V. Homenajes al Bicentenario. Aportes argentinos y latinoamericanos al Derecho Internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2012, págs. 13-35; J. A. BARBERIS, “Normas del Derecho Internacional Latinoamericano”, *Cursos de Derecho Internacional. Serie Temática. Volumen 2 (Parte 1): El Sistema Interamericano (1974-2001)*, OEA, Washington DC, 2003, págs. 94-133; entre otros.

² Son numerosos los autores que han abordado la cuestión de la existencia/inexistencia del Derecho Internacional Americano. Entre otros puede consultarse: L. OBREGÓN, “Regionalism Constructed: A Short History of ‘Latin American International Law’”, *European Society of International Law (ESIL) Conference Paper Series N° 5/201*, [en línea]. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2193749> [Último acceso: 11/05/2015]; A. S. PAGLIARI, *ibid.*; C. GUTIÉRREZ ESPADA, “¿Existe el derecho internacional latinoamericano?”, en: Y. GAMARRA CHOPO (coord), *La idea de América en el pensamiento ius internacionalista del siglo XXI. Estudios a propósito de la conmemoración de los bicentenarios de las independencias de las repúblicas latinoamericanas*, Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 2010, págs. 87-108, [en línea]. Disponible en: <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/30/12/07gutierrez.pdf> [Último acceso: 11/05/2015]; W. MENEZES, *Derecho Internacional en América Latina*, (trad. Ana Carolina Izaga de Senna Ganem), FUNAG, Brasilia, 2010, [en línea]. Disponible en: http://funag.gov.br/loja/download/714-Derecho_Internacional_em_America_Latina.pdf [Último acceso 11/05/2015]; M. del LUJAN FLORES, “Universalismo y regionalismo”, *XXXVI Curso de Derecho Internacional (2009)*. “*Universalismo y Regionalismo a Inicios del Siglo XXI*”, OEA, Washington DC, 2010, págs. 373-390; M. G. MONROY CABRA, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, págs. 296-297; A. E. VILLALTA VIZCARRA, “La contribución de América al Derecho Internacional”, *XXXIII Curso de Derecho Internacional (2006)*. “*El Derecho Internacional en las Américas: 100 años del Comité Jurídico Interamericano*”, OEA, Washington DC, págs. 59-94; J. A. BARBERIS, *ibid.*, así como los autores citados en cada una de las obras mencionadas.

relaciones entre los Estados americanos. Dada su trascendencia no se encuentra ausente en la obra del jurista argentino Julio A. Barberis.

Si bien son pocos los textos que ha dedicado a esta cuestión, no es menos importante el aporte y las enseñanzas que pueden extraerse de ellos. Ya que en ellos realiza una sólida construcción jurídica alrededor de las problemáticas que plantea el análisis del derecho internacional americano.

Consecuentemente el presente trabajo busca examinar el tratamiento que el Dr. Barberis ha realizado de esta materia. Para ello, en la primera parte, se aborda en términos generales la cuestión del derecho internacional americano para luego señalar las particularidades de la obra de Barberis vinculadas con esta temática. En segundo lugar, se analizan las normas regionales americanas contrastando el pensamiento de Barberis y de la doctrina mayoritaria respecto de la regla jurídica tratada.

II. El derecho internacional americano

1. Antecedentes

El debate sobre la existencia de reglas jurídicas propias de América se remonta hasta comienzos del siglo XIX. Ya en los primeros congresos hispanoamericanos se promueve la creación de un cuerpo normativo propio de las repúblicas americanas³. Como corolario de ello es que desde esa época comienza a debatirse, tanto en el seno de las conferencias internacionales americanas como por parte de la doctrina, la posibilidad de la existencia de un ordenamiento jurídico propio de América distinto del derecho internacional general.

La primera gran discusión protagonizada por doctrinarios tuvo lugar a fines del siglo XIX, entre los juristas argentinos Amancio Alcorta y Carlos Calvo. Alcorta al comentar la tercera edición de la obra de Calvo *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América* la criticó sosteniendo que era demasiado europea y que además desconocía

³ A. S. PAGLIARI, *opág. cit.*, págs. 13-14; GUTIÉRREZ ESPADA, *opág. cit.*, pág. 87; MENEZES, *opág. cit.*, pág. 128 y ss.

la existencia de un derecho internacional americano que se sustentaba en reglas jurídicas propias del continente americano tales como el *uti possidetis iuris* de 1810; el principio de no intervención; la condena de la conquista, entre otros⁴. Por su parte, Carlos Calvo refutó las afirmaciones de Alcorta manifestando que el derecho internacional es uno solo y que no admite distinciones de ninguna clase; consecuentemente el derecho internacional trabaja con principios y no con soluciones a problemas específicos⁵.

Este debate continuó a comienzos del siglo XX, particularmente entre el jurista chileno Alejandro Álvarez y el jurista brasileño Manoel A. de Souza Sá Vianna. Álvarez fue un férreo defensor de la existencia de un derecho internacional propio de las repúblicas americanas. Así, en el III Congreso Científico Latinoamericano en 1905, presentó un trabajo titulado “Origen y desarrollo del Derecho Internacional Americano” en el que manifestaba que “*ha habido en este Continente problemas sui-generis o de un carácter netamente americano y que los Estados de este hemisferio han reglado en las Conferencias Interamericanas, en materias que no interesan sino a esos Estados*”⁶ 7. Álvarez volvió a repetir su tesis tres años después en el Primer Congreso Científico Panamericano (Chile, 1908) donde se enfrentó con Sá Vianna. Éste sostuvo que esos “*problemas comunes al continente americano, de por sí, no constituyen un derecho internacional, sino la existencia de principios americanos, muchos de los cuales han sido incorporados al derecho internacional*”⁸. Este debate se prolonga con la obra de

⁴ PAGLIARI, *opág. cit.*, págs. 14-16; MENEZES, *opág. cit.*, pág. 134.

⁵ OBREGÓN, *opág. cit.*; PAGLIARI, *opág. cit.*; E. J. REY CARO, “Notas sobre la Doctrina Iusinternacionalista Argentina en el siglo XIX. Su Proyección en la enseñanza en las universidades argentinas y en particular en la Universidad Nacional de Córdoba”, *Revista de la Facultad. Nueva Serie II*, vol. 1, N° 1, Córdoba, 2010, págs. 17-23.

⁶ Álvarez consideraba que el derecho internacional americano era complementario con el derecho internacional general. Cf. PÁG. CALLEJAS BONILLAS, “La obra del Comité Jurídico Interamericano en el desarrollo y codificación del Derecho Internacional”, *Cursos de Derecho Internacional. Serie Temática. Volumen 2 (Parte 1): El Sistema Interamericano (1974-2001)*, OEA, Washington DC, 2003, págs. 261-274.

⁷ C. DÍAZ CISNEROS, *Derecho Internacional Público*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1966, citado por VILLALTA VIZCARRA, *opág. cit.*, pág. 62, nota 1.

Álvarez de 1910 *Le Droit international américain* y la contestación de Sá Vianna en 1912 con su obra *De la non-existence d'un Droit international américain*⁹.

Esta discusión volvió a presentarse en el seno de las conferencias americanas siendo esta vez sus protagonistas Alejandro Álvarez y el jurista argentino Daniel Antokoletz. Álvarez seguía sosteniendo la existencia de un derecho internacional propio de las naciones americanas que tenía principios jurídicos particulares como por ejemplo: el *uti possidetis iuris*, la libre navegación de los ríos, la prohibición del cobro compulsivo de deudas, la prohibición de la conquista, entre otros¹⁰. Por su parte, Antokoletz manifestaba que el derecho internacional era uno solo, con principios comunes en todo el mundo; como resultado de ello, para este autor, no podía existir un derecho americano distinto del derecho internacional general¹¹.

2. Características

En la actualidad, la discusión acerca de la fragmentación del Derecho Internacional se encuentra superada¹². La gran mayoría de los autores acepta la existencia de un derecho internacional americano, esto es, un régimen particular de derecho que se complementa con el Derecho Internacional General.

⁸ PAGLIARI, *opág. cit.*, pág. 15.

⁹ GUTIÉRREZ ESPADA, *opág. cit.*, pág. 89; BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 96.

¹⁰ J. C. FAIDUTTI, *Folleto de Investigación N° 6: El derecho internacional americano y la Carta Democrática Interamericana*, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, Colombia, 2005, [en línea]. Disponible en: <http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/pdf/34.pdf> [Último acceso: 12/05/2015].

¹¹ I. N. MALDONADO VARGAS, *Alejandro Álvarez. Hito histórico del Derecho Internacional. Tesis de Maestría*, Universidad Internacional de Andalucía, Andalucía, 2010, [en línea]. Disponible en: http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/799/0158_Maldonado.pdf?sequence=3 [Último acceso: 12/05/2015]; CALLEJAS BONILLAS, *opág. cit.*

¹² Como lo demuestra el hecho que la Comisión de Derecho Internacional pusiera fin a las discusiones sobre esta materia en el año 2006.

Esto supone que el derecho internacional americano¹³ contiene un conjunto de reglas que se aplican de manera particular al continente americano. Este conjunto de reglas se puede clasificar conforme sean exclusivas de las relaciones americanas o bien hayan tenido origen en el ámbito regional y hayan sido absorbidas por obra de la *generalización*¹⁴ por el derecho internacional general¹⁵.

Dentro de la primera categoría se encuentran las normas relativas al asilo diplomático, estrechamente vinculadas con normas de derechos humanos y la promoción del sistema democrático¹⁶; y la navegación de los ríos internacionales¹⁷. Por su parte, dentro de la segunda categoría se encuentran normas tales como: el principio del *uti possidetis iuris*, no intervención, solución de controversias, prohibición de la conquista, prohibición del cobro compulsivo de la deuda pública entre otros.

3. *El derecho internacional americano en la concepción de Julio A. Barberis*

Julio Barberis aborda la temática de la existencia del derecho internacional americano en su artículo “Normas del Derecho Internacional Americano”¹⁸. En éste señala que el concepto *derecho internacional americano* ha dado lugar a una polémica entre los juristas americanos de principios de siglo XX ya que debaten acerca de la existencia de normas

¹³ Ha sido definido como “*el conjunto de normas jurídicas internacionales que poseen un ámbito de validez personal limitado a los países americanos, un ámbito de validez espacial limitado al territorio de esos países y un ámbito material diferente, en cierta medida, al de las normas del orden jurídico universal*”, Cf. J. A. BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 130; o bien como “*conjunto de principios, normas, doctrinas y prácticas aplicadas a las relaciones interamericanas*”, Cf. PAGLIARI, *opág. cit.*, pág. 19.

¹⁴ El proceso de generalización será desarrollado en el apartado II. 3. El derecho internacional americano en la concepción de Julio A. Barberis.

¹⁵ PAGLIARI, *opág. cit.*, págs. 19 y 24-25; GUTIÉRREZ ESPADA, *opág. cit.*, pág. 94 y ss.; LUJÁN FLORES, *opág. cit.*, pág. 317 y ss.

¹⁶ PAGLIARI, *opág. cit.*, pág. 28; LUJÁN FLORES, *opág. cit.*, pág. 323 y ss.

¹⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, *opág. cit.*, págs. 91-92.

¹⁸ *Opág. cit.*

jurídicas propias del continente. Esta polémica versaba sobre cuatro puntos: a) el concepto de derecho internacional americano; b) la eventualidad de su existencia teórica; c) su existencia real en la época de la discusión; y d) la relación entre el derecho internacional americano con el derecho internacional universal.

Sin embargo, considera que esta polémica no opone *dos tesis lógicamente contradictorias*¹⁹ ya que las partes no distinguen y refutan las proposiciones sostenidas por las otras. En consecuencia indica que lo correcto es analizar dos corrientes de pensamiento sobre esta temática. La primera que reúne a los “*autores que incluyen en la definición de este concepto elementos no normativos*”²⁰ como las doctrinas y las prácticas propias del continente. Mientras que la segunda comprende los autores que definen al derecho internacional americano como “*el conjunto de normas jurídicas específicas que rigen las relaciones entre los Estados americanos*”²¹, eliminando todos los elementos no normativos.

Barberis sostiene que para analizar la existencia o inexistencia del derecho internacional americano lo primero que debe examinarse es si en el ordenamiento jurídico internacional existen normas que puedan ser aplicadas sólo a “*un ámbito regional o si, por el contrario, todas poseen validez universal*”²². Si se encuentra que existen normas que tengan una validez regional entonces deberá indagarse si existe fehacientemente un conjunto de normas propias que rigen las relaciones de los Estados Latinoamericanos; y en su caso, habrá que precisar si ese conjunto normas tiene la entidad e importancia suficiente para ser designado como derecho internacional americano.

Este autor señala, asimismo, que para identificar la existencia de normas propias de América será necesario llevar a cabo “*un estudio comparado del derecho internacional universal y del derecho internacional en vigor en este continente*”²³. En el momento en que se

¹⁹ *Opág. cit.*, pág. 96

²⁰ *Opág. cit.*, pág. 96

²¹ *Opág. cit.*, pág. 97.

²² *Opág. cit.*, pág. 97.

²³ *Opág. cit.*, pág. 97.

compruebe que existe una diferencia entre ambos podrá afirmarse la existencia de normas regionales.

A los efectos de llevar adelante este análisis desarrolla en los siguientes apartados un examen de la configuración del orden jurídico internacional señalando en primer lugar que todo orden jurídico es “*el conjunto de normas que poseen, en última instancia, un mismo fundamento de validez*”²⁴. Consecuentemente, todo “*orden jurídico está constituido [...] por normas estructuradas jerárquicamente*”²⁵.

Ahora bien, toda norma ha sido creada según un *método jurídicamente regulado*²⁶: la fuente de derecho. En el ámbito del derecho internacional existen hechos capaces de generar normas jurídicas, es decir, son fuentes de derecho. Barberis, señala que éstos son: la costumbre, el tratado, los actos jurídicos unilaterales, las resoluciones de las organizaciones internacionales, las sentencias judiciales o arbitrales y los principios generales del derecho.

Sin embargo, es necesario verificar la validez de las normas de derecho internacional. Entendiendo por validez el “*modo de existencia específico de una norma jurídica*”²⁷. En este ámbito Barberis distingue cuatro ámbitos de validez de las normas jurídicas: a) el ámbito espacial; b) el ámbito temporal; c) el ámbito personal; y d) el ámbito material. El primero de ellos es el “*espacio en el interior del cual la norma jurídica es válida como tal*”²⁸. El segundo, indica “*el período durante el cual la norma jurídica es válida*”²⁹. Por su parte el tercer ámbito se refiere a “*los individuos respecto de los cuales la norma es válida*”³⁰. Finalmente el ámbito material designa “*la conducta humana que la norma define como permitida, prohibida u obligatoria*”³¹.

²⁴ *Opág. cit.*, pág. 97.

²⁵ *Opág. cit.*, pág. 99.

²⁶ BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 99

²⁷ BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 100.

²⁸ *Opág. cit.*, pág. 100.

²⁹ *Opág. cit.*, pág. 100.

³⁰ *Opág. cit.*, pág. 100.

³¹ *Opág. cit.*, pág. 100.

Barberis se pregunta si es posible la existencia de normas cuyos ámbitos espacial y personal se encuentren restringidos. A estos efectos, considera las distintas fuentes de creación de las normas jurídicas internacionales, y manifiesta que a diferencia de los principios generales del derecho que sólo pueden tener un ámbito de validez, las normas jurídicas surgidas de otras fuentes pueden tener tanto un ámbito de validez general como particular.

A raíz de ello, el derecho internacional reconoce la existencia de normas regionales. Entendiendo que reúnen este carácter aquellas normas cuyos ámbitos de validez espacial y personal se encuentran limitados. En este aspecto Barberis destaca que la limitación de estos dos ámbitos de validez es esencial ya que de lo contrario no podrán considerarse normas regionales.

Además agrega que otra condición para la existencia de normas regionales es que el ámbito de validez material de la norma debe presentar una diferencia de cierta entidad respecto de las normas del derecho internacional general o universal. “*Esta diferencia puede referirse directamente a los que la norma prescribe como permitido, prohibido u obligatorio*”³², o bien puede consistir en “*que erige como fuente de derecho un hecho que no es reconocido por tal por el derecho internacional universal*”³³.

Las normas jurídicas regionales pueden tener tanto un origen convencional como consuetudinario. En materia de extinción de las normas regionales para Barberis es necesario distinguir dos casos: a) la norma regional desaparece del orden jurídico; y b) la norma regional pierde su carácter regional pero conserva su carácter de norma jurídica.

Dado que la existencia de las normas regionales requiere que, por un lado, el ámbito de validez personal y espacial de la norma regional se encuentre limitado y, por el otro, que el ámbito de validez material de la norma sea distinto de las normas de derecho internacional universal, la desaparición de cualquiera de las condiciones provoca la pérdida de la calidad de norma jurídica regional. Esta situación puede tener lugar por-

³² BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 103.

³³ BARBERIS, *opág. cit.*, pág. 103.

que desaparece la limitación del ámbito de validez personal o espacial, o bien por la aparición, en el orden jurídico universal, de una norma con un ámbito de validez material análogo al de la norma regional. En este último caso, la conducta estipulada como permitida, prohibida u obligatoria pasa a ser el objeto de una prescripción del derecho internacional universal.

Este proceso mediante el cual la norma regional se convierte en una norma de derecho internacional universal se denomina *generalización* y puede ocurrir de diversas formas. Una de ellas tiene lugar cuando la norma regional pierde la limitación de su ámbito de validez personal. La otra se da cuando en el ámbito universal se adopta una norma con un contenido análogo al de la norma regional, consecuentemente el ámbito de validez material de dicha norma deja de tener un contenido esencialmente diferente con el derecho internacional universal. De este modo la región pierde una norma específica pero se enriquece el ordenamiento jurídico universal. Así, son numerosas las normas con las que el continente americano ha contribuido al desarrollo del derecho universal, siendo ejemplos de ello el régimen jurídico de la propiedad privada en la guerra naval y las normas relativas a las reservas en los tratados multilaterales.

Barberis señala otro fenómeno que puede afectar a las normas regionales: la *abrogación*. Ello tiene lugar cuando la norma en “*vigor en el resto de la comunidad internacional se generalice y reemplace a la norma existente en la región*”³⁴, ya sea que se trate de una norma convencional o de una norma consuetudinaria.

Conforme a este análisis Barberis concluye que en América Latina³⁵ existen un número limitado de normas regionales: la regla del *uti possidetis*, el régimen de asilo diplomático y ciertas reglas sobre la navegación en las cuencas fluviales. Las que serán analizadas en el apartado siguiente. Ello debido a que otras normas jurídicas propias de América han perdido el carácter de normas regionales por obra de la generalización. Tal es el caso de las normas referidas a la limitación de la intervención extranjera

³⁴ *Opág. cit.*, pág. 105.

³⁵ A los fines de su estudio Barberis entiende que el espacio latinoamericano “*comprende la parte de América situada al sur del río Grande, excepto los territorios que han estado o que aún están bajo administración holandesa, británica o estadounidense, como Belice, Guyana, Surinam y una parte considerable de las islas del Caribe*”, *opág. cit.*, pág. 106.

en el cobro compulsivo de deudas públicas, las normas relativas a las limitaciones a la responsabilidad del Estado y las que restringen el ejercicio de la protección diplomática.

III. Normas americanas de derecho internacional³⁶

1. *El uti possidetis iuris*

Barberis considera que una de las normas más características del derecho internacional americano es la regla del *uti possidetis iuris* en tanto y en cuanto los nuevos Estados hispanoamericanos, surgidos del proceso de independencia de principios de siglo XIX, adoptaron la concepción por medio de la cual consideraban que “ningún territorio en América era *res nullius* y los antiguos límites administrativos pasaban a ser límites internacionales”. Ello debido a que los nuevos Estados se consideraban sucesores de los títulos que había adquirido España en las Indias occidentales en virtud de las bulas papales *Inter Caetera* y *Dudum siquedum* dictadas por el papa Alejandro VI en 1493.

Conforme a estos títulos, España detentaba la soberanía sobre todas las tierras descubiertas o por descubrir que se ubicaran al oeste de la línea demarcada por el tratado de Tordesillas; esta soberanía no requería la toma de posesión de dichas tierras, lo que daba lugar a que en América no existiesen territorios *res nullius*. Como resultado de ello los Estados hispanoamericanos que accedían a la independencia tenían “*plena jurisdicción sobre sus respectivos territorios, incluso en las zonas sobre las cuales no ejercían la posesión efectiva*”³⁷.

Esta regla perseguía dos objetivos: por un lado facilitar la demarcación de límites entre los Estados recientemente independizados y por el

³⁶ En este apartado se analizarán sólo las normas que Barberis considera como normas regionales. Aun cuando, como en el caso del *uti possidetis iuris*, una parte considerable de la doctrina considere que se trata de normas que integran el derecho internacional universal, por haber sido incorporadas a este ordenamiento por obra de la generalización.

³⁷ F. ARMAS PFIRTER, J. A. BARBERIS, A. BÉRAUD y N. FREYRE, *Los límites de la República Argentina*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 16.

otro, eliminar cualquier posibilidad de ocupación por parte de terceros Estados. En consecuencia, fue incorporada en numerosos tratados de límites, en cláusulas de las constituciones políticas de los Estados hispanoamericanos y en diferentes compromisos arbitrales que procuraban encontrar la solución de un problema territorial o limítrofe³⁸.

Ahora bien, después de examinar diversos antecedentes convencionales y jurisprudenciales Barberis analiza la naturaleza jurídica de la regla del *uti possidetis iuris*. Si bien reconoce que hay variadas opiniones sobre este aspecto, concluye que “la regla del *uti possidetis* sólo posee valor jurídico convencional, o sea, vale como norma en la medida en que aparece incluida en un tratado [o] en los casos en que está incluido en la Constitución o en las leyes internas de un Estado”³⁹. Consecuentemente Barberis considera que el *uti possidetis* es un procedimiento para fijar límites internacionales; es decir, se trata de una regla técnica que carece de valor jurídico obligatorio por sí misma, en este

³⁸ Barberis menciona como ejemplos de ellos:

a) Tratados limítrofes: Tratado de alianza y federación entre Venezuela y Cundinamarca (28/05/1811); Provincias Unidas de Centro América y Colombia (15/03/1825); Colombia y Perú (12/09/1829); Guatemala y Honduras (19/07/1845); Argentina y Chile (30/08/1855); Ecuador y Perú (25/01/1860).

b) Constituciones políticas: Ley Fundamental de la Gran Colombia (1819), art. 2º. Esta disposición se mantuvo en las constituciones de 1821 y 1830; luego de la disolución de la Gran Colombia los Estados sucesores (Venezuela, Nueva Granada y Ecuador) conservaron disposiciones similares en sus constituciones. Asimismo, son otros ejemplos, la Constitución de México de 1824 (art. 2º); la Constitución de la República Centroamericana de 1824 (art. 5º); y la Constitución de Costa Rica de 1848 (art. 7º), así como en las posteriores de 1859, 1869 y 1871.

c) Compromisos arbitrales: Compromiso arbitral para resolver el conflicto limítrofe entre Venezuela y Colombia, firmado en 1881 y complementado por un acta en 1886, mediante el cual se le solicita a la corona española que resuelva la diferencia por medio de la aplicación de la regla del *uti possidetis iuris*. Otro caso ejemplo es el Acuerdo de Tegucigalpa de 1894, firmado por Nicaragua y Honduras; el compromiso arbitral de 1930 entre Honduras y Guatemala y el compromiso entre Bolivia y Perú de 1902.

³⁹ *Opág. cit.*, pág. 111, en el mismo sentido J. A. BARBERIS, “Un precedente poco conocido sobre la aplicación del *uti possidetis* a un río limítrofe que cambia de curso”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. X, 1994, págs. 61-82, [en línea]. Disponible en: http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21308/1/ADI_X_1994_03.pdf [Último acceso: 14/05/2015], págs. 75 y 76.

sentido la asimila al caso de la adopción del *thalweg*, la línea media o la costa seca para delimitar un río o un lago.

La justificación de esta postura se encuentra en el hecho de que el *uti possidetis iuris* sólo se ha aplicado en aquellos casos en los que existía un tratado que así los disponía, o bien cuando una constitución o las leyes de un Estado fijan sus límites conforme a este principio (es decir, adoptan las antiguas divisiones administrativas como límites del Estado). Además, este autor sostiene que en ningún antecedente jurisprudencial el juez o árbitro ha acudido al *uti possidetis* como una norma o título supletorio cuando no existe una norma aplicable a un caso donde deban determinarse los límites de un Estado.

Asimismo, Barberis sostiene que el contenido de la regla del *uti possidetis* es distinto según se aplique en América o en África. En el primer supuesto sólo comprende los límites administrativos coloniales que pasan a ser límites internacionales, es decir, cuando se trata de Estados colindantes surgidos del mismo imperio colonial. Mientras que en el segundo supuesto no sólo comprende los límites administrativos coloniales, sino también los límites internacionales de la época colonial, cuando los Estados colindantes pertenecían a dos imperios coloniales distintos. Consecuentemente, al variar el contenido del ámbito de validez material de la norma se trata de una norma regional.

Sin embargo, cabe destacar que un gran número de doctrinarios entiende que el *uti possidetis iuris* es un principio de derecho internacional, que implica el mantenimiento de los límites administrativos o fronteras coloniales existentes en el momento de acceso a la independencia. Si bien se trata de un principio de origen americano ha sido aceptado por la doctrina como un principio de aplicación universal, especialmente después de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto relativo a la controversia fronteriza (Burkina Faso/República de Mali)* de 1986.

En dicha sentencia la Corte Internacional de Justicia aplicó por primera vez el principio del *uti possidetis iuris* fuera del ámbito latinoamericano⁴⁰, elaborando una sólida construcción jurídica al respecto. La Cor-

⁴⁰ A. G. LÓPEZ MARTÍN, “El arreglo de las controversias territoriales por la Corte Internacional de Justicia. Una aproximación a sus líneas directrices”, *REDUR* N° 11, diciembre 2013, págs. 55-72, [en línea]. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero11.htm> [Último acceso: 15/05/2015]

te manifestó que se trata de un principio general consuetudinario de derecho internacional que se encuentra estrechamente vinculado al fenómeno de la descolonización, dondequiera que ella tenga lugar, siendo su objetivo proteger la independencia y la estabilidad del nuevo Estado de guerras fratricidas provocadas por el cuestionamiento de las fronteras luego de que la potencia colonial se haya retirado⁴¹. En este contexto, el *uti possidetis iuris*, implica la transformación de los límites administrativos coloniales en fronteras internacionales propiamente dichas⁴². Cabe destacar que el *uti possidetis* “acredita un título jurídico que tiene valor superior a la posesión efectiva como base de la soberanía”⁴³. Finalmente, la Corte considera que no puede ponerse en duda la aplicación de este principio ya que se encuentra en el rango de los principios jurídicos más importantes⁴⁴.

2. El asilo diplomático

El asilo diplomático es otra de las normas consideradas por Barberis como una norma regional americana ya que se trata de una práctica que ha tenido un desarrollo particular y que se ha consolidado en los siglos XIX y XX⁴⁵. Gran parte de la doctrina concuerda con la inclusión de esta práctica como una norma regional americana⁴⁶.

⁴¹ *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pág. 554, § 20 y 21.

⁴² *I.C.J. Repág. 1986*, § 23.

⁴³ A. S. PAGLIARI, *Curso de Derecho Internacional Público, 2º ed.*, Advocatus, Córdoba, 2013, pág. 328; PAGLIARI, “TIJ Asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador/Honduras; Nicaragua interviniente). Sentencia de 11 de Septiembre de 1992”, en: L. I. SAVID BAS, PAGLIARI, F. PERALTA, *et. al.*, *Jurisprudencia Internacional Comentada*, Lerner editora, Córdoba, 2004, pág. 122.

⁴⁴ *I.C.J. Repág. 1986*, § 26.

⁴⁵ Barberis considera que, justamente, esta práctica seguida por los Estados latino-americanos permite concluir que el “*asilo diplomático es una institución que se funda en una costumbre regional*”, *Cf. Opág. cit.*, 2003, pág. 121.

⁴⁶ Entre otros: PAGLIARI, *opág. cit.*, 2012, pág. 26 y ss.; GUTIERREZ ESPADA, *opág. cit.*, pág. 92 y ss.; MENEZES, *opág. cit.*, pág. 259 y ss.

Para analizar esta institución Barberis aborda, en primer, lugar los antecedentes del asilo y señala que se trató de una práctica común hasta el siglo XVIII fundada en los privilegios e inmunidades con los que contaban los embajadores para la protección del ejercicio de su función, que también se extendía a su residencia y que impedían que los funcionarios locales controlaran los espacios bajo jurisdicción del embajador. En consecuencia, se entendía que éstos contaban con la autoridad suficiente para otorgar refugio a las personas perseguidas por delitos comunes; en tanto los delitos políticos se encontraban excluidos de la protección ya que se consideraban un atentado contra el soberano.

Sin embargo, a fines del siglo XVIII, al cambiar la concepción política del Estado, se modificó la institución del asilo diplomático y se reservó exclusivamente para los perseguidos por delitos políticos. Ya hacia mediados del siglo XIX esta práctica declinó notablemente y en consecuencia en la actualidad *“ha perdido el carácter de una institución del derecho internacional general”*. No obstante ello, en América Latina el asilo diplomático continúa en vigor.

Por asilo diplomático se entiende el refugio que ciertos sujetos del derecho internacional pueden otorgar a individuos en el interior del territorio de un Estado extranjero en el cual ellos son perseguidos o reclamados por motivos o delitos políticos. Constituye un derecho del sujeto internacional que lo otorga, y no un derecho del individuo. Sin embargo, Barberis señala que el asilo diplomático no puede ser ofrecido por un Estado ya que se lo consideraría un gesto inamistoso y como una injerencia en [los] asuntos internos del otro Estado.

El asilo diplomático se otorga en los casos en que la persona es perseguida por las autoridades del Estado, así como también cuando individuos o grupos persiguen al individuo por motivos políticos y no existe autoridad alguna capaz de controlar el orden público.

En América Latina ha evolucionado de manera tal que en la actualidad cuenta con rasgos distintivos. Se encuentra codificada en diversos instrumentos de carácter bilateral y multilateral⁴⁷, siendo la Convención

⁴⁷ Entre otros, Barberis señala: a) Convención consular entre México y los Estados Unidos de América (1942); b) El tratado de paz y amistad entre Costa Rica, Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua (Washington, 1907); c) Acuerdo bolivariano

de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954 la más completa en esta materia. La mayoría de estos instrumentos recogen la práctica latinoamericana en la materia⁴⁸ y, cuando ello no es así, las normas consuetudinarias tienen una función supletoria.

En este aspecto, el asilo diplomático, se caracteriza por ser otorgado personas perseguidas por motivos políticos, a los acusados por delitos políticos o en situaciones institucionales anormales⁴⁹ sin distinción de nacionalidad ni situación civil o militar. Los espacios en los que puede otorgarse el asilo diplomático son: la sede de la misión diplomática, la residencia del jefe de la misión, un buque de guerra, una aeronave militar, o bien por tropas de un Estado extranjero. Cabe destacar que ni el buque de guerra ni la aeronave militar pueden encontrarse en reparación ya que de lo contrario no pueden utilizarse para otorgar asilo diplomático.

La calificación del hecho como un delito político es realizada por el Estado que otorga el asilo. Ésta puede realizarse sobre la base de un criterio objetivo (v. gr. las prescripciones del Código Penal) o sobre la base de un criterio subjetivo (v. gr. considerando el fin que se proponía el autor del delito). En caso de que el Estado considere que se trata de un delito político y proceda a otorgar asilo deberá notificar inmediatamente esta decisión al Estado territorial. Además solicitará el otorgamiento de un salvoconducto para que el asilado pueda abandonar el territorio nacional⁵⁰.

sobre extradición entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela (1911); d) Tratado de derecho penal internacional (Montevideo, 1889); e) Tratado sobre asilo y refugio políticos (Montevideo, 1940); f) Convención de La Habana (1928); y g) Convención de Montevideo (1933).

⁴⁸ Barberis destaca que la única diferencia que existe entre la Convención de Caracas de 1954 y la práctica regional se encuentra en el art. 12. Éste dispone que el Estado territorial se encuentra obligado a otorgar el salvoconducto solicitado por el Estado que haya otorgado el asilo diplomático; mientras que la práctica latinoamericana permite que el Estado territorial deniegue el salvoconducto cuando considere que el delito por el que se persigue al individuo es un delito común.

⁴⁹ En este punto Barberis destaca: golpes de Estado, sublevaciones militares, el establecimiento de una dictadura, la instalación de un gobierno *de facto*, reemplazo de tribunales ordinarios por tribunales políticos o bien la falta de medios para garantizar el orden público.

⁵⁰ Cabe resaltar que en el ámbito consuetudinario ninguno de los dos Estados puede imponer la calificación de la conducta al otro Estado y se requerirá un acuerdo

Si por el contrario el Estado decide no conceder el asilo, el solicitante deberá abandonar el lugar donde había requerido refugio. En estos casos el Estado no se encuentra obligado a justificar su decisión.

Mientras dure el asilo, el asilado no podrá “*perturbar el orden público, ni intervenir de ninguna manera en las actividades políticas del Estado territorial*”⁵¹. Tampoco podrá abandonar el espacio donde se encuentra refugiado ya que, de lo contrario, podrá ser capturado por las autoridades del Estado territorial.

Son varias las situaciones que pueden dar lugar a la terminación del asilo diplomático: muerte o renuncia del asilado, abandono del lugar luego de obtenido el salvoconducto o bien por decisión del Estado asilante.

No debe dejar de destacarse que la Corte Internacional de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la institución del asilo diplomático en el caso “Haya de la Torre”⁵² que enfrentó a las Repúblicas de Colombia y Perú a comienzos de los años cincuenta.

Este caso comenzó cuando, el 3 de enero de 1949, Víctor Raúl Haya de la Torre, dirigente político del APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana) investigado por las autoridades peruanas como instigador de una rebelión militar que había tenido lugar en octubre de 1948, solicitó asilo diplomático en la embajada colombiana en Lima. Colombia concedió el asilo y solicitó al Perú que se otorgara el salvoconducto que permitiría que Haya de la Torre abandonara el país ya que consideraba que se trataba de un perseguido por delitos políticos; sin embargo, Perú denegó el salvoconducto porque entendió que el asilo había sido concedido en contraviniendo la Convención de La Habana de 1928 ya que el delito por el que se perseguía a Haya de la Torre era un delito común. Ante estas

entre ellos para solucionar la cuestión. En cambio, como se señaló anteriormente, la situación varía con la Convención de Caracas de 1954, ya que la calificación de la conducta sólo puede ser realizada por el Estado que otorga el asilo.

⁵¹ BARBERIS, *opág. cit.*, 2003, pág. 116.

⁵² En este asunto la Corte Internacional de Justicia dictó tres sentencias: Colombian-Peruvian asylum case, Judgment of November 20th 1950: *I.C. J. Reports 1950*, pág. 266; Request for interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the asylum case, Judgment of November 27th, 1950: *I. C. J. Reports 1950*, pág. 395; y Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: *I.C. J. Reports 1951*, pág. 71.

circunstancias ambos Estados resolvieron plantear la controversia ante la Corte Internacional de Justicia⁵³.

Colombia, en su presentación, sostenía que tenía el derecho de calificar la naturaleza del delito en tanto y en cuanto se trataba del Estado que había concedido el asilo, fundando su posición en el Acuerdo Bolivariano de junio de 1911, la Convención de La Habana sobre asilo de 1928 y en general en el Derecho Internacional Americano, y consecuentemente, el Estado territorial tenía la obligación de conceder el salvoconducto. Por su parte, Perú, manifestaba que el asilo otorgado por Colombia había sido hecho en violación a las provisiones de la Convención de la Habana de 1928.

En su primera sentencia, del 20 de noviembre de 1950, la Corte consideró que Colombia no tenía el derecho de calificar de manera unilateral y definitiva la naturaleza del delito y de exigir consecuentemente el salvoconducto. Además, indicó que el otorgamiento del asilo se había realizado en contravención de las disposiciones de la Convención de La Habana.

Este caso es paradigmático porque, entre sus consideraciones para rechazar la posición colombiana, la Corte indicó que no existían reglas de derecho internacional americano que pudieran fundar la petición; de este modo el tribunal descartó la existencia de costumbres regionales americanas en materia de asilo diplomático, aunque aceptó la posibilidad teórica de su existencia⁵⁴. La Corte sostuvo:

“Además de las normas que surgen de los acuerdos que ya han sido considerados, ha invocado una pretendida costumbre regional o local, propia de los Estados Latinoamericanos.

La parte que invoca una costumbre de esta clase debe probar que esta costumbre se encuentra establecida de manera tal que se ha convertido en obligatoria para la otra Parte. El gobierno colombiano debe probar que la regla invocada es conforme con un uso uniforme practicado por los Estados en cuestión, y que este uso es la expresión de un derecho propio del Estado que otorga el asilo y un deber a cargo del Estado territorial. Ello se deriva del artículo 38

⁵³ Acta de Lima, de 31 de agosto de 1949.

⁵⁴ Cf. GUTIÉRREZ ESPADA, *opág. cit.*, pág. 92.

del Estatuto de la Corte que se refiere a la costumbre internacional como “la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁵⁵.

A partir de estas consideraciones, la Corte Internacional de Justicia marcó las diferencias que existen entre las costumbres regionales y las costumbres generales, al sostener que las primeras requieren ser probadas por quien las alega, situación que no tiene lugar cuando se trata de una costumbre general.

Esta sentencia no resolvió la cuestión del asilo diplomático que se le había otorgado a Haya de la Torre, ya que si bien consideró que el Estado asilante no tiene derecho a calificar unilateral y definitivamente la naturaleza del delito imputado al refugiado, tampoco puede calificarse la conducta de Haya de la Torre como un delito común, tal como lo pretendía Perú, ya que se trataba de un delito político. No obstante, señaló que no existía ninguna norma que obligase a Perú a otorgar el salvoconducto solicitado por Colombia.

Ante estas circunstancias Colombia solicitó una interpretación de la sentencia del 20 de noviembre de 1950, requiriendo que la Corte precisara las modalidades de cumplimiento de aquella y que se indicara que no estaba obligada a entregar a Haya de la Torre a las autoridades peruanas. Sin embargo, el Tribunal internacional entendió⁵⁶ que la demanda de interpretación era inadmisibles ya que se requería que la Corte decidiera sobre aspectos que no habían sido considerados en la sentencia anterior.

Como resultado de ello, Colombia volvió a someter una nueva demanda ante la Corte a los fines de solicitarle que definiera las modalidades de cumplimiento de la sentencia. Ante ello, la Corte dictó una nueva sentencia⁵⁷ en la que sostuvo que no existía una única modalidad para el cumplimiento de la sentencia, teniendo las partes la libertad de elegir la que más les conviniera. Para así decidir, la Corte se basó en la existencia de una tradición jurídica americana que impide que el refugiado político sea objeto de entrega. En este aspecto Barberis destaca que “*este razo-*

⁵⁵ *I.C.J. Reports 1950*, págs. 274-276.

⁵⁶ *I.C.J. Reports 1950*, pág. 395.

⁵⁷ *I.C.J. Reports 1951*, pág. 71.

namiento y la terminología empleada permiten llegar a la conclusión de que el Tribunal invocaba aquí una costumbre regional"⁵⁸.

Finalmente, dado que la Corte no decidió cómo debían poner fin al asilo diplomático otorgado a Haya de la Torre, las partes debieron llevar adelante negociaciones diplomáticas que culminaron en un acuerdo que permitió que Haya de la Torre abandonara la embajada colombiana en Perú.

3. Reglas sobre la navegación en las cuencas fluviales

Barberis denomina río internacional a aquel que atraviesa el territorio de dos o más Estados o que constituye un límite entre Estados. Hace la salvedad de que, además de servir como vías navegables, los ríos ofrecen otras posibilidades como la pesca, usos industriales, riego, abastecimiento de poblaciones, producción de energía eléctrica, etc.⁵⁹ Plantea la problemática de si, desde la visión del Derecho Internacional, un Estado puede, en forma arbitraria, usar las aguas de un río internacional y disponer de sus recursos, o si, por el contrario, existen ciertos límites o restricciones con respecto a los demás Estados ribereños, o de alguna manera interesados o afectado por dicho curso de agua. En este sentido, analiza la doctrina Harmon (que sostiene la facultad de cada Estado de actuar sin restricción alguna dentro de su territorio), la teoría de la integridad territorial absoluta (expuesta por Max Huber, que entiende que el Estado debe comportarse dentro del ámbito de su territorio de forma tal que el régimen natural del río no se modifique cuando pasa al territorio del Estado vecino) y las teorías restrictivas de la soberanía territorial (basadas en los conceptos de condominio y derecho de vecindad, que en general sostie-

⁵⁸ *Opág. cit.*, pág. 119 y nota 48.

⁵⁹ En el mismo sentido: PAGLIARI, *opág. cit.*, 2013, pág. 557; DIEZ DE VELASCO y M. VALLEJO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, pág. 573; M. QUEROL, *Serie recursos naturales e infraestructura: Estudios sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos*, CEPAL, Santiago de Chile, 2003, pág. 11, [en línea]. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6431/S0310752_es.pdf?sequence=1 [Última consulta: 25/05/2015]

nen que el Estado puede usar de los ríos internacionales pero que su régimen se halla sujeto a ciertas restricciones en beneficio de los otros ribereños). Avanza luego sobre la noción de *cuenca*, expresando “*que en materia de ríos internacionales, la ciencia los contempla como formando parte de una cuenca hidrográfica, la cual constituye una unidad natural [...] constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común*”⁶⁰.

Barberis sostiene que, en relación a uno de los usos que ofrece un río internacional, el relativo a *la libertad de navegación* en las cuencas fluviales⁶¹, es una norma que tiene el carácter de regional americana, ya que el resto de reglas que rigen la utilización de las vías de agua en América latina derivan del derecho internacional general, que las ha venido desarrollando desde el siglo XVIII⁶².

Las primeras normas que se formularon fueron las relativas a la libertad de navegación. En este ámbito debe destacarse el Acta Final del Congreso de Viena de 1815 que recoge la apertura de la navegación comercial de los ríos de los Estados ribereños (Rin y Danubio) para los buques del pabellón de dichos Estados. Siendo esta regla recogida y ampliada a Estados no ribereños, por diversos acuerdos internacionales posteriores aplicables en la mayor parte del territorio europeo y también en América del Norte⁶³. La libertad de navegación en los ríos europeos quedó asegurada mediante el Tratado de Paz de Versalles (1919) y los instru-

⁶⁰ BARBERIS, *Los recursos nacionales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, Tecnos. 1979. págs. 27-54.

⁶¹ En este aspecto, en primer lugar, es necesario señalar que en la actualidad se prefiere la utilización de la expresión *curso de agua internacional* por sobre la de río internacional por ser más comprensiva. Con dicha expresión se designa, tal como lo señala Querol, “*un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común*” encontrándose cualquiera de sus partes en el territorio de distintos Estados. De esta forma los cursos de agua podrán ser sucesivos cuando atraviesan el territorio de varios Estados o bien fronterizos cuando sirven de frontera entre dos o más Estados.

⁶² QUEROL, *opág. cit.*, pág. 11.

⁶³ QUEROL, *opág. cit.*, pág. 12 y F. PARDO SEGOVIA, “*Algunas aproximaciones al tema de la navegación fluvial*”, *Agenda internacional*, Vol. 5, N° 11, 1998, págs. 167-184, [en línea]. Disponible en: <http://revistas.pucpág.edu.pe/index.php/agendainternacional/issue/view/721> [Última consulta 25/05/2015]

mentos adoptados en la Conferencia de Barcelona (1921). A través de estos acuerdos internacionales se establecía la internacionalización de una serie de ríos y, además, se establecía un régimen para asegurar la libre navegabilidad sin discriminación⁶⁴. Se preveía la reserva de cabotaje para buques de los Estados ribereños. De este modo se configuró como una norma internacional.

Sin embargo, no es posible afirmar que la libertad de navegación sea una regla general de derecho internacional. Ello debido a que los Estados latinoamericanos no firmaron estos instrumentos, considerando que se trataba de acuerdos o concesiones unilaterales⁶⁵, y que por ende se regían por acuerdos particulares. Precisamente en este sentido, Barberis señala que la libertad de navegación en América Latina tiene caracteres especiales⁶⁶, es así que a partir de la segunda guerra mundial sólo comprende la libertad de circulación. Es decir “*se limita a los aspectos técnicos de la navegación fluvial [y sólo implica] permitir el paso de los buques por la vía acuática en su estado natural*”⁶⁷.

Además, Barberis, destaca que la libertad de navegación tiene un marcado carácter territorial, lo que implica que los buques que enarbolan el pabellón de uno de los Estados ribereños sólo podrán navegar por el sector del río que forma parte de su territorio; mientras que los buques de otras banderas sólo podrán navegar por el río si existe un tratado o un acto unilateral que así lo permita⁶⁸.

Para llegar a estas conclusiones Barberis realiza un breve recuento histórico de la libertad de navegación por la cuenca del Río de la Plata, del

⁶⁴ QUEROL, *opág. cit.*, pág. 12 y PAGLIARI, *opág. cit.*, 2013, pág. 563.

⁶⁵ J. A. BARBOZA, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 2001, pág. 432.

⁶⁶ PARDO SEGOVIA, *opág. cit.*, pág. 175, señala que en América del Sur: “*la tendencia no ha consistido en reconocer a la libre navegación como un derecho derivado de una costumbre internacional de cumplimiento obligatorio; por el contrario, la política seguida por las naciones sudamericanas, ha consistido en otorgar a otros Estados la navegación de un río en calidad de concesión, siempre por mandato de la voluntad del Estado territorial.*”

⁶⁷ BARBERIS, *opág. cit.*, 2003, pág. 124. En el mismo sentido Pardo Segovia señala que el Estado ribereño no tiene el deber de mantener la navegabilidad del río.

⁶⁸ En los mismos términos se expide Gutiérrez Espada, *opág. cit.*, quien considera que la libertad de navegación por las cuencas fluviales latinoamericanas constituye una norma de derecho internacional americano.

Amazonas y del Orinoco, destacando que en todos los casos, en el siglo XIX, la libertad de navegación implicaba, en cierta medida, la libertad de comercio, situación que se vio alterada a mediados de siglo XX.

Respecto de los usos distintos de la navegación, Barberis, hace un pormenorizado análisis de la regulación jurídica para el aprovechamiento de los ríos internacionales⁶⁹, efectuando una minuciosa indicación de reglas y principios recogidas en diversos instrumentos internacionales⁷⁰, habiéndose algunas de ellas transformado en costumbre internacional. A saber: A) Obligación de no causar perjuicio sensible (comprende la no contaminación de las aguas internacionales resultante de un acto humano en el contenido o calidad de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional); B) Derecho al uso equitativo y razonable de las aguas (comprende tanto la distribución razonable y equitativa de los beneficios, como la explotación razonable que está referida al fin para el que se dispone el recurso hidráulico disponible); C) Obligación de comunicar. La obligación de comunicar a otros Estados los proyectos de obra o trabajos hidráulicos a ser realizados comprende: a) La necesidad de consentimiento previo de los Estados afectados de las obras a realizar para evitar infringir la regla del uso equitativo y razonable; b) El consentimiento de los Estados afectados. Consiste en una práctica general como consecuencia lógica de la existencia de la norma que prohíbe causar un perjuicio sensible a otro Estado; c) La cuestión de la comunicación previa. Generalmente los Estados convienen un procedimiento por el cual uno comunica al otro el proyecto de la obra para que pueda determinar si la obra que se proyecta realizar le causará o no un perjuicio sensible y si ella se ajusta al uso equitativo y razonable del río. d) El deber de negociar. Surge ante la existencia de un diferendo entre el Estado que

⁶⁹ BARBERIS, *opág. cit.*, 1979.

⁷⁰ Entre estos instrumentos se destacan: a) Resolución sobre la reglamentación internacional de las aguas internacionales (1911); b) la Convención relativa al aprovechamiento de fuerzas hidráulicas que interesan a varios Estados (1923); c) las Reglas de Helsinki (1966); d) el Convenio sobre la protección y la utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales (1992); e) la Declaración de Montevideo relativa al uso industrial y agrícola de ríos internacionales (1993); y f) Convención de Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (1997).

proyecta la obra y el presuntamente afectado, existiendo en este caso el deber de ambos Estados de entablar una negociación diplomática para llegar a un acuerdo. Estima que, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, existiría una norma consuetudinaria que establecería la obligación de negociar entre los Estados interesados.

IV. Consideraciones finales

La existencia de un ordenamiento jurídico propio de América es una cuestión que ha sido examinada por numerosos juristas; Barberis no es la excepción. Para ello utiliza un abordaje particular que lo diferencia de los propuestos o utilizados por otros autores.

Inicialmente considera que debe analizarse la existencia de normas regionales, entendiendo que éstas son aquellas que tienen un ámbito de validez personal y espacial limitado, así como su ámbito de validez material diferente del de las normas del derecho internacional universal. A partir de esta primera aproximación, define al derecho internacional americano como el “*conjunto de normas jurídicas internacionales que poseen un ámbito de validez personal limitado a los países americanos, un ámbito de validez espacial limitado al territorio de estos países y un ámbito de validez material diferente, en cierta medida, del de las normas del orden jurídico universal*”⁷¹.

Asimismo, destaca que la noción de derecho internacional americano variará conforme a la época en que se realice el análisis. Ello es así debido a que a principios de siglo XX América contaba con una serie de normas que eran propias de la región; sin embargo, estas normas han perdido dicho carácter como consecuencia del fenómeno de la generalización del derecho internacional. En este aspecto la limitación al cobro compulsivo de las deudas públicas es uno de los ejemplos más clásicos.

En consecuencia, en la actualidad sólo se puede hablar del derecho internacional americano en tanto y en cuanto se entienda que éste se refiere al conjunto de normas propias de América Latina. Ello es así ya

⁷¹ *Opág. cit.*, 2003, pág. 130.

que pueden detectarse normas regionales: la regla del *uti possidetis iuris*; las normas vinculadas con la libertad de navegación de las cuencas fluviales y finalmente las normas relativas al asilo diplomático.

Merece destacarse que la gran mayoría de los autores que en años recientes se han ocupado de la existencia o inexistencia del derecho internacional americano coinciden con Barberis en señalar que esta expresión se refiere a normas particulares de la región latinoamericana. Sin embargo, no incluyen entre estas normas al *uti possidetis iuris*, ya que lo consideran un principio general del derecho internacional conforme lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su jurisprudencia. Mientras que, por su parte, Barberis, al considerar que sólo se trata de una regla técnica para la delimitación de territorios, que carece de valor jurídico vinculante en tanto y en cuanto no esté incluida en un tratado internacional o en una norma interna de un Estado, concluye que se trata de una norma cuyos ámbitos de validez personal y espacial se encuentran limitados a la región latinoamericana y cuyo ámbito de validez material es diferente del derecho internacional general, como sería el caso del *uti possidetis* aplicado en el continente africano.

En relación con el asilo diplomático existe coincidencia, entre la gran parte de los autores que han analizado las normas del derecho internacional americano y Barberis, en que se trata de una norma regional. Ello debido a que la práctica de los Estados latinoamericanos es la que ha delineado la estructura actual de esta institución; la cual ha sido recogida en instrumentos multilaterales regionales, siendo la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954 la más representativa en esta materia.

Gran parte de la doctrina concuerda en señalar que la libertad de navegación en los cursos de aguas internacionales en América Latina, y particularmente en los Estados sudamericanos, tiene características estrictamente territoriales; a diferencia de lo que ocurre en Europa o en Norteamérica donde la libertad de navegación está asociada con la libertad de comercio. Consecuentemente, Barberis concluye que, debido a estas particularidades, la libertad de navegación en cuencas fluviales es una norma regional del derecho internacional americano.

Finalmente, resta indicar que, en la actualidad, si bien el derecho internacional americano está compuesto por pocas normas, su importancia no es menor. Ello debido a que numerosas normas que integran el derecho internacional general han tenido su origen en el derecho internacional americano: la igualdad jurídica de los Estados, el derecho de no

intervención, la victoria no da derechos y el régimen jurídico de la zona económica exclusiva, son ejemplos que ilustran esta cuestión. De este modo es posible sostener que el derecho americano ha contribuido al desarrollo del derecho internacional general.

LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS MINEROS TRANSNACIONALES. UNA MIRADA DESDE EL TRATADO DE INTEGRACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN MINERA ARGENTINO-CHILENO

*Christian G. Sommer**

Resumen: La elección de este tema estuvo motivado por las diversas presentaciones sobre temas de recursos naturales compartidos que se efectuaron en el Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho, en homenaje al profesor Julio A. Barberis. En particular, se retoma el análisis que el especialista efectuaba sobre los recursos minerales, partiendo de la particularidad de que esos recursos pudieran ser compartidos o no entre los Estados. En tal sentido, el interés que ha generado en los últimos años la explotación de los recursos mineros en la zona fronteriza entre Argentina y Chile nos permite abordar el análisis de las implicancias que se producen desde ciertos aspectos jurídicos, en cuanto a la posibilidad de explotación de recursos mineros por parte de una empresa entre los dos territorios nacionales, aplicando para ello (o no) diversos institutos jurídicos (v. gr. servidumbre), bajo el marco de la aplicación del Tratado sobre Integración y Complementación Minera Argentino-Chileno vigente desde el 2000.

Palabras claves: Recursos Naturales - Explotación Minera - Tratado Minero Argentino-Chileno.

Abstrac: The choice of this theme was motivated by the various presentations on topics of shared natural resources that were made at the Institute of International Law at the National Law Academy, in tribute to professor Julio A. Barberis. In particular, the specialist analysis effected on mineral resources is resumed, beginning with the particularity that these resources could be shared or not between States. In this regard, the interest it has generated in recent years the exploitation of mineral resources in the border area between Argentina and Chile, allows us to approach the analysis of the implications that occur from certain legal aspects regarding the possibility of Argentine-Chilean exploitation of mineral resources by a national

* Abogado. Doctor en Derecho (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público (UNC- UCC- UBP). Profesor de Derecho de la Integración (UNC). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

company between the two territories, by applying (or not) different legal institutes (e. g. servitude) under the framework of the implementation of the Treaty on Mining Integration and Complementation in force since 2000.

Keywords: Natural Resources - Mining Exploitation - Argentine-Chilean Mining Treaty.

Sumario: I. Los recursos naturales compartidos. Ejercicio de soberanía. II. La explotación de recursos en el marco del Tratado Argentino-Chileno de Integración y Complementación Minera. III. La Comisión Administradora del Tratado y de su Protocolo Complementario. IV. El rol de la Comisión Administradora. V. La regulación de servidumbres en el marco del Tratado y los Protocolos. Sus alcances. 1. Recursos hídricos compartidos. 2. Medio Ambiente. VI. Reflexiones finales.

I. Los recursos naturales compartidos. Ejercicio de soberanía.

El alcance en los estudios sobre la explotación conjunta de los recursos naturales y en particular de lo que Barberis también denominaba *recursos naturales compartidos* ha tenido en su obra un aporte al estudio del derecho internacional¹.

Para el autor, la utilización compartida de los recursos estaba determinada por la posibilidad de poder establecer su divisibilidad en base a las concepciones clásicas de los límites entre los Estados. Como señala en su obra, “(...) *la concepción clásica del derecho de gentes enseñaba que el territorio del Estado se extendía “desde los cielos hasta los infiernos”, queriendo indicar que los límites regían tanto en el espacio como en el subsuelo*”². Según esta idea, una vez fijados los límites entre los Estados, quedaban ya delimitadas las competencias para la explotación de los recursos en sus respectivos territorios. Sin embargo, existen recursos que por su composición y ubicación no se encuentran siempre en el territorio de un único Estado sino que pueden estar ubicados entre dos o más espacios territoriales soberanos. Sobre cierto tipo de recursos naturales (especies ictícolas en los ríos internacionales o de otra índole (petróleo o gas) no siempre es factible establecer hitos limitantes

¹ J. A. BARBERIS, *Los Recursos Naturales Compartidos entre Estados y el Derecho Internacional*. Tecnos, 1978.

² J. A. BARBERIS, “Los Recursos Minerales”, *Los Recursos Naturales Compartidos entre Estados y el Derecho Internacional*. Tecnos, 1978, pág. 55.

que especifiquen la titularidad soberana del recurso. En estos casos, el uso compartido de estos recursos entre ambas jurisdicciones implica la utilización de reglas como el aprovechamiento equitativo y razonable del recurso y la aplicación de la cooperación como práctica que posibilite un medio idóneo en la explotación de los recursos, tal como ha sido oportunamente establecido por disposiciones internacionales³.

Sin embargo, en el caso de los recursos mineros sólidos, para Barberis no se presentaba ese inconveniente de delimitación ya que se aplica aquí la práctica de la delimitación vertical de los límites, más allá de que en un tratado no se especifique tal condición y, por ende, el hecho de que un manto de un mineral sólido se prolongue más allá de las fronteras de un Estado no autoriza a éste a atravesar el límite para continuar su explotación, *salvo acuerdo en contrario*⁴. En este último supuesto, los procesos de otorgamiento de ciertas servidumbres han generado, en la aplicación de acuerdos internacionales como el caso del tratado minero argentino-chileno, algunos inconvenientes en su implementación, como se señalará posteriormente.

Todo Estado puede explotar sus recursos dentro de su territorio o bien puede otorgarlos a terceros a través de concesiones de extracción. Es una regla básica de su potestad soberana de ejercer actos de disposición sobre su territorio⁵. Frente a esta práctica del derecho internacional, para referirse a los aspectos relacionados con la explotación de los recursos minerales, Barberis efectúa una distinción entre la denominada *sobe-*

³ Sobre los alcances de recursos naturales compartidos y cooperación, ver: Conferencia de Estocolmo (1979); Resol. 2995 (XXVII); Res. AG 3129 (XXVIII). María Jose CERVEL HORTAL, "El Derecho Internacional y los Recursos Naturales Compartidos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. XXIV, 2008. pág. 79 y ss; Z. DRNAS DE CLEMENT, "Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional", Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Disponible en:

www.acaderc.org.ar/doctrina/.../artrecursosnaturalescompartidos; Dinah SHELTON, "International Cooperation on Shared Natural Resources". Disponible en: <https://portals.iucn.org/library/efiles/html/EPLP-072/section1.html>; Christian SOMMER, "El principio de cooperación internacional", *Cuaderno de Derecho Internacional VIII*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2014, pág. 173 y ss.

⁴ *Ibidem*, págs. 57-58.

⁵ M. KOHEN, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Tesis de Gêneve, París, 1997, pág. 14.

ranía territorial de los recursos de un Estado y la *supremacía territorial*⁶. Mientras que el primero consiste en el ejercicio de la plenitud de las competencias por parte del Estado respecto de su territorio; en el segundo caso, un Estado, bajo su ejercicio soberano, puede otorgar competencias en un sector de su territorio y permitirle efectuar actos de autoridad en las competencias cedidas. En el ámbito de la explotación de minerales, las regulaciones nacionales de los Estados se conforman con el otorgamiento de concesiones para la exploración y explotación de yacimientos en zonas excluidas de fronteras. Pero, como expresa Barberis, se han dado circunstancias a través de acuerdo entre los Estados, por las cuales se ha permitido, a una de las partes contratantes, adquirir el derecho a continuar la explotación minera debajo de la superficie del otro Estado y con ello la jurisdicción sobre las consecuencias de la explotación allí efectuada⁷. Se señalan diversos casos a lo largo de la historia, pudiendo señalarse como ejemplo el acuerdo entre Bélgica y Holanda de 1950 por el cual se estableció una limitación especial de las fronteras, por la cual el subsuelo de la zona existente entre las línea general de la frontera y el límite de explotación estaría sujeto a la jurisdicción del Estado en que el carbón sería llevado a la superficie y no a la del Estado subyacente⁸.

En el caso de la explotación de recursos mineros entre Argentina y Chile, tales cometidos se plasman particularmente, a través de la concesión de permisos de explotación a ambos márgenes de los territorios a empresas multinacionales que vienen utilizando zonas binacionales.

II. La explotación de recursos en el marco del Tratado Argentino-Chileno de Integración y Complementación Minera⁹

Como fruto de los lazos comunes que unen a Chile y Argentina, hace años se viene trabajando en la complementación de espacios comunes o

⁶ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, pág. 34 y ss.

⁷ BARBERIS, *Ibidem*, pág. 59.

⁸ BARBERIS, *Ibidem*, pág. 61.

⁹ Parte de los contenidos de este tema, fueron expuestos oportunamente en forma conjunta con el Prof. Luis CRUZ PEREYRA en las *Primeras jornadas argentino-chilenas*

áreas preferenciales de explotación de recursos naturales entre ambas fronteras, como un mecanismo de fortalecimiento económico de las regiones cordilleranas de ambos países¹⁰. A ello debe sumarse que a raíz de los acuerdos alcanzados, también se ha permitido una mayor gestión de los regiones de ambos países como el caso particular de ATACALAR y en la región de Cuyo (San Juan) y Atacama (Chile)¹¹.

A partir de los procesos de integración comercial entre ambos países se ha profundizado (aunque no sin ciertos escollos) la búsqueda de explotación coordinada de yacimientos mineros a ambos lado de la frontera argentino-chilena.

La iniciativa de celebrar un tratado en materia minera tiene su origen en el Tratado de Paz y Amistad del 29 de noviembre de 1984. A este respecto, resulta sustancialmente pertinente el art. 12 del referido tratado que creó la Comisión Binacional de Cooperación Económica e Integra-

sobre relaciones entre los dos países y en la subregión ATACALAR en particular, Catamarca – UNCa, 13 al 15 de agosto de 2008.

¹⁰ Cf. Z. DRNAS DE CLEMENT y otros, “Gobalización, integración, regionalismo”, N° 1, Estudios de Relaciones Internacionales, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1997, pág. 38.

¹¹ La reforma constitucional de 1994 introduce en el título segundo de la segunda parte de la Constitución, “Gobiernos de Provincia”, la noción de región, en el texto de nuestra ley fundamental. El art. 124, en la parte pertinente, otorga fundamento constitucional a la posibilidad de las provincias de “crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines ...”. A partir de esta referencia es preciso determinar el alcance de la expresión, teniendo en cuenta de que existen distintos tipos de regiones y diferentes modelos de regionalización. Debemos precisar entonces el sentido que le ha dado el constituyente a esta nueva modalidad institucional. Pensamos que su finalidad está vinculada con el desarrollo económico y social, como así también con la necesidad de compatibilizar y armonizar facultades interjurisdiccionales y/o concurrentes.

También aparece la temática regional en la denominada “nueva cláusula del progreso o del progreso social”, en el inc. 19 del art. 75: “Corresponde al Congreso (...) promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias. y regiones”, la cual confiere al Congreso Nacional una serie de facultades de tipo programático y finalista, entre las cuales se encuentra la de velar por el “crecimiento armónico de la Nación” a través de una serie de acciones que “tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”. Dicha cláusula no debe ser de ningún modo entendida como el poder de crear regiones.

ción Física con el objeto de incentivar el logro de una mayor integración entre ambos Estados. Esas iniciativas se fueron plasmando en una serie de iniciativas como el Acuerdo de Complementación Económica (ACE-16), suscripto el 2 de abril de 1991, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), al que se anexó el Protocolo N° 3. En dicho instrumento se acordó aprovechar en forma conjunta los recursos naturales que se extienden a ambos lados de la frontera, de modo tal que su exploración y explotación se lleven a cabo en forma racional e integrada, aplicando para ello normas y tecnologías propias de una minería sustentable. Posteriormente se aprobarían los Protocolos adicionales N° 19 y 20 de 1997, por los cuales se plasmaron pautas de cooperación para las explotaciones transfronterizas del Pochón (San Juan y la IV Región chilena) y de Pascua-Lama (San Juan y III Región chilena). Frutos de esos acuerdos previos, el 29 de septiembre de 1997, los presidentes de ambos países suscribieron el Tratado de Integración y Complementación Minera, cuya vigencia se inició el 20 de diciembre de 2000¹².

El 20 de agosto de 1999, ambos países suscribieron en Santiago, Chile, el Protocolo Complementario. Este cuerpo de normas complementarias tiene un carácter interpretativo. No crea nuevos derechos, sino que está destinado a explicitar el sentido y alcance de algunos aspectos y a fortalecer el concepto del pleno cumplimiento de las disposiciones del Tratado en el ámbito nacional, provincial y regional.

Entre esos aspectos, en el art. 1º, se ha querido aclarar lo dispuesto en los art. 1º, 4º y 5º del Tratado, relativos a los Alcances y Objetos del mismo, Trato Nacional, así como a las materias sujetas a la celebración de Protocolos Adicionales Específicos, respectivamente.

Conforme a estas disposiciones, las Partes aplicarán el principio del Trato Nacional a las personas físicas o jurídicas de la otra Parte que pretendan desarrollar un negocio minero, lo cual tiene como consecuencia el levantamiento de las prohibiciones y restricciones para adquirir derechos reales y derechos mineros, establecidos en razón de la calidad de extranjeros fronterizos.

¹² Tratado y Protocolo Complementario aprobados por el Parlamento argentino por ley N° 25.243 del 23 de marzo de 2000. BO. 24 de marzo de 2000. Aprobado por Parlamento chileno el 20 de agosto de 2000. Diario Oficial N° 36.882, 7 de febrero de 2001.

El ámbito territorial de aplicación del Tratado, queda definido mediante coordenadas geográficas y ha sido representado en un mapa anexo que forma parte del mismo. El Tratado y el Protocolo Complementario están destinados a fortalecer el posicionamiento de ambos países en el ámbito de las inversiones, el desarrollo de la infraestructura y el aprovechamiento de los recursos naturales de modo sustentable, posibilitando así el desarrollo de proyectos mineros transfronterizos que impliquen, para las Partes, nuevas oportunidades de negocios y una reducción en los costos de producción, con el apoyo de mecanismos de facilitación fronteriza.

III. La Comisión Administradora del Tratado y de su Protocolo Complementario

La Comisión Administradora, establecida en el art. 18¹³ del Tratado sobre Integración y Complementación Minera entre la República de Chi-

¹³ Administración y Evaluación del Tratado: Art. 18: “La administración y evaluación del Tratado estará a cargo de una Comisión Administradora, integrada por representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina y de Relaciones Exteriores de la República de Chile, y de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la República Argentina y del Ministerio de Minería de la República de Chile. La Comisión Administradora podrá convocar a los representantes de los organismos públicos competentes cuando así lo requieran. Dicha Comisión se constituirá dentro de los seis (6) meses a partir de la fecha de entrada en vigencia del Tratado y en su primera reunión establecerá su reglamento interno. La Comisión Administradora adoptará sus decisiones de común acuerdo. La Comisión Administradora del Tratado tendrá, entre otras, las siguientes funciones: a) Implementar los mecanismos necesarios para garantizar la ejecución del Tratado; b) Desarrollar las acciones pertinentes conducentes a la suscripción de los Protocolos Adicionales Específicos en los negocios mineros que así lo requieran, velando por su debida aplicación; c) Efectuar recomendaciones a través de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina y de Relaciones Exteriores de la República de Chile, a las autoridades y organismos competentes en la materia de que se trate, con respecto a los problemas que pudieren surgir en la aplicación de las disposiciones del presente Tratado; d) Participar en la solución de controversias en conformidad con lo previsto en los Artículos 19 y 20 del presente Tratado, y, e) Cumplir con las demás tareas que se encomienden a la Comisión Administradora en virtud de las disposiciones de este Tratado, sus Protocolos Adicionales, Protocolos Adicionales Específicos y otros instrumentos que deriven del mismo.”

le y la República Argentina, es el órgano permanente de coordinación, administración y evaluación del Tratado sobre Integración y Complementación Minera entre la República de Chile y la República Argentina, su Protocolo Complementario, Protocolos Adicionales Específicos y otros instrumentos que pudieren adoptarse en el marco del mismo.¹⁴ La Comisión tiene una serie de funciones previstas en su art. 8^o¹⁵ y según el Re-

¹⁴ La Comisión estará integrada, en el caso de la República de Chile, por la Subsecretaría de Relaciones Exteriores del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Subsecretaría de Minería del Ministerio de Minería, y en el caso de la República Argentina, por la Subsecretaría de Integración Americana y MERCOSUR del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto - Dirección de Integración Económica Latinoamericana - y la Subsecretaría de Minería, de la Subsecretaría de Energía y Minería del Ministerio de Infraestructura y Vivienda. Dichos organismos podrán actuar a través de sus titulares o de quienes éstos designen

¹⁵ Art. 8^o: “La Comisión tendrá las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento del Tratado, su Protocolo Complementario, Protocolos Adicionales Específicos y otros instrumentos que pudieren adoptarse en el marco del mismo.

b) Implementar los mecanismos necesarios para garantizar la ejecución del Tratado, su Protocolo Complementario y Protocolos Adicionales Específicos;

c) Determinar la forma general de presentación y evaluación de los proyectos mineros que requerirán de Protocolos Adicionales Específicos;

d) Establecer las modalidades y plazos a que se sujetarán las diferentes actuaciones de la Comisión y las tramitaciones que se realicen ante ella;

e) Llevar registro de sus actuaciones y de todo documento oficial vinculado al Tratado, su Protocolo Complementario y Protocolos Adicionales Específicos. La Secretaría Ejecutiva de cada país llevará un registro idéntico;

f) Ordenar a la Secretaría Ejecutiva respectiva la publicación de las actuaciones y documentos que así lo requieran;

g) Elevar a las Partes la recomendación de adoptar o modificar un Protocolo Adicional Específico u otro instrumento cuando la naturaleza de las materias así lo requieran;

h) Extender la documentación que acredite la existencia de una actividad minera, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Tratado y en lo establecido en el segundo párrafo del artículo primero del Protocolo Complementario, a través de la Secretaría Ejecutiva que corresponda;

i) Coordinar las acciones con los organismos públicos competentes para el buen desarrollo de un proyecto minero al amparo del Tratado;

j) Convocar a los organismos públicos competentes de ambas Partes cuando así lo requiera;

glamento de la Comisión¹⁶. De acuerdo al art. 3º (Reglamento) la Comisión se reunirá en forma ordinaria dos veces al año y, extraordinariamente, a solicitud de cualquiera de las Partes.

La Comisión adoptará sus decisiones de común acuerdo entre sus integrantes. Las decisiones de la Comisión se denominan Resoluciones y deben llevar un orden numérico correlativo, especificándose el año correspondiente.

Cuando la naturaleza de las materias contenidas en una resolución así lo requiera, la Comisión puede recomendar a las Partes su formalización mediante la suscripción del documento adecuado (art. 6º del Reglamento).

La Comisión puede designar los grupos de trabajo que estime necesarios a fin de que la asesoren en sus labores. Éstos tendrán carácter binacional, permanentes o temporales, y deben estar integrados por especialistas designados por cada Parte. Cada Parte, a través de su Secretaría Ejecutiva, debe notificar oportunamente los nombres de las personas designadas para tales efectos, procurando que en su composición haya la correspondencia debida entre sus competencias. Los integrantes de los grupos de trabajo pueden asistir a las reuniones de la Comisión para las que fueren convocados, teniendo sólo derecho a voz (art. 10 del Reglamento).

k) Convocar a las empresas titulares de un proyecto minero al amparo del Tratado;

l) Efectuar recomendaciones a las autoridades y organismos competentes, en la materia de que se trate, a través de las respectivas Secretarías Ejecutivas con respecto a las cuestiones que pudieran surgir de la aplicación de las disposiciones del Tratado, su Protocolo Complementario y Protocolos Adicionales Específicos;

m) Participar en la solución de controversias en conformidad con lo previsto en los Artículos 18 y 19 del Tratado;

n) Suspender, cuando así lo determine, a solicitud del inversionista, por tiempo definido y renovable, las facilidades fronterizas otorgadas por un Protocolo Adicional Específico, en la medida que el negocio minero lo requiera y así el inversionista lo demuestre;

o) Armonizar los criterios para la determinación de los gastos consecuenciales a que se refiere el artículo 11 del Tratado, y

p) Cumplir con las demás tareas que le sean encomendadas en virtud del Tratado, sus Protocolos Adicionales, Protocolos Adicionales Específicos y todo otro instrumento que se derive de los mismos.”

¹⁶ Resolución N° O-1/2001.

Asimismo, cada Parte designará una Secretaría Ejecutiva a los efectos de apoyar la coordinación en su ámbito interno, así como las comunicaciones con la Secretaría Ejecutiva de la otra Parte. Ésta sirve de nexo entre los integrantes de la Comisión y los miembros nacionales del grupo o los grupos de trabajo que se constituyan (art. 11 del Reglamento).

Cada Secretaría Ejecutiva está a cargo de un Secretario Ejecutivo designado por la Parte correspondiente, conforme con la modalidad de nombramiento y subrogación que determine. Cada Parte comunicará a la otra, oportunamente, dicha designación (art. 12)¹⁷.

IV. El rol de la Comisión Administradora

La República Argentina es sometida a una extracción minera de enorme dimensiones. Así como alguna vez fuimos exclusivamente exportadores de granos, hoy somos, también, proveedores de minerales para los países desarrollados. Si bien la exploración y explotación mineras están avaladas por la legislación vigente, entre ellas el Código de Minería, existen lagu-

¹⁷ Son funciones y atribuciones de las Secretarías Ejecutivas:

- “a) Citar a las reuniones de la Comisión y de los grupos de trabajo;
- b) Preparar las agendas provisorias respectivas para cada reunión de la Comisión y de los grupos de trabajo;
- c) Preparar la documentación necesaria para las reuniones de la Comisión y apoyar el trabajo que corresponde a cada Parte en las etapas de estudio, adopción e implementación de los Protocolos Adicionales Específicos, que la Comisión hubiese recomendado de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado;
- d) Transmitir y dar seguimiento, en ambos sentidos, a las comunicaciones entre la Comisión y quien correspondiere;
- e) Efectuar los estudios que la Parte de la cual depende le encomendare, y mantener un registro de los documentos relativos al Tratado, su Protocolo Complementario y los Protocolos Adicionales Específicos, así como de las Resoluciones y Actas que adopte la Comisión, y de todo otro documento relacionado con el Tratado o su Protocolo Complementario;
- f) Efectuar las certificaciones que correspondan conforme con las instrucciones de la Comisión;
- g) Realizar las demás funciones que la Comisión le encomiende.”

nas respecto a la protección del medio ambiente, teniendo en cuenta más el interés de los consorcios transnacionales.

Recordemos, que de acuerdo al art. 21 del Tratado, los Protocolos Adicionales que regulan los negocios mineros desarrollados por inversionistas de cualquiera de las Partes que se hubieren suscripto al amparo del ACE 16, quedan incorporados al presente Tratado, a partir de su entrada en vigor.

Los gobiernos de la Argentina y Chile han suscripto Protocolos Mineros específicos que se enmarcan en el Tratado de Complementación e Integración Minera correspondientes a los Proyectos Amos-Andrés¹⁸ y Vicuña¹⁹, instrumentos que tienen por objetivo facilitar las tareas de prospección y exploración en dos concesiones mineras, ubicadas a ambos lados de la Cordillera. Estos instrumentos fueron negociados por los Miembros Titulares de la Comisión Administradora de este Tratado Minero.

Con estos proyectos, los gobiernos apuntan a trazar objetivos comunes en materia de minería y fomentar herramientas que contribuyan a mejorar los escenarios de desarrollo de la actividad para generar nuevas oportunidades de inversión en la región.

Mediante la firma de los Protocolos bilaterales, los gobiernos facilitan las condiciones para la exploración y prospección a ambos lados de la frontera, definiendo el territorio de operaciones donde regirá una tributación especial, facilidades fronterizas y aduaneras y la libre circulación de personas, bienes, mercancías.

El área de operaciones del emprendimiento Amos-Andrés comprende territorios contiguos de ambos países, situados en las Comunas de Putaendo, Provincia de San Felipe de Aconcagua, V Región, y Salamanca, Provincia de Choapa, IV Región en Chile y en el Departamento de Calingasta, Provincia de San Juan, República Argentina.

Por su parte, el Proyecto Vicuña contempla la exploración sobre la base de derechos mineros ubicados en el área de Operaciones que comprende

¹⁸ El Proyecto Minero AMOS-ANDRÉS está cubierto, en Chile, por concesiones mineras a las empresas Río Tinto Mining and Exploration Limited Agencia Chile, Minera Teck Cominco Ltda. y Cerro Vanguardia SA, en tanto, del lado argentino, la zona del Proyecto está cubierta por el Cateo Casa de Piedra y por las Minas Piedra I y Piedra II ambas de propiedad de la empresa Cerro Vanguardia SA.

territorios contiguos en ambos países: Provincias de Copiapó y Huasco, III Región Chile y Departamentos de Iglesia, Provincia de San Juan, General Lamadrid y Vinchina, Provincia de La Rioja, República Argentina.

Recordemos, además, que de acuerdo al art. 6° del Protocolo Complementario, la Comisión Administradora debe determinar los procedimientos y demás medidas necesarias para adecuar los Protocolos Adicionales Específicos correspondientes a los actuales proyectos mineros Pascua Lama²⁰ y Pachón²¹ a las disposiciones del Tratado.

Las autoridades que presiden la Comisión Administradora del Tratado han informado sobre el Proyecto Las Flechas²², un nuevo Protocolo Adicional Específico para proyectos mineros binacionales que se ha sumado a los tres vigentes en el marco del Tratado de Integración y Complementación Minera.

Aunque se ha avanzado en aspectos de coordinación entre las secretarías ejecutivas de los Estados, consideramos que la Comisión Administradora debe articular un mayor trabajo entre las diversas instituciones de las regiones de dichos Estados, a fin de asegurar el pleno cumplimiento de las disposiciones del Tratado y velar porque las autoridades competentes de ambos países apliquen el Tratado conforme a los objetivos previstos (art. 5°, del Protocolo Complementario)²³.

¹⁹ El Proyecto VICUÑA está a cargo de la empresa canadiense Tenke Mining Corp. y sus subsidiarias en Argentina y en Chile.

²⁰ Pascua Lama, ubicado en una zona fronteriza entre la región de Atacama, del lado chileno, y de la provincia de San Juan en el lado trasandino, es apenas el primero de casi una decena de proyectos que se pretenden construir en la frontera, tanto de cobre como de oro y plata. Sólo Pascua Lama representa una inversión de entre US\$ 2.300 y US\$ 2.400 millones, la que fue actualizada en casi US\$ 900 millones debido a cambios en el proyecto y también a aumentos en los costos de los insumos.

²¹ El proyecto El Pachón, de la suiza Xstrata, está ubicado en la región de Coquimbo -a escasos kilómetros del lugar donde hoy se emplaza la minera Los Pelambres, del grupo Luksic- y se encuentra ya en estudios de prefactibilidad.

²² Las Flechas, es una propiedad del grupo japonés Jorgmec -60%- y de la brasileña CVRD -40%-, ubicado en el límite entre la III Región de Atacama y la Provincia de San Juan. La inversión sería del orden de los US\$1.500 millones, pero aún no hay una fecha firme sobre cuándo comenzarán las obras o cuándo se iniciará la explotación.

²³ Artículo 5: "Cada Parte adoptará las medidas necesarias para asegurar el pleno cumplimiento de las disposiciones del Tratado en su territorio en el ámbito nacional, provincial y regional.

En relación a la Región ATACALAR, debemos señalar que la Comisión de Minería y Medio Ambiente ha acordado, entre otros compromisos, desarrollar las acciones conducentes a lograr la integración logística y productiva de los megaproyectos mineros de la macroregión y efectuar el intercambio de la normativa ambiental minera entre las partes con anterioridad al año 2007²⁴. Estos compromisos han sido reafirmados en la X Reunión del Comité de Integración ATACALAR²⁵ como un aporte a la integración.

V. La regulación de servidumbres en el marco del Tratado y los Protocolos. Sus alcances

Debido a que ambos países poseen actividades mineras en las zonas cordilleranas de frontera y por las regulaciones nacionales y regionales sobre las limitaciones de explotación de recursos en zonas transfronterizas, fue necesaria la creación de un régimen especial, mediante la delimitación de zonas para la explotación minera. Dentro de esta área se prevé la aplicación de un régimen jurídico determinado para la circulación de personas, medios de transporte, maquinarias e insumos. Ello, además, dio lugar, en el marco del Protocolo Adicional Específico, a la conformación de *servidumbres* vinculadas a los derechos que se adquieren en el territorio de la otra Parte del tratado²⁶. Barberis sostiene que existe servidumbre internacional cuando un Estado adquiere el ejercicio de

A tal efecto, una vez constituida la Comisión Administradora le corresponderá, en el ejercicio de la facultad que le confiere el Artículo 18 párrafo cuarto literal: a) velar porque las autoridades competentes de ambos países apliquen el Tratado y el presente Protocolo conforme a dicho propósito.”

²⁴ También llevará a cabo gestiones tendientes a la obtención de cupos en empresas mineras de Atacama para los alumnos de carreras mineras de Catamarca y La Rioja; y organizar una Misión Minera de Atacama a Catamarca y La Rioja orientada a promover la actividad minera entre el público en general –incluyendo a agricultores–

²⁵ Realizada en la ciudad de Santiago del Estero, el 18 y 19 de julio de 2007.

²⁶ Cfr. M. T. INFANTE CAFFI, “Tratado minero entre Chile y Argentina. Una visión global”, *Estudios Internacionales*, Vol. 34, N° 135, Santiago de Chile, 2001, págs. 22-42.

una competencia territorial determinada respecto del territorio extranjero²⁷. Atento el carácter de soberanía que adquiere este tipo de regulaciones, las servidumbres son de *titularidad* de los Estados y no podrían ser disponibles por los particulares, porque sólo los Estados las pueden sí conceder en usufructo a los particulares.

En el caso particular de la aplicación de servidumbres en el contexto de las diversas explotaciones mineras, en el marco del tratado y de los respectivos derechos internos de los Estados, como sostiene Infante Caffi, se acordó que éstas deberían efectuarse según la legislación del respectivo Estado según se sitúe la localización. Por su parte, respecto a las servidumbres con carácter internacional, es decir, servidumbres en el territorio del otro Estado, el tratado prevé que corresponderá a la Comisión Administradora evaluar y recomendar la conformación de una servidumbre²⁸. Corresponderá posteriormente adoptar a los Estados partes un Protocolo Especial para regular dicha aplicación de la servidumbre en territorio del otro Estado. Dicho proceso y gestión, según el Tratado, se regirá por el derecho interno del Estado donde se ejerza la servidumbre. En este caso, se puede apreciar que los Estados no han aplicado la autorización para que en el marco de la servidumbre se pueda extraterritorializar el derecho de otro Estado al espacio de aplicación de la servidumbre, como se señalara inicialmente. Tal es así que han sido los tribunales chilenos los que se han expresado manteniendo siempre la jurisdicción del país en toda actividad minera que se realice en su territorio, al considerar que, aunque el tratado tenga su fuerza de aplicación especial, la Comisión administradora encargada de *otorgar las servidumbres* no posee naturaleza judicial, por lo que no podría arrogarse competencias jurisdiccionales para otorgar dicho derecho real²⁹.

En otros casos, los tribunales inferiores chilenos también conocieron sobre el pedido del otorgamiento de servidumbres de paso de explotaciones mineras que se efectuaban en territorio argentino, aduciendo la falta de competencia exclusiva de la Comisión Administradora para

²⁷ J. A. BARBERIS, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003, págs. 203-204.

²⁸ M. T. INFANTE CAFFI, *Ibidem*, pág. 31.

²⁹ Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia del 3/10/2000. Resolución 312. Consid. 24-26.

conceder autorizaciones, como de los propios tribunales chilenos. En el caso del Pochon en particular (explotación correspondiente a la multinacional Xstrata), el pedido se archivó por desistimiento de los peticionarios ante la imposibilidad de probar una serie de autorizaciones por parte de las autoridades chilenas en cuanto al uso de una “servidumbre de paso en beneficio”³⁰.

Además, el tratado también establece derechos de goce sobre otros recursos (que se encontrasen en el territorio del otro Estado) como es lo relativo al derecho de aguas. Según el Tratado, en su art. 6° inc 2, y en el art. 3° del Protocolo, se prevé la posibilidad de que se pueda acceder a los recursos hídricos del otro Estado en la medida en que se encuentren situados por el ámbito de aplicación del Tratado. Sin embargo, ello no implica que dichos recursos sean considerados como *recursos hídricos compartidos* y en tal sentido su uso y forma de apropiación debe estar regulado por las normas internas de cada Estado.

1. Recursos hídricos compartidos

La minería como industria extractiva es altamente demandante de recursos hídricos que permitan su adecuado funcionamiento. De allí que el Tratado y, en particular, su Protocolo Complementario, se hayan expresado directamente sobre el tema.

En el art. 6°, Facilitación Fronteriza, el Tratado establece que “las Partes, de acuerdo con sus respectivas legislaciones y para cada Protocolo Adicional Específico, realizarán acciones de coordinación de sus organismos públicos competentes, de modo de facilitar a los inversionistas de ambas Partes el desarrollo del respectivo negocio minero”. Continúa expresando que “asimismo permitirán con ese objeto, el uso de toda clase de recursos naturales, insumos e infraestructura contemplado en el respectivo Protocolo Adicional Específico, sin discriminación alguna, en relación con la nacionalidad chilena o argentina de los inversionistas...”.

³⁰ SJL Civil de Illapel, “Pochon transportes y servicios Ltda c Tapia Brito y otros”. Rol 84.003. 2/8/2012.

Es por ello que el Tratado contempla expresamente, en el art. 14, los Recursos Hídricos Compartidos, reconociendo expresamente “la posibilidad de contar con recursos hídricos existentes en el país vecino, para su empleo en proyectos mineros del otro lado de la frontera, aun cuando ellos no tengan la calidad de recursos hídricos compartidos”, y establece que “la utilización de los recursos hídricos compartidos, para todos los efectos del presente Tratado, deberá llevarse a cabo de conformidad con las normas de Derecho Internacional sobre la materia y, en especial, de conformidad con el Acta de Santiago sobre Cuencas Hidrológicas del 26 de junio de 1971, del Tratado sobre Medio Ambiente entre la República de Chile y la República Argentina firmado el 2 de agosto de 1991 y del Protocolo Específico Adicional sobre Recursos Hídricos Compartidos entre la República de Chile y la República Argentina de la misma fecha.”

Al respecto, el art. 3° del Protocolo, en concordancia con el art. 6° del Tratado, establece que “se entenderá que las Partes permitirán a los inversionistas de una y otra, el uso de toda clase de recursos naturales necesarios para el desarrollo del negocio minero, comprendiéndose en este concepto los recursos hídricos existentes en sus respectivos territorios, aunque no tengan la calidad de recursos hídricos compartidos, cuyo acceso se concederá dando pleno cumplimiento a la legislación interna del país en que se encuentren dichos recursos”.

La planificación del uso de los recursos hídricos es un tema que está tomando cada vez mayor importancia dado que el agua es un recurso escaso. Algunos analistas sociales señalan potenciales conflictos interestatales por el acceso al agua. Por lo tanto, se justifica todo esfuerzo para una utilización racional del recurso.

El recurso agua, en zonas como las circunscriptas a la región ATACALAR, se constituye en un tema central tanto para los habitantes de la región, en particular en aquellas zonas circundantes a las explotaciones mineras, como para las empresas, razón por la cual el uso de los recursos hídricos debe caracterizarse por un uso y administración cuidadoso, ante las características geográficas y climáticas de la región correspondiente a zonas áridas o semiáridas.

Es por ello que tanto la Comisión Administradora del Tratado como los órganos provinciales o regionales, en especial de la región ATACALAR, deben fortalecer los controles y la adecuada administración de los recursos hídricos que efectúan las empresas mineras en la actualidad.

Al respecto, podemos señalar, como ejemplo, que la Cámara de Diputados de la Nación, viene solicitando desde 2008 al Poder Ejecutivo que, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, informe sobre: a) las designaciones de los representantes en la Comisión Administradora del Tratado sobre Integración y Complementación Minera; b) Si la Comisión Administradora del Tratado sobre Integración Minera aprobó, aconsejó, autorizó, y/o permitió excavaciones en busca de agua en la Puna Salteña, específicamente en la Quebrada de Caipe (en las proximidades del Salar de Arizaro), el Salar de Lullailaco (en las cercanías del volcán del mismo nombre) y en el Salar de Río Grande (en las inmediaciones del complejo azufrero de mina La Casualidad), con el fin de exportar agua a Chile para abastecer emprendimientos mineros; c) ¿Cuándo fue la última vez que dicha Comisión se reunió?, debiendo acompañarse copia del acta de dicho encuentro³¹. Parte de estos requerimientos no fueron contestados.

³¹ N° de Expediente 1824-D-2008-Trámite Parlamentario 33 (28/04/2008)- Sumario Pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre la designación de representantes en la “Comisión Administradora del Tratado sobre Integración y Complementación Minera”, suscripto con la República de Chile en el año 1997. Firmantes Reyes, Maria Fernanda - Garcia, Susana Rosa - Alcuaz, Horacio Alberto - Carca, Elisa Beatriz.

Fundamentos: El 25 de octubre de 2007 la Comisión Regional de Medio Ambiente de Antofagasta (COREMA) rechazó el proyecto Pampa Colorada, que preveía la perforación de 35 nuevos pozos de agua dulce en el Norte chileno para cubrir los requerimientos del emprendimiento minero La escondida, de la compañía BHP Billiton.

A partir de ese momento, BHP Billiton habría iniciado gestiones en las oficinas de Inversiones El Álamo SA en Santiago de Chile, en donde presuntamente se empezó a trabajar en un estudio de factibilidad técnica y económica para la producción y distribución de agua industrial para proyectos mineros desde la provincia de Salta (Argentina) a la II Región de Chile.

Dicho estudio, según se desprende de la documentación reunida a través del trabajo periodístico del Diario El Tribuno de Salta, habría sido impulsado en Salta por varias empresas entre las que estarían MIM Argentina Exploraciones, Mines SA y Servicios Mineros (que luego pasó a ser denominada Servicios Hidrogeológicos y Mineros Internacionales y que en una posterior instancia fue rebautizada Servicios Hidrológicos y Mineros Internacionales).

Dichas excavaciones habrían empezado a realizarse a fines del 2007 y, según la documentación obtenida por el citado periódico, tienen como objetivo la extracción de agua de la Puna Salteña y su posterior envío a Chile por un acueducto, en donde se

Los emprendimientos mineros consumen millones de litros de agua por día, mientras los habitantes de los departamentos adyacentes sufren la falta de agua para riego, con la consecuente pérdida de la producción agraria, que deja sin trabajo a miles de productores. La mina destruye, a largo plazo, las necesidades básicas de vida y pone en peligro una alimentación adecuada. Se debe garantizar el acceso al agua a las empresas mineras, sin que ello implique un menoscabo a los pueblos directamente vinculados por sus proximidades geográficas. A tales fines, el rol que deben cumplir los municipios y las provincias o regiones, son medulares en el adecuado desarrollo de las inversiones para la explotación de la minería. En este sentido, el art. 7° del Protocolo establece que “en el cumplimiento de sus funciones, y respecto de las materias que se sometan a su estudio y resolución, la Comisión Administradora podrá efectuar consultas a representantes del sector privado”. Continúa expresando que “a tal efecto, cada Parte podrá crear una comisión asesora empresarial, formada por representantes de los diferentes sectores de la actividad minera, cuya función consistirá en dar asesoría en los temas en que sea consultada por la Comisión Administradora”. Por nuestra parte, consideramos que también debe, la Comisión Administradora, conocer las suge-

utilizaría para satisfacer los requerimientos del emprendimiento minero La Escondida (primer productor de cobre del mundo).

Si bien las excavaciones fueron suspendidas por la Secretaría de recursos hídricos de la provincia el 17 de febrero de 2008, dicha medida fue levantada por razones poco claras, luego de la presentación de un Informe de Impacto Ambiental. Desde el gobierno provincial esta decisión se explicó con una resolución del Ministerio de la Producción por la cual la firma que llevaba adelante las tareas acreditó que se hallaba habilitada desde abril de 2007 a realizar evaluaciones hidrogeológicas destinadas a alumbrar aguas subterráneas para “uso minero, agrícola y agroindustrial en los departamentos Los Andes y La Poma”.

El proyecto contempla el envío de hasta 6000 litros de agua por segundo, con una inversión de 203 millones de dólares para el acueducto.

Fuentes cercanas al proyecto dejaron traslucir que el emprendimiento habría sido autorizado, aprobado, y/o aconsejado por la Comisión Administradora del Tratado sobre integración y cooperación minera, y que el proyecto da cumplimiento a lo preceptuado en dicho Tratado celebrado entre Argentina y Chile en el año 1997.

Dicho emprendimiento genera grandes impactos ambientales, sociales y económicos, tales como posibles agotamientos de napas, pérdidas de vertientes y caídas de nivel del agua en pozos vecinos, con lo cual pueden afectarse consumos potables para animales de cría, la vida silvestre nativa, así como también los usos domésticos del agua.

rencias y preocupaciones de los habitantes directamente implicados en las explotaciones mineras, lo cual permitirá un manejo adecuado y sustentable de los recursos naturales.

2. *Medio Ambiente*

Por tratarse de una actividad que explota recursos no renovables y con extracciones cada vez más aceleradas, gracias a los avances tecnológicos del sistema productivo con relevantes impactos ambientales, aun bajo el estricto cumplimiento de normas de preservación en la producción y en zonas caracterizadas por las escasas posibilidades alternativas para el desarrollo económico, los pueblos mineros presentan un alto grado de insatisfacción respecto de las expectativas que se generaron con la radicación de empresas mineras, en materia de generación de empleo directo e indirecto y desarrollo de proveedores de bienes y servicios para las citadas empresas. El progreso prometido no tuvo lugar debido a que los puestos de trabajo son sólo para muy pocos. La falta de desarrollo de los pueblos circundantes a las minas (Santa María, Andalgalá y Belén) puede detectarse fácilmente si se observa la realidad catamarqueña, una provincia minera que se encuentra entre las provincias con menos crecimiento y desarrollo económico del país.

A ello debe sumarse el descontento que genera la escasa información respecto del impacto ambiental de los proyectos mineros. Recordemos que según el art. 12 del Tratado, los Estados Parte aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en

la Argentina, según corresponda.³² Debe tenerse en cuenta también, lo dispuesto por el art. 7^o³³ del Protocolo Complementario.

³² Medio Ambiente: Artículo 12: “Las Partes aplicarán sus respectivas legislaciones nacionales sobre protección del medio ambiente, sometiendo las actividades mineras al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en Chile y a la Declaración de Impacto Ambiental en la Argentina según corresponda.

Por ser reservorio y proveedor de recursos naturales, las autoridades debieran controlar el uso de los químicos utilizados para la lixiviación³⁴, siendo varios de ellos negativos por los efectos contaminantes que devienen de su utilización fuera de los estándares considerados internacionalmente para la explotación de los recursos mineros.

Los pueblos de Chubut, Río Negro, Mendoza, Tucumán, Santiago del Estero, San Juan, La Rioja, Salta, Jujuy y otros, como los pueblos del noroeste catamarqueño, Santa María, Andalgalá y Belén, se han manifestado en sentido crítico a los emprendimientos mineros a cielo abierto. La actividad minera a cielo abierto está reconocida mundialmente como la actividad más contaminante del mundo y el constante reclamo de la población ha sido determinante para que las autoridades decidieran hacerse eco y tomaran medidas al respecto.

Durante el 2007 se produjeron importantes cambios legislativos en distintas provincias, especialmente en las legislaturas provinciales de La Rioja y Tucumán, que le otorgaron fuerza de Ley a la prohibición a la explotación minera a cielo abierto y la utilización del método de lixiviación con cianuro, mercurio y/o cualquier otra sustancia contaminante. Es elocuente la preocupación internacional sobre la explotación minera metalífera, dentro de esta postura, por supuesto, la utilización de elementos tóxicos ha motivando claras expresiones en contra. El cianuro es uno de los ácidos que preocupan a la comunidad internacional, sin desconocer que los métodos de este tipo de explotación minera, cualquiera sean sus métodos, es extremadamente contaminante como se reconoce a nivel

Asimismo, las Partes promoverán el intercambio de información relevante, que tenga relación con los principales efectos ambientales de cada uno de los negocios mineros o actividades accesorias, comprendidas en el presente Tratado.”

³³ Artículo 7: “En el cumplimiento de sus funciones, y respecto de las materias que se sometan a su estudio y resolución, la Comisión Administradora podrá efectuar consultas a representantes del sector privado. A tal efecto, cada Parte podrá crear una comisión asesora empresarial, formada por representantes de los diferentes sectores de la actividad minera, cuya función consistirá en dar asesoría en los temas en que sea consultada por la Comisión Administradora.”

³⁴ Considerando la conservación del agua y protección de la naturaleza, las minas de oro usando cianuro a cielo abierto no son autorizadas bajo las leyes de Alemania y de la Comunidad Económica Europea.

mundial. Además, la extracción de oro con cianuro contradice permanentemente la Declaración de Río.

Cada vez más provincias votan leyes que prohíben la minería a cielo abierto (desde el 2003 en adelante son seis las provincias argentinas con legislación similar: Chubut, Río Negro, Tucumán, La Rioja, Mendoza y La Pampa); entretanto, las legislaturas de San Luis, Jujuy y Córdoba analizan proyectos de ley encaminados a cancelar la minería a gran escala.³⁵

En julio de 2008 se presentó en la Legislatura de Catamarca el Proyecto de Ley mediante el cual se reclama la prohibición de minería a cielo abierto en toda la provincia.

No son de menor importancia los “accidentes” que suelen producirse por estos emprendimientos, están sobradamente demostrados los derrames tóxicos de minerales por la rotura del mineraloducto que los transporta, su gravedad aumenta porque gran parte de los recorridos se ubican sobre el lecho de los ríos o en sus adyacencias.

Recientemente, en 2015, en la Provincia de San Juan, la explotación minera de Pascua de la multinacional Barrick produjo la emisión de cianuro a las aguas de los afluentes de ríos de la región, por lo que se han iniciado sumarios judiciales y administrativos.

VI. Reflexiones finales

Chile y Argentina son, junto a Perú, las zonas que más capitales mineros están atrayendo de todo el mundo. Y la zona fronteriza, gracias a

³⁵ Como antecedente a estas leyes podemos mencionar, entre otras: a) la ley 3981, aprobada por la Legislatura rionegrina el 21 de julio de 2005, que prohíbe, en el territorio de la Provincia de Río Negro, la utilización de cianuro y/o mercurio en el proceso de extracción, explotación, y/o industrialización de minerales metalíferos; b) la Ordenanza sancionada el 21 de diciembre de 2002 por el Concejo Deliberante de Lago Puelo que prohíbe, en la Jurisdicción de dicho Municipio, el empleo de técnicas de lixiviación con sustancias tóxicas y/o cualquier otra técnica que requiera el uso de explosivos e insumos tóxicos; c) la Ordenanza 46/2004 del Municipio de Sierra Colorado (Río Negro), que prohíbe todo emprendimiento minero en el que se utilice el método de lixiviación con cianuro.

los avances tecnológicos, está siendo explorada con mucho más entusiasmo que en años anteriores. El Tratado Minero representa un ejemplo sin precedente en el ámbito de la minería mundial que permite proyectar importantes proyectos mineros. A casi 20 años de la firma del Tratado, se encuentran vigentes los Protocolos de los proyectos mineros Pascua Lama, Pochón, Amos-Andrés y Vicuña, los que han hecho posibles la exploración y desarrollo de proyectos mineros transfronterizos, de otra manera inexplotables.

Teniendo en cuenta el alto interés que los proyectos despiertan, no sólo en el ámbito nacional, sino particularmente en las provincias y regiones involucradas, sería recomendable, a los fines de permitir su agilización y facilitación, conocer el proceso de integración minera entre ambos países, cuyo punto cúlmine se encuentra en la suscripción del Tratado. Para ello, conocer y analizar en forma detallada la regulación jurídica de la actividad minera y de la actividad económica entre Chile y Argentina, tomando en consideración sus aspectos más relevantes, así como sus efectos en otras áreas en que se desenvuelve la minería, es de suma importancia. Aunque el tratado ha previsto la posibilidad de gestionar mecanismos de servidumbre, lamentablemente, las regulaciones nacionales (principalmente chilenas) han impedido la concreción de un mecanismo ágil para la explotación transnacional de los minerales, ya sea para su extracción o para su paso en confines de exportación.

LOS MOVIMIENTOS DE LIBERACIÓN NACIONAL EN EL PENSAMIENTO DE JULIO A. BARBERIS

*Luciano Pezzano**

Resumen: El artículo reseña los aportes de Julio A. Barberis respecto de la subjetividad internacional de los movimientos de liberación nacional y analiza el estado de la cuestión a la luz de los desarrollos actuales del derecho internacional.

Palabras-clave: Subjetividad internacional - Movimientos de Liberación Nacional - Libre determinación de los pueblos.

Abstract: The article reviews the contributions of Julio A. Barberis with respect to the international personality of the national liberation movements and analyzes the state of the issue in the light of the current developments of international law.

Keywords: International personality - National Liberation Movements - Self-determination of peoples.

Sumario: I. Introducción. II. Los movimientos de liberación nacional como sujetos de derecho internacional. 1. La definición de sujeto de derecho internacional de Julio Barberis. 2. La subjetividad internacional de los movimientos de liberación nacional. III. Los movimientos de liberación nacional y el derecho internacional del siglo XXI. 1. Los movimientos de liberación nacional en la actualidad. 2. Los movimientos de liberación nacional en la práctica actual de las Naciones Unidas. 3. La relación de los movimientos de liberación nacional con los pueblos. IV. Consideraciones finales.

*Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de San Francisco, Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**El autor agradece a la Prof. María Victoria Inostroza por su invaluable colaboración en la redacción de este artículo.

I. Introducción

Dentro de la prolífica producción doctrinaria de Julio Barberis, la temática de la subjetividad internacional ocupa un lugar privilegiado. Sus obras en la materia se encuentran entre las más citadas de su bibliografía y sus aportes y claridad conceptual no han perdido vigencia. Tal vez uno de sus aportes más innovadores, tanto por la época en que lo formuló, como por la seriedad y profundidad de su estudio, haya sido la discusión acerca de la subjetividad internacional de los movimientos de liberación nacional (MLN), fundamentales actores en el proceso de descolonización de la segunda mitad del siglo XX.

Nos proponemos aquí, entonces, recordar el estudio de Barberis sobre la subjetividad jurídica internacional de los MLN, efectuar algunas consideraciones acerca de la actualidad del tema y, dada su íntima vinculación con la libre determinación de los pueblos, indagar en la relación que puede existir entre estos y los MLN en cuanto sujetos del derecho internacional.

Con ese fin, debemos tener presente que los MLN fueron objeto de la atención de Barberis por primera vez en el curso que dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya sobre las “*Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*”, publicado en 1983¹, en el que, luego de una primera parte de carácter general en la que plantea su definición de sujeto de derecho internacional, los trata en el capítulo III de la segunda parte, dedicando los dos primeros a las personas privadas y a las organizaciones internacionales, respectivamente. Retomó el tema en su libro *Los sujetos del derecho internacional actual*, publicado en 1984², el que, siguiendo el mismo método, comienza con una primera parte general y pasa luego a una parte especial en la que analiza cada sujeto en particular, ubicando a los MLN en el capítulo IV, titulado “*Sujetos vinculados a una situación de beligerancia*”, en el que también incluye a los insurgentes y las comunidades

¹ J. A. BARBERIS, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours*, Vol. 179, 1983, págs. 145-304.

² J. A. BARBERIS, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Tecnos, Madrid, 1984.

beligerantes. Finalmente, trató la cuestión en la obra colectiva *Sujetos del derecho de gentes*³, junto a Frida Armas Pfrter y María Querol, en el capítulo V, siguiendo un método similar al de su libro de 1984. Dado que el análisis y sistematización de la materia es similar en las tres publicaciones, basaremos nuestro estudio en el libro de 1984, por tratarse de la obra más completa del autor en lo que respecta a la temática de la subjetividad internacional.

Comenzaremos nuestro análisis exponiendo brevemente las ideas de Barberis respecto de la subjetividad de los MLN, para luego efectuar algunas consideraciones respecto de la vigencia del tema en el siglo XXI, con referencias a la actuación contemporánea de los MLN que aún existen y a la relación entre los MLN y los pueblos.

II. Los movimientos de liberación nacional como sujetos de derecho internacional

A los efectos de exponer el pensamiento de Barberis respecto de la subjetividad internacional de los MLN es necesario plantear, en primer lugar, la definición que el autor aporta sobre los sujetos de derecho internacional, para ver si aquellos caen dentro de ésta.

1. La definición de sujeto de derecho internacional de Julio Barberis

Antes de formular su definición de sujeto de derecho internacional, Barberis pone el acento sobre un importante aspecto a veces soslayado acerca del lenguaje: la libertad de los autores de acuñar las definiciones que consideren convenientes, lo cual hará que cualquier definición sea en principio válida. Así lo sostiene: "*el jurista es libre de adoptar el concepto de sujeto que desee; solo debe ser consecuente con él en su*

³ F. ARMAS PFIRTER, J. A. BARBERIS, y M. QUEROL, "Sujetos del Derecho de Gentes", *Cuadernos de Derecho Internacional I*, Universidad Austral, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

*descripción del derecho. Sin embargo, en la práctica, el jurista elige los conceptos de que se ha de servir guiándose por criterios de utilidad, simplicidad y exactitud*⁴.

Teniendo ello presente, pasa a analizar y a criticar otras definiciones que se han formulado y a continuación formula la propia, en los siguientes términos: *“se puede definir el sujeto de derecho internacional como aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”*⁵.

Barberis aporta así una definición clara y sencilla de sujeto de derecho internacional: se trata de toda entidad que goce de al menos un derecho reconocido por el derecho internacional o que éste le imponga el cumplimiento de una obligación, insistiendo en que *“la calidad de sujeto no depende de la cantidad de derechos u obligaciones de que una entidad es titular. La designación es válida, tanto para quien solo goza de un derecho adjudicado por una norma consuetudinaria como para un Estado soberano”*⁶. Así, al referirse al contenido de la personalidad internacional, Barberis abreva —y cita expresamente— el pasaje de la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre *Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas* que reza: *“Los sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos”*⁷.

2. La subjetividad internacional de los movimientos de liberación nacional

Al momento de considerar la subjetividad de los MLN, Barberis encara un doble análisis: en primer lugar, estudia la evolución del concepto de

⁴ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 24.

⁵ *Ibid.*, pág. 26.

⁶ *Ibid.*

⁷ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, *Avis consultatif*: C. I. J., *Recueil des Cours*, 1949, págs. 174-178.

MLN en las Naciones Unidas (NU), mediante una revisión profunda de la práctica de la Organización; en segundo lugar, indaga las manifestaciones de la personalidad de los MLN en el derecho de gentes. Finalmente, se ocupa en considerar si los MLN pertenecen a una categoría ya conocida en el orden jurídico internacional o si constituyen una nueva institución. A los efectos de esta exposición, seguiremos el mismo camino.

a) Evolución en las Naciones Unidas

Afirma Barberis que la terminología *movimientos de liberación nacional* aparece en las NU principalmente a partir de 1965, con la resolución 2105 (XX) de la Asamblea General (AG), dado que las resoluciones anteriores de la Asamblea se referían generalmente a los pueblos en lucha, a los *partidos políticos* (resolución 1819 (XVIII)), *dirigentes legítimos* de los pueblos (resolución 1810 (XVII)), *jefes nacionalistas* (resolución 1755 (XVII)), *partidos políticos del territorio* (resolución 1889 (XVIII)), etc.⁸ Analiza luego sus características y el estatuto que poseen dentro de la Organización.

1) Características de los movimientos de liberación nacional

Barberis hace una interesante descripción de los MLN al sostener que: “*Los movimientos de liberación nacional se caracterizan, según las resoluciones de la Asamblea General, por el objetivo que persiguen en la lucha, por la calidad de quienes lo integran y por la calidad del régimen gubernamental contra el cual luchan. El objetivo que persiguen los movimientos de liberación nacional es la autodeterminación de su país. En cuanto a la calidad de quienes lo integran, se trata siempre de una población autóctona o indígena. Respecto de la calidad del régimen contra el cual luchan, están comprendidos en esta categoría, en primer lugar, los movimientos que combaten contra un régimen colonial para obtener su autodeterminación. En segundo término, se incluyen también aquellos movimientos que combaten contra regímenes racistas y los que luchan contra*

⁸ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 128.

una ocupación ilegal o extranjera”⁹. Estas características de los MLN, que de acuerdo a Barberis surgen de las resoluciones de la AG, son tres: el objetivo que persiguen; la calidad de sus integrantes; y la calidad del régimen gubernamental contra el cual luchan.

Respecto de la primera, sorprende que Barberis se refiera a la autodeterminación *de su país*, y no *de su pueblo*, máxime cuando se refiere expresamente a la libre determinación de los pueblos en al menos cuatro ocasiones¹⁰, y las resoluciones de la AG que cita, en particular la 1514 (XXV) y la 2625 (XXV), consagran la libre determinación como un derecho de los pueblos.

Con relación a la segunda característica, no cita ninguna resolución que se refiera expresamente a la calidad de autóctona o indígena de la población que integre el MLN. Sin embargo, las referencias a las poblaciones originarias de los territorios como verdaderos titulares de la libre determinación son numerosas en las resoluciones de la AG¹¹ y podría haber recurrido a alguna de ellas.

Será sobre la tercera característica, sin embargo, que Barberis profundizará su análisis, la relativa a la calidad del régimen contra el cual luchan los MLN. La misma comprende tres supuestos: la dominación colonial, la ocupación extranjera y los regímenes racistas. El primer supuesto es el que contempla el conflicto colonial por antonomasia, entre el pueblo de una colonia (o *territorio no autónomo*, en el lenguaje del Capítulo IX de la Carta de las Naciones Unidas) y su metrópoli, al que hace expresa referencia la resolución 1514 (XV) de la AG; al respecto, Barberis cita, entre otras, las resoluciones 2395 (XXIII), 2707 (XXV), 2795 (XXVI), 2918 (XXVII) y 3113 (XXVIII), sobre los territorios bajo administración portuguesa. El segundo supuesto incluye a los MLN que bregan por la libre determinación de Namibia, cuyo territorio se consideraba ocupado por Sudáfrica, al haber sido revocado el mandato que este Estado tenía

⁹ *Ibid.*, págs. 128-129.

¹⁰ *Ibid.*, págs. 127, 129 y 130 (dos oportunidades).

¹¹ Ver. por ejemplo, las resoluciones 2138 (XXI) y 2151 (XXI) con relación a Rhodesia del Sur; 2228 (XXI) sobre la Somalia Francesa; 2229 (XXI), 2711 (XXV), 2983 (XXVII) y 3162 (XXVIII), sobre el Sahara Occidental; 2707 (XXV) y 2795 (XXVI) sobre los territorios bajo administración portuguesa.

sobre aquél, y de acuerdo a las resoluciones 2372 (XXII), 2403 (XXIII), 2498 (XXIV), 2517 (XXIV), 2678 (XXV), 2871 (XXVI), 3031 (XXVII), 3111 (XXVIII), 3295 (XXIX), 3399 (XXX), 31/146, 32/9, 33/182, 34/92, 35/227 y 36/121¹²; y también la lucha del pueblo palestino, para lo que cita las resoluciones 2787 (XXVI), 31/34 y 32/14¹³. Finalmente, en el tercer supuesto se encuentran los MLN que combatían la política de *apartheid* del gobierno de Sudáfrica, de acuerdo a las resoluciones 2307 (XXII), 2396 (XXIII), 2547 (XXIV), 2627 (XXV), 2671 (XXV), 2714 (XXV), 2775 (XXVI), 2923 (XXVII), 3055 (XXVIII), 3151 (XXVIII), 3324 (XXIX), 3411 (XXX), 31/6, 32/105, 33/183, 34/93, 35/206 y 36/172¹⁴; y los que combatían el régimen *minoritario racista ilegal* de Rhodesia del Sur, conforme las resoluciones 2022 (XX), 2151 (XXI), 2262 (XXII), 2383 (XXIII), 2508 (XXIV), 2652 (XXV), 2796 (XXVI), 2945 (XXVII), 3115 (XXVIII), 3297 (XXIX), 3396 (XXX), 31/154, 32/116 y 33/38¹⁵.

Al analizar estas y otras resoluciones, Barberis llega a la conclusión de que los tres supuestos son considerados, en la práctica de las NU, como formas de colonialismo: “*En consecuencia, puede afirmarse que, según las Naciones Unidas, un movimiento de liberación nacional es aquel que lucha contra el colonialismo para lograr la autodeterminación de su propio país*”¹⁶.

Sin embargo, Barberis se encarga de aclarar de inmediato que esa definición no es completa, pues corresponde analizar otro factor al cual las resoluciones de la AG dan una importancia especial: la unidad política y la integridad territorial de los Estados. Para ello recurre al párrafo 6 de la resolución 1514 (XV), que prevé: “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las

¹² A las resoluciones que cita Barberis cabe agregar las siguientes, sobre el mismo tema: 37/233, 38/36, 39/50, 40/97, 41/39, 42/14, y 43/26.

¹³ A las que cabe agregar las resoluciones 40/25, 41/101, 42/95, 43/106, 44/79, 45/130, 46/87, 47/82 y 48/94, entre otras.

¹⁴ A las que cabe agregar las resoluciones 37/69, 38/39, 39/72, 40/64, 41/35, 42/23, 43/50, 44/27, 44/244, 45/176 y 46/79.

¹⁵ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 129.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 130.

Naciones Unidas”;

y al séptimo párrafo del principio de libre determinación de los pueblos en el anexo de la resolución 2625 (XXV), que indica: “Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos 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”.

De acuerdo a Barberis, en estas resoluciones “*se establece el derecho a la autodeterminación y se indica como límite el caso de la secesión, o sea, cuando aparecen afectadas la unidad política o la integridad territorial del Estado*”¹⁷. En los casos en que se produce una secesión o estalla una guerra civil no se puede hablar de autodeterminación en el sentido aceptado por las Naciones Unidas y, por lo tanto, tampoco se puede afirmar en esas hipótesis la existencia de un movimiento de liberación nacional”¹⁸. Cita como ejemplo la resolución 36/155, sobre la situación en El Salvador, en la que la AG no consideró que existiera un MLN, sino que se trataba de un conflicto interno, al señalar a la atención “de todas las partes interesadas el hecho de que las normas del derecho internacional que figuran en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, son aplicables a los conflictos armados que no tienen carácter internacional”.

Este análisis permite a Barberis concluir finalmente que los MLN “*son aquellos que luchan contra el colonialismo y por la autodeter-*

¹⁷ Por nuestra parte, pensamos que el párrafo 6 de la resolución 1514 (XV) y el séptimo párrafo del principio de libre determinación de los pueblos en el anexo de la resolución 2625 (XXV) abarcan supuestos diferentes: el primero de ellos se refiere a la unidad nacional y la integridad territorial de los *territorios no autónomos*, y no de los Estados, a los que sí hace referencia el segundo. Ampliamos nuestro análisis en L. PEZZANO, “El referéndum de 2013 en Malvinas: una oportunidad para reforzar la posición argentina”, *Cuadernos de Política Exterior Argentina* N°113 (CERIR, Rosario) julio-septiembre 2013, disponible en: http://www.cerir.com.ar/admin/_cerir/archivos/cuadernos/0000165/cupea%20113%20con%20tapa.pdf

¹⁸ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 131.

minación de su país, siempre que ésta no sea incompatible con la unidad política o la integridad territorial de un Estado"¹⁹.

2) Estatuto de los movimientos de liberación nacional en las Naciones Unidas

Barberis sostiene que las NU no solamente han establecido los MLN como una nueva categoría, sino que también han regulado su estatuto dentro de la Organización mundial. En este ámbito, considera que existen tres aspectos para analizar: la ayuda brindada a los MLN; su consideración como representantes auténticos o legítimos de sus pueblos; y el otorgamiento del carácter de observadores.

El primer paso de los MLN en el sistema de las NU es aparecer como destinatarios de la ayuda brindada por sus organismos e instituciones. La AG pide regularmente ayuda a los organismos especializados, al Organismo Internacional de Energía Atómica y a las instituciones internacionales asociadas a las NU en favor de los MLN. Esta cooperación, señala Barberis, se prevé tanto en las resoluciones generales sobre todos los MLN, resoluciones 2704 (XXV), 2708 (XXV), 2874 (XXVI), 2980 (XXVII), 3118 (XXVIII), 3300 (XXIX), 3421 (XXX), 31/30, 32/36, 33/41, 34/42 y 36/52²⁰, como en aquellas otras que se refieren a un movimiento determinado, como es el caso de las resoluciones 2508 (XXIV), 2652 (XXV) y 2945 (XXVII), sobre Zimbabue²¹.

Un segundo paso de los MLN es su reconocimiento como representantes de sus pueblos, a los cuales a veces se agregan los calificativos de *únicos* o *auténticos*. Así, respecto de las colonias portuguesas, Barberis recuerda que la AG reconoció a los MLN como los auténticos representantes, pero no los mencionó por su nombre sino en una resolución posterior. En este sentido, la resolución 2918 (XXVIII) "afirma que los movimientos de liberación nacional de Angola, Guinea (Bissau) y Cabo Verde

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ A las que cabe agregar las resoluciones 37/32, 38/51, 39/43, 40/53, 41/15, 42/75, 43/30, 44/85, 45/18, 46/65 y 47/16. Aunque la AG siguió aprobando resoluciones sobre el mismo tema (siendo la última la 69/99), tras el fin del *apartheid* en Sudáfrica se omitió toda referencia a los MLN.

²¹ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 132.

y Mozambique son los auténticos representantes de las verdaderas aspiraciones de los pueblos de dichos territorios”, y en la resolución 3294 (XXIV) “reafirma su apoyo total a los pueblos de los territorios bajo dominación portuguesa, y su constante lucha por lograr sin más dilaciones la libertad y la independencia bajo la dirección de sus movimientos de liberación nacional, el Frente Nacional para al Libertação de Angola, el Movimento Popular de Libertação de Angola, el Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo Verde, el Frente de Libertação de Moçambique y el Movimento de Libertação de Sao Tomé e Príncipe, que son representantes auténticos de los pueblos interesados”. Similar fue el caso de Zimbabue, en el que la resolución 3115 (XXVIII) reafirmó “el principio de que no debe haber independencia antes del gobierno de la mayoría en Zimbabue y de que todo arreglo relativo al futuro del Territorio debe efectuarse con la plena participación de los dirigentes políticos genuinos y los representantes de los movimientos de liberación nacional, que son los únicos y auténticos representantes de las verdaderas aspiraciones del pueblo de Zimbabue” y en la resolución 3396 (XXX) reconoció al “Consejo Nacional Africano de Zimbabue, único y auténtico representantes de las verdaderas aspiraciones del pueblo de Zimbabue”.

Diferente fue el caso de Namibia, en que el reconocimiento operó directamente sobre el MLN particular, a través de la resolución 3111 (XXVIII), en la que la AG “reconoce que el movimiento de liberación nacional de Namibia, la South West Africa People’s Organization, es el auténtico representante del pueblo de Namibia”. En la misma línea, a partir de la resolución 3210 (XXIX), se reconoció a la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) como “*representante del pueblo palestino*”, reiterado en las resoluciones 3236 (XXIX), 3375 (XXX), 32/40 A, 33/28 A y 34/65 A²².

²² A las que cabe agregar todas las resoluciones aprobadas anualmente bajo el tema “Cuestión de Palestina”: ES-7/2, 35/169 A, 36/120 A, ES-7/4, 37/86 A, 38/58 A, 39/49 A, 40/96 A, 41/43 A, 42/66 A, 43/175 A, 44/41 A, 45/67 A, 46/74 A, 47/64 A, 48/158 A, 49/62 A y 50/84 A, así como las aprobadas bajo el tema “Arreglo pacífico de la cuestión de Palestina”: 51/26, ES-10/2, 52/52, 53/42, 54/42, 55/55, 56/36, 57/110, 58/21, 59/31, 60/39, 61/25, 62/83, 63/29, 64/19, 65/16, 66/17, 67/23, 68/15 y 69/23.

Agrega Barberis que la AG no sólo atribuye representatividad a los MLN, sino que también declara que el gobierno de un Estado Miembro no tiene el derecho de representar a su pueblo²³. Así, cita la resolución 3151 G (XXVIII), que “declara que el régimen sudafricano no tiene derecho a representar al pueblo de Sudáfrica, y que los movimientos de liberación reconocidos por la Organización de la Unidad Africana son los auténticos representantes de la abrumadora mayoría del pueblo sudafricano” y la resolución 31/6 I, que “reafirma que los movimientos de liberación nacional reconocidos por la Organización de la Unidad Africana –el African National Congress of South Africa y el Pan Africanist Congress of Azania– son los auténticos representantes de la abrumadora mayoría del pueblo sudafricano”.

Tal cual surge expresamente de estas últimas resoluciones, Barberis señala que el reconocimiento de un MLN como representante de un pueblo siempre tiene lugar una vez que la organización regional respectiva, la Organización de la Unidad Africana (OUA) o la Liga de los Estados Árabes, ha reconocido dicho movimiento²⁴.

Según Barberis, en 1974, los representantes de los MLN dan un tercer paso en el plano institucional de las NU al obtener el carácter de *observadores*. Cita, al respecto, la resolución 3280 (XXIX), en la que la Asamblea General decidió invitar a “los representantes de los movimientos de liberación nacional reconocidos por la Organización de la Unidad Africana a que participen regularmente y de conformidad con la práctica anterior, en calidad de observadores, en los trabajos pertinentes de las Comisiones Principales de la Asamblea General y de sus órganos subsidiarios interesados, así como en conferencias, seminarios y otras reuniones celebradas con los auspicios de las Naciones Unidas que sean de interés para sus países”, disposición que fue reiterada por la resolución 3412 (XXX)²⁵.

²³ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 133.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ A partir de 1980, la AG aprobó una serie de resoluciones relativas a la condición de observador de los MLN reconocidos por la OUA o la Liga Árabe. Así, en la resolución 35/167, y teniendo presente la resolución de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre

Barberis también señaló atentamente dos MLN con una posición particular dentro del sistema de las NU, la OLP y la SWAPO.

La AG invitó a la OLP, en 1974, a participar en sus deliberaciones en sesión plenaria sobre la cuestión de Palestina, y en la resolución 3237 (XXIX) invitó a la OLP a participar como observadora en los períodos de sesiones y en los trabajos de la AG, y en las reuniones y en los trabajos de todas las conferencias internacionales convocadas bajo su patrocinio, a la vez que consideró que la OLP “tiene derecho a participar como observadora en las reuniones y en los trabajos de todas las conferencias internacionales convocadas bajo el patrocinio de otros órganos de las Naciones Unidas”.

En 1976, la AG aprobó la resolución 31/152, por la que confirió a la SWAPO la calidad de observadora con los mismos derechos²⁶.

Barberis concluye su análisis de la evolución de los MLN en las NU con unas interesantes reflexiones²⁷ acerca del valor jurídico de las resoluciones de la AG, lo que le permite concluir que las aprobadas en materia de MLN, “*independientemente de constituir en ciertos casos normas del orden jurídico de la ONU, constituyen un elemento que ha con-*

la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales relativa a la condición de observador de los MLN reconocidos por la OUA o la Liga Árabe (que mencionaremos más adelante) y “*teniendo en cuenta la práctica actual de invitar a los mencionados movimientos de liberación nacional a participar como observadores en los períodos de sesiones de la Asamblea General, los organismos especializados y demás organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, así como en los trabajos de las conferencias celebradas con los auspicios de esas organizaciones internacionales*”, exhortó “*a los Estados interesados a que otorguen a las delegaciones de los movimientos de liberación nacional reconocidos por la Organización de la Unidad Africana o la Liga de los Estados Árabes, o por ambas, y a los cuales las organizaciones internacionales conceden la condición de observador, las facilidades, prerrogativas e inmunidades necesarias para el desempeño de sus funciones, con arreglo a las disposiciones de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*”. Idéntico contenido tienen las resoluciones 37/104, 39/76, 41/71, 43/160 B, 45/37 y 47/29.

²⁶ La resolución 43/160 A—que citamos más adelante—amplió esos derechos. La SWAPO mantuvo su condición de observadora hasta que Namibia fue admitida como Estado Miembro de las NU en 1990.

²⁷ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, págs. 134-136.

tribuido, junto con otros, a la formación de ciertas normas jurídicas internacionales”²⁸.

b) Los movimientos de liberación nacional y el derecho de gentes

Prosiguiendo con su análisis, Barberis, consideró que la personalidad jurídica internacional de los MLN se manifiesta en distintos ámbitos del derecho de gentes, siendo los tres principales el derecho humanitario, el derecho de los tratados y las relaciones diplomáticas²⁹.

1) Derecho humanitario

En el ámbito del derecho humanitario, y luego de algunas consideraciones de carácter preliminar, Barberis señala que el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 amplía el ámbito de aplicación de estos últimos al establecer en su art. 1, párrafo 4, que sus disposiciones, así como las de los cuatro convenios de 1949, se aplican a “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”. A su vez, Barberis sostiene que el art. 96, párrafo 3, del Protocolo I “*prevé la aceptación de las convenciones de Ginebra y de dicho Protocolo I por parte de los movimientos de liberación nacional: ella puede tener lugar mediante una declaración del representante del movimiento de liberación dirigida al país depositario*”³⁰. Sin embargo, creemos que es oportuno recordar que dicha norma dispone textualmente lo siguiente: “La autoridad que represente a un pueblo empeñado contra una Alta Parte contratante en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 podrá comprometerse a aplicar

²⁸ *Ibid.*, pág. 136.

²⁹ *Ibid.*, pág. 137.

³⁰ *Ibid.*, pág. 138.

los Convenios y el presente Protocolo en relación con ese conflicto por medio de una declaración unilateral dirigida al depositario”. Es decir, el Protocolo no hace referencia expresa a los MLN, como parece indicar Barberis, sino que menciona a “la autoridad que represente a un pueblo”. Sin embargo, a raíz del análisis que antecede, resulta evidente que los MLN reúnen las características necesarias para ser reconocidos como tales, lo cual es compartido por los comentaristas del Protocolo I: “*el estatuto reconocido a los movimientos de liberación de hecho les da, como da a los Estados, el derecho de elegir someterse o no al derecho internacional humanitario*”³¹.

De acuerdo a Barberis, la citada disposición es importante, ya que permite a un MLN aceptar tanto el Protocolo I como los convenios de 1949. No obstante, señala que hasta la fecha de su estudio (junio de 1983), ningún MLN había hecho uso de ese artículo. Tal afirmación continúa vigente hasta la actualidad (junio de 2015). Barberis explica esta abstención de los MLN, a que “*saben de antemano que los Estados contra los cuales combaten para lograr su autodeterminación no van a ratificar el Protocolo I, evitando así que éste entre en vigor entre las partes en conflicto*”³². Así, Barberis relata que los MLN optaron por una vía distinta, que consiste en efectuar una declaración unilateral, dirigida a veces al Comité Internacional de la Cruz Roja, en la que se obliga a respetar las disposiciones de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo I, citando los ejemplos de los MLN de Zimbabue, la SWAPO, el ANC de Sudáfrica y la OLP. Barberis analiza estas declaraciones de los MLN a la luz de los hechos, llegando a la conclusión de que las mismas “*son un modo eficaz para que las convenciones de 1949 y el Protocolo I de 1977, según el caso, sean aplicables a las guerras de liberación nacional en que aquellos están empeñados*”³³.

Barberis también analiza lo dispuesto por el art. 7, párrafo 4, de la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas

³¹ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, y B. ZIMMERMANN, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1987, pág. 1089.

³² J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 139.

³³ *Ibid.*, pág. 140.

o de efectos indiscriminados. Dicha norma dispone: “4. La presente Convención y los Protocolos anexos por los que una Alta Parte Contratante esté obligada se aplicarán respecto de un conflicto armado contra esa Alta Parte Contratante, del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra:

a) Cuando la Alta Parte Contratante sea también Parte en el Protocolo Adicional I y una autoridad como la mencionada en el párrafo 3 del artículo 96 de ese Protocolo se haya comprometido a aplicar los Convenios de Ginebra y el Protocolo I de conformidad con el párrafo 3 del artículo 96 del mencionado Protocolo, y se comprometa a aplicar la presente Convención y los pertinentes Protocolos con relación a ese conflicto; o

b) Cuando la Alta Parte Contratante no sea parte en el Protocolo Adicional I y una autoridad del tipo mencionado en el apartado a) supra acepte y aplique las obligaciones establecidas en los Convenios de Ginebra y en la presente Convención y en los Protocolos anexos pertinentes con relación a ese conflicto. Tal aceptación y aplicación surtirán los efectos siguientes con relación a tal conflicto:

- i) los Convenios de Ginebra y la presente Convención y sus pertinentes Protocolos anexos entrarán en vigor respecto de las partes en el conflicto con efecto inmediato;
- ii) la mencionada autoridad asumirá los mismos derechos y las mismas obligaciones que una Alta Parte Contratante en los Convenios de Ginebra, en la presente Convención y en sus pertinentes Protocolos anexos; y
- iii) los Convenios de Ginebra, la presente Convención y sus pertinentes Protocolos anexos obligarán por igual a todas las partes en el conflicto.

La Alta Parte Contratante y la autoridad también podrán convenir en aceptar y aplicar las obligaciones establecidas en el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra sobre una base recíproca”.

La Convención prevé así la aceptación de los MLN, del mismo modo que el previsto en el Protocolo I de 1977, a cuyo art. 1, párrafo 4, remite expresamente el art. 1 de Convención, en lo relativo a su ámbito de aplicación. El párrafo citado del art. 7 prevé distintos supuestos, que Barberis comenta: si el Estado parte y el MLN en conflicto están regidos por el Protocolo I, es suficiente que el MLN se obligue a aceptar la Convención

y los protocolos anexos pertinentes; si, por el contrario, el Estado ha ratificado solamente las convenciones de 1949 y, a su vez, el MLN las acepta y aplica, es suficiente que el MLN acepte y aplique las obligaciones de la Convención y sus protocolos³⁴. Ahora bien, señala Barberis, si un MLN se ajusta a las normas del Protocolo I, de acuerdo con su declaración unilateral, y el Estado parte en el conflicto acepta conducirse de igual manera, las obligaciones del Protocolo son aplicables para ambas partes de acuerdo al párrafo 4 *in fine*, del art. 7³⁵.

De todos modos, ni al tiempo del estudio de Barberis ni en la actualidad, ha habido un MLN que efectuara la declaración prevista en la citada norma.

2) El derecho de los tratados

Afirma Barberis que la personalidad internacional de los MLN se manifiesta también a través de la práctica convencional en muy distintos ámbitos. Los MLN han suscripto acuerdos entre sí y también con los Estados.

En cuanto a los tratados concertados con los Estados, Barberis se refiere puntualmente a los relativos a la finalización de la guerra de liberación y la obtención de la independencia, a cuestiones de límites y al establecimiento de las fuerzas armadas de liberación en el territorio de un país. Respecto del primer tipo, el autor comenta los acuerdos de Evian (entre Francia y el Frente de Liberación Nacional de Argelia), los que pusieron fin a la dominación colonial portuguesa en África, y los convenios de Lancaster House (entre el Reino Unido y los MLN de Zimbabue)³⁶. Con relación a los segundos, menciona el tratado de límites entre el Gobierno Provisorio de la República Argelina y Marruecos de 1961, y el tratado de 1975 entre el Frente Polisario y Mauritania³⁷. Finalmente, en lo relativo a los tratados sobre el establecimiento de las fuerzas armadas en el territorio de un país, Barberis analiza los acuerdos celebrados por la OLP con el Líbano y con Jordania³⁸.

³⁴ *Ibid.*, pág. 141.

³⁵ *Ibid.*, pág. 140.

³⁶ *Ibid.*, págs. 141-142.

³⁷ *Ibid.*, pág. 142.

³⁸ *Ibid.*, págs. 143-144.

También hace referencia a los acuerdos concertados por los MLN entre sí, mencionando como ejemplo al suscrito entre el FNLA y el MPLA, dos MLN angoleños en 1975.

3) Las relaciones diplomáticas

Comenta Barberis que los MLN mantienen relaciones oficiales con los Estados y algunos de ellos participan como miembros en ciertas organizaciones internacionales³⁹.

Las relaciones con los Estados se manifiestan primeramente a través de visitas oficiales que los dirigentes de los MLN realizan a los países, y en segundo lugar, se traducen en el establecimiento de misiones permanentes u oficinas en otros Estados. Y en ese sentido, aclara que existen diferencias importantes entre los distintos MLN: algunos, como la OLP y la SWAPO, poseen un servicio exterior más desarrollado, y otros sólo disponen de alguna oficina en los países que los apoyan más decididamente.

En lo que respecta a la participación como miembros de las organizaciones internacionales, menciona en particular la situación de la OLP en la Liga de los Estados Árabes⁴⁰. Además, Barberis se refiere a la resolución de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales relativa a la condición de observadores de los MLN⁴¹.

El examen que precede permite a Barberis llegar a la conclusión de que los MLN *“son sujetos del derecho de gentes, pues son titulares de derechos y obligaciones en el plano internacional. [...] la personalidad jurídica internacional de estos movimientos no se funda en las resoluciones de las Naciones Unidas ni en otras disposiciones del orden jurídico de esa organización, sino en actos cumplidos en el ámbito internacional”*⁴².

³⁹ *Ibid.*, pág. 145.

⁴⁰ *Ibid.*, pág. 146.

⁴¹ A/CONF.67/15, v. nota 25.

⁴² J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 146.

c) Características de los movimientos de liberación nacional

Barberis señala que los MLN tienen algunas características que son comunes a los demás sujetos internacionales vinculados a una situación de beligerancia (como la comunidad beligerante, los insurgentes, etc.), principalmente, porque nacen con motivo de una situación de beligerancia y se extinguen con ella. En el caso puntual de los MLN, su vida concluye cuando termina la guerra de liberación y se produce la independencia del nuevo Estado⁴³.

Pero, insiste, los MLN presentan también características propias que los diferencian de tales sujetos.

En primer término, su existencia no está condicionada a su reconocimiento previo por parte de ningún sujeto internacional (como sí sucede con el caso de la comunidad beligerante y los insurgentes). Aclara que la práctica seguida por las NU, en cuanto a requerir el reconocimiento previo por los organismos regionales, para otorgarles cierto status, pertenece al orden jurídico interno de la Organización, pero no se trata de una condición exigida por el derecho internacional. En segundo lugar, afirma que los MLN constituyen una categoría de sujetos funcionales y no es un requisito esencial que tengan el control exclusivo de un espacio territorial.

Por último, considera que la personalidad jurídica de los MLN es más amplia que la de la comunidad beligerante o los insurgentes, dadas las múltiples actividades que desarrollan en otros planos distintos que el derecho de guerra.

En base a ello, concluye finalmente que los MLN “*constituyen una nueva categoría de sujetos de derecho de gentes, que puede ser claramente diferenciada de los Estados, de la comunidad beligerante, de los insurgentes y de las organizaciones internacionales.*”⁴⁴

⁴³ *Ibid.*, pág. 147.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 148.

III. Los movimientos de liberación nacional y el derecho internacional del siglo XXI

1. *Los movimientos de liberación nacional en la actualidad*

En las tres décadas transcurridas desde que Barberis planteara su completo estudio sobre el tema, la mayoría de los MLN alcanzó su objetivo de libre determinación de los pueblos que representaban y dejaron de existir como sujetos de derecho internacional, integrándose en muchos casos como partidos políticos⁴⁵ –por lo general mayoritarios, apenas lograda la independencia– dentro de los nuevos Estados.

Sin embargo, persisten en la actualidad algunos MLN debido, precisamente, a no haber podido lograr aún la libre determinación de los pueblos que representan, que siguen presentando las características a las que se refería Barberis y algunas nuevas, que comentaremos brevemente, siguiendo el doble análisis que proponía el autor citado: por un lado, su situación en las NU y, por el otro, en el derecho de gentes.

a) *La OLP*

La situación de la OLP dentro del sistema de las NU es bastante particular⁴⁶. Su estatuto de observadora fue mejorado⁴⁷ por resolución 43/160 A, en la que la AG decidió que tenía derecho a que sus comunicaciones relativas a los períodos de sesiones y a la labor de la AG (así como las relativas a la conferencias internacionales convocadas bajo sus auspi-

⁴⁵ Por ejemplo, la SWAPO gobierna en Namibia desde 1990; el ANC gobierna Sudáfrica desde 1994; el MPLA gobierna Angola desde 1975; el FRELIMO gobierna Mozambique desde 1975; el PAIGC gobernó Guinea Bissau entre 1973 y 1999, y desde 2005 a la fecha, y Cabo Verde entre 1975 y 1980.

⁴⁶ Al respecto, ver PERMANENT OBSERVER MISSION OF THE STATE OF PALESTINE TO THE UNITED NATIONS: *Status of Palestine* (disponible en: <http://palestineun.org/status-of-palestine-at-the-united-nations/>).

⁴⁷ También la de la SWAPO, mientras mantuvo tal condición.

cios) fueran publicadas y distribuidas como documentos oficiales de las NU, directamente y sin pasar por otros conductos, a la vez que autorizó a la Secretaría a publicar y distribuir como documentos de las NU, las comunicaciones presentadas por la OLP sobre cuestiones relativas a la labor de otros órganos o conferencias de la Organización.

Con motivo de la proclamación del Estado de Palestina en 1988, por resolución 43/177, la AG decidió que en el sistema de las NU se utilizase la designación “Palestina” en lugar de la designación “Organización de Liberación de Palestina”, sin perjuicio de las funciones y la condición de observador de la OLP. En 1998, en su resolución 52/250, la AG decidió conceder a Palestina, en su calidad de observador, derechos y prerrogativas adicionales respecto de la participación en los períodos de sesiones y los trabajos de la AG y las conferencias internacionales organizadas con sus auspicios o de otros órganos de las NU, los que se enumeran en un anexo de la resolución⁴⁸.

Al respecto, es interesante mencionar que, en su calidad de observador, Palestina participó del procedimiento consultivo de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. En su providencia de 19 de diciembre de 2003, la Corte, *“teniendo en cuenta el hecho de que la Asamblea General ha concedido a Palestina un estatuto especial de observador y que es co-patrocinante del proyecto de resolución que solicitó la opinión consultiva”* (resolución ES-10/14), decidió que Pa-

⁴⁸ Esos derechos incluyen: 1. El derecho a participar en el debate general de la AG; 2. El derecho a inscribirse en la lista de oradores para el examen de temas distintos de las cuestiones relativas a Palestina y el Oriente Medio, en cualquier sesión plenaria, después del último Estado Miembro inscrito en la lista de oradores de esa sesión; 3. El derecho de respuesta; 4. El derecho de plantear cuestiones de orden en las actuaciones sobre cuestiones relativas a Palestina y el Oriente Medio, pero no el derecho de impugnar la decisión del Presidente; 5. El derecho de patrocinar proyectos de resolución y de decisión sobre cuestiones relativas a Palestina y el Oriente Medio, pero sólo pueden someterse a votación a pedido de un Estado Miembro; 6. El derecho de hacer intervenciones; 7. El derecho a tener un lugar a Palestina inmediatamente después de los Estados no miembros y antes de los demás observadores, y a tener a su disposición seis asientos en el Salón de la AG. No obstante, por ser observador, Palestina no tiene derecho a votar ni a presentar candidatos.

lestina podía presentar una declaración escrita sobre la cuestión y podía participar en las audiencias del caso⁴⁹, lo que efectivamente sucedió.

Finalmente, el 29 de noviembre de 2012, la AG aprobó la resolución 67/19, mediante la cual decidió “conceder a Palestina la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas, sin perjuicio de los derechos adquiridos, las prerrogativas y la función de la Organización de Liberación de Palestina en las Naciones Unidas como representante del pueblo palestino, de conformidad con las resoluciones y la práctica pertinentes”. De la resolución se advierte que, no obstante el reconocimiento de Palestina como Estado observador, la OLP sigue siendo reconocida por la AG como “representante del pueblo palestino”, esto es, como un MLN.

Por lo que respecta a la actuación de la OLP en el plano internacional, ésta ha continuado celebrando tratados, y en este sentido tal vez el más importante de reseñar sea la Declaración de Principios sobre las Disposiciones relacionadas con un Gobierno Autónomo Provisional, incluidos sus Anexos y sus Actas Convenidas⁵⁰ (los llamados “Acuerdos de Oslo”), que la OLP firmó con Israel el 13 de septiembre de 1993, y que implicó el reconocimiento mutuo de ambas partes, uno de los más importantes hitos en el proceso de paz de Oriente Medio. También cabe mencionar el “Acuerdo euromediterráneo interino de asociación en materia de comercio y cooperación”, celebrado por la OLP con la Comunidad Europea en 1997⁵¹. Asimismo, la OLP –como tal– mantiene representaciones en distintos Estados con los que tiene relaciones, como el Reino Unido y varios países europeos, así como ante la Unión Europea.

Con el avance del reconocimiento del Estado de Palestina, el gobierno de éste ha asumido cada vez más las funciones que anterior-

⁴⁹ CIJ: *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, ordonnance du 19 décembre 2003, C.I. J., Recueil des Cours, 2003*, pág. 428.

⁵⁰ Naciones Unidas: *Carta de fecha 8 de octubre de 1993 dirigida al Secretario General por los Representantes Permanentes de los Estados Unidos de América y la Federación de Rusia ante las Naciones Unidas*, Documento A/48/486-S/26560, Nueva York, 1993.

⁵¹ Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1997.187.01.0003.01.SPA.

mente eran desempeñadas por la OLP en materia de derecho de los tratados⁵² y en el establecimiento de relaciones diplomáticas, mas esta sigue desarrollando actividades con relación a los Estados que aún no reconocen a Palestina como tal, en su calidad de MLN y representante del pueblo palestino.

b) El Frente Polisario

El Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro (Frente Polisario) es el MLN del Sahara Occidental, que lucha por la libre determinación del pueblo saharauí. Aunque mencionado brevemente por Barberis en lo que respecta a la celebración del tratado de 1979 con Mauritania, según hemos visto no lo analizó en profundidad, y su particular situación –que se prolonga hasta la actualidad– merece algunos comentarios.

Fue reconocido como representante de su pueblo por la resolución 34/37 de la AG, en la que recomendó que “El Frente Popular para la Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro, representante del pueblo del Sáhara Occidental, participe plenamente en toda búsqueda de una solución política justa, duradera y definitiva de la cuestión del Sáhara Occidental, de conformidad con las resoluciones y recomendaciones de las Naciones Unidas, de la Organización de la Unidad Africana y de los países no alineados”. Este reconocimiento, no obstante, no implicó la concesión del estatuto de observador en las NU. Ello ha llevado a la doctrina a discutir sobre esta particular situación. Así, sostiene Jiménez Sánchez: *“el estatuto que posee el Frente POLISARIO en la Organización es difícil de definir en la actualidad. Y esto sucede porque, pese a que es evidente que para las Naciones Unidas el Frente POLISARIO representa al pueblo saharauí y, por ende, es un movimiento de libera-*

⁵² En particular a partir de su reconocimiento como Estado observador en las NU, Palestina se ha adherido a numerosos tratados multilaterales y ha ingresado como miembro pleno en la UNESCO.

⁵³ C. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *El conflicto del Sáhara Occidental: el papel del Frente Polisario*, Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso, 2014, pág. 192, disponible en <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1425/index.htm>.

*ción nacional, éste no ha sido incluido en el proceso formal de reconocimiento de estos movimientos*⁵³. La autora refiere, como lo señalara Barberis, que la práctica de la Organización requiere el reconocimiento previo del MLN por el organismo regional correspondiente: “*Y en este sentido, pese a que la Organización para la Unidad Africana tuvo un papel relevante en el reconocimiento de los movimientos de liberación nacional que han existido en el territorio de este continente, resultan evidentes dos anomalías de su práctica en lo relativo al Frente POLISARIO: En primer lugar, la Organización reconoció a trece movimientos de liberación nacional en 1974, información que pasaría a la ONU para forjar el estatuto de observador mediante la Resolución [...] 3280 (XXIX). [...] en 1974 el Frente POLISARIO tan sólo tenía un año de vida, y su capacidad propagandística era aún débil, por lo que su inclusión en la lista de la OUA fue imposible. Pero, también es cierto que la OUA con este reconocimiento múltiple daba por concluida su labor en este campo, y no enviará más información al efecto a las Naciones Unidas. Por otro lado, la proclamación de la República Árabe Saharaui Democrática en 1975, complicó los intentos del Frente POLISARIO por ganarse el reconocimiento de la organización regional y aunque [...] la OUA reconoció al Frente POLISARIO en 1976, el envío de esta información a las Naciones Unidas que hubiera permitido obtener al Frente POLISARIO un estatuto de observador de manera formal, fue paralizado hasta resolver la cuestión de la admisión de la RASD como Estado miembro de la organización, lo que finalmente sucedió en 1984, hecho que se llevaría por delante el reconocimiento del Frente POLISARIO como movimiento de liberación nacional que había otorgado años antes la organización. Como podemos observar la cuestión del reconocimiento del Frente POLISARIO como movimiento de liberación nacional, presenta unas particularidades únicas, y en ello tiene mucho que ver el binomio existente entre éste y la RASD*”⁵⁴.

Esta dualidad que existe entre el Frente Polisario y la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), de modo similar a la que hay entre la OLP y el Estado de Palestina, ha llevado a que la representación diplomá-

⁵⁴ *Ibid.*, págs. 192-193.

tica del Sahara Occidental sea conducida por una u otra entidad, dependiendo del reconocimiento o no de la RASD por parte de los Estados. Así, por ejemplo, numerosos Estados –particularmente africanos– cuentan con embajadas de la RASD, mas otros, como es el caso de la Argentina, cuentan con una representación del Frente Polisario. Lo mismo sucede en el campo del derecho de los tratados: la RASD es parte en varias convenciones multilaterales celebradas al amparo de la OUA y la Unión Africana, y el Frente Polisario celebró el citado por Barberis tratado con Mauritania de 1979. Asimismo, en su calidad de representante del pueblo saharauí, el Frente Polisario conduce las negociaciones con Marruecos para la solución del conflicto.

De manera tal que, no obstante sus particularidades, el Frente Polisario reúne las características que Barberis apuntara para ser reconocido como un MLN.

c) La particular situación del SPLM/A

Uno de los protagonistas de la segunda guerra civil de Sudán, que se prolongó desde 1983 hasta 2005 fue el Movimiento/Ejército para la Liberación del Pueblo de Sudán (*Sudan People's Liberation Movement/Army*, SPLM/A). Se consideró a sí mismo como el único representante del pueblo de Sudán del Sur, y luchaba por la libre determinación de su pueblo. Luego de numerosas conversaciones que tuvieron lugar a partir de 2002, el 9 de enero de 2005, celebró con el gobierno de Sudán un Acuerdo General de Paz, que contiene numerosas disposiciones, entre las que se encuentra el reconocimiento de “*Que el pueblo de Sudán del Sur tiene el derecho de libre determinación, inter alia, mediante un referéndum para determinar su estatuto futuro*”⁵⁵. Sin embargo, aunque el Acuerdo también preveía una participación –mayoritaria– del SPLM/A en las instituciones de autogobierno de Sudán del Sur, no se le reconoció el carácter de *representante* del pueblo de Sudán del Sur. El 7 de julio de 2008, el gobierno de Sudán y el SPLM/A firmaron un compromiso

⁵⁵ Consejo de Seguridad: *Carta de fecha 8 de febrero de 2005 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente del Sudán antes las Naciones Unidas*. Documento S/2005/78, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, pág. 22.

arbitral para solucionar una controversia sobre la delimitación en el área de Abyei –en el área septentrional de Sudán del Sur–; la secretaría de la Corte Permanente de Arbitraje actuó como secretaría del tribunal arbitral, y este emitió su laudo el 22 de julio de 2009⁵⁶.

Tenemos, entonces, a un movimiento que llevó a cabo una lucha armada por la libre determinación del pueblo que dice representar, y que está fundado e integrado por nativos de ese pueblo, satisfaciendo así las dos primeras características que señalara Barberis de los MLN; pero encontramos dificultades para la tercera. El SPLM/A luchaba contra el gobierno de su propio Estado por lo que no puede considerarse un caso de dominación colonial ni ocupación extranjera y, no obstante las constantes violaciones de derechos humanos de las que es imputable, y las prácticas discriminatorias del Norte árabe hacia el Sur africano, parece difícil considerar al gobierno de Sudán como un régimen racista (al menos, de un racismo equiparable al *apartheid* sudafricano).

Por lo que respecta al ámbito del derecho humanitario, el SPLM/A no hizo la declaración a la que se refiere el art. 96, párrafo 3, del Protocolo Adicional I, ni del Acuerdo General de Paz, ni de las múltiples resoluciones del Consejo de Seguridad que se refieren a la cuestión. Asimismo, la UA no sólo no lo reconoció como MLN, sino que se refirió a la independencia de Sudán del Sur en 2011, como un “*caso excepcional*”, y que no cuestionaba en modo alguno “*el principio sacrosanto del respeto de las fronteras heredadas en el acceso de los países africanos a la independencia*”⁵⁷.

Así, se advierte que la situación del SPLM/A –en particular, en el período 2005-2011⁵⁸– fue compleja, y aunque haya tenido una actuación

⁵⁶ La información sobre el caso puede consultarse en: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306

⁵⁷ También expresó que “*reconociendo la naturaleza única de su cuestión nacional, los líderes sudaneses resolvieron, en 2005, conceder el derecho a la libre determinación al pueblo de Sudán del sur*”. Declaración solemne de la Asamblea de la Unión Africana sobre Sudán, documento Assembly/AU/Decl.3(XVI), disponible en http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_EN_30_31_JANUARY_2011_AUC_ASSEMBLY_AFRICA.pdf

⁵⁸ Tras la independencia de Sudán del Sur, el 9 de julio de 2011, el SPLM/A es el partido político mayoritario, actualmente en el poder.

en algunos aspectos equiparable a la de los MLN (particularmente en lo que respecta a la celebración de tratados, siempre con el gobierno de Sudán), creemos que no es suficiente para su caracterización como tal, asemejándose su status al de un grupo insurgente o una comunidad beligerante. El caso es ilustrativo, no obstante, de la difícil situación actual de los MLN y la libre determinación de los pueblos, como se verá.

2. Los movimientos de liberación nacional en la práctica actual de las Naciones Unidas

Consideramos necesario, en este repaso de la actualidad, efectuar algunas consideraciones sobre el papel que revisten los MLN en la práctica vigente de las Naciones Unidas. En ese sentido, cabe destacar que, salvo los casos puntuales comentados, los MLN ya no aparecen mencionados en las resoluciones de la Asamblea General. Sí aparecieron hasta el 2000, en una serie de resoluciones sobre el uso de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio de los pueblos a la libre determinación, en las que la Asamblea General instó “a todos los Estados a que adopten las medidas necesarias y ejerzan el máximo de vigilancia contra la amenaza que entrañan las actividades de los mercenarios y a que, mediante medidas legislativas apropiadas, se aseguren de que su territorio y otros territorios bajo su control, así como sus nacionales, no sean utilizados en el reclutamiento, la concentración, la financiación, el entrenamiento y el tránsito de mercenarios, para planificar actividades encaminadas a desestabilizar o derrocar al gobierno de ningún Estado o amenazar la integridad territorial y la unidad política de los Estados soberanos ni para promover la secesión o combatir a los movimientos de liberación nacional que luchan contra la dominación colonial u otras formas de dominación u ocupación extranjeras”⁵⁹. Sin embargo, aunque el tema continúa en el programa de la Asamblea General, desde el 2001 la mención a los MLN ha sido omitida, conservándose sólo como referencia histórica en el preámbulo de las resoluciones del tema⁶⁰.

⁵⁹ Resoluciones 41/102, 42/96, 43/107, 44/81, 45/132, 46/89, 47/84, 48/92, 49/150, 50/138, 51/83, 52/112, 53/135, 54/151 y 55/86.

⁶⁰ Resoluciones 56/232, 57/196, 58/162, 59/178, 61/151, 62/145, 63/154, 64/151, 65/203, 66/147, 67/159, 68/152 y 69/163.

Asimismo, y en el marco del proceso de descolonización, sólo en el caso apuntado del Sáhara Occidental se ha reconocido un MLN⁶¹ –y con las salvedades señaladas–, no obstante haber aún quince territorios no autónomos en los que los órganos de las Naciones Unidas han constatado la existencia de pueblos titulares del derecho a la libre determinación⁶².

Esta realidad nos lleva a la pregunta de si los MLN –cuya subjetividad internacional no discutimos– constituyen una categoría histórica producto de otra época, en el contexto concreto de las luchas de liberación nacional alimentadas en gran parte por la Guerra Fría. Ello explica por qué en la actualidad casi no existen movimientos de estos tipos, pese a subsistir situaciones coloniales con pueblos titulares de la libre determinación, y por qué los MLN que sí existen recurren a otras formas –la proclamación de Estados con reducida efectividad– a los fines de entablar relaciones con otros sujetos internacionales.

3. La relación de los movimientos de liberación nacional con los pueblos

Si bien Barberis realizó un meduloso estudio acerca de la subjetividad de los MLN, no profundizó acerca de la relación que existe entre el MLN y el pueblo de que se trate, no obstante reconocer que un MLN persigue la libre determinación, está integrado por población autóctona y es declarado por la AG como representante de su pueblo. De esa forma, la relación entre el MLN y pueblo aparece para nosotros como evidente, y el propio Barberis la pone de manifiesto en todas esas características, aunque no explicita cuál sea la naturaleza de esa relación⁶³.

⁶¹ Asamblea General: *Informe del Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con Respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales sobre la labor realizada en 2014*, Documento A/69/23, Naciones Unidas, Nueva York, 2014.

⁶² En los dos territorios no autónomos restantes, Gibraltar y las Islas Malvinas, los órganos competentes de las Naciones Unidas no han reconocido que exista un *pueblo* titular del derecho a la libre determinación.

⁶³ En general, los autores que se han referido a la personalidad de los MLN no abordaron la cuestión de la relación de estos con los pueblos que representan (K. GINTHER,

Nos proponemos, entonces, reflexionar sobre la naturaleza y características de la relación entre el MLN y el pueblo que representa, teniendo en cuenta el pensamiento de Barberis a la luz de los desarrollos contemporáneos del derecho internacional.

En la actualidad, aunque permanece como una cuestión discutida en la doctrina, no pocos autores consideran a los pueblos como sujetos del derecho internacional⁶⁴. Tal calificación dependerá, como lo señalara Barberis, de la definición de sujeto de derecho internacional que cada autor adopte. A los efectos de este análisis, nos ceñiremos, por supuesto, a la definición de Barberis que ya hemos citado, de la cual se extrae que si el derecho internacional reconoce al menos un derecho o una obligación a determinada entidad ya estamos en presencia de un sujeto de derecho internacional.

En ese sentido, el derecho internacional reconoce varios derechos a los pueblos⁶⁵, siendo el más importante de ellos el derecho de libre deter-

“Liberation Movements”, en R. BERNHARDT, (Dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, North Holland, Amsterdam, 1982, págs. 245-249; R. RANJEVA, “Peoples and National Liberation Movements”, en M. BEDJAOUI, *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO, París, 1991, págs. 101-112).

⁶⁴ V. gr. Díez de Velasco reconoce que los pueblos tienen una subjetividad internacional restringida (M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 16 Ed., Madrid, 2007, pág. 290); Gros Espiell sostiene que “*Los pueblos sometidos a la dominación colonial y extranjera son, en consecuencia, titulares de derechos y obligaciones atribuidos por el derecho internacional de hoy. Poseen, por tanto, una personalidad internacional y, con respecto al ejercicio de sus derechos y a la exigencia de sus deberes, pueden conceptuarse sujetos de derecho internacional*” (H. GROS ESPIELL, *El derecho a la libre determinación. Aplicación de las resoluciones de las Naciones Unidas*. Documento E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1. Naciones Unidas. Nueva York, 1979, pág. 10); Crawford opina que puede concluirse que el pueblo de un territorio no autónomo posee un estatuto jurídico separado y con él, una medida de personalidad jurídica (J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pág. 618); Raic reconoce que los pueblos son sujetos del derecho internacional, pues son titulares de derechos, pero no son “personas internacionales”, por cuanto no pueden reclamar internacionalmente por su violación (D. RAIC, *Statehood and the law of self-determination*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pág. 14).

⁶⁵ Además de la libre determinación, los pueblos tienen reconocido su derecho a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales –resolución 1803 (XVII) de la AG–, su derecho al desarrollo –resolución 41/128 de la AG– y su derecho a la paz –resolución 39/11–. Pastor Ridruejo también menciona el derecho a expresar su voluntad –Artículo

minación, consagrado, entre otros instrumentos, en el párrafo 2 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, aprobada por resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, en el art. 1 común al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el cuarto principio de la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

Con ello en vista, y a la luz de la definición de Barberis, un pueblo es un sujeto de derecho internacional. Pero, si el derecho internacional también reconoce subjetividad a los MLN, ¿cómo se compatibiliza esta relación entre estos sujetos? Tengamos en cuenta que una de las características de los MLN es luchar por la libre determinación de *sus pueblos*, y que son reconocidos por los organismos regionales y por las Naciones Unidas como representantes de *esos pueblos*. La existencia misma del MLN es, entonces, inescindible de la del pueblo que representa. Así es como la actuación internacional del MLN siempre es en su calidad de representante del pueblo de que se trata, y el Protocolo Adicional I de 1977 es claro en referirse a la lucha de los pueblos (art. 1) y a la autoridad que los representa (art. 96).

Por lo tanto, parece que la subjetividad de los MLN y del pueblo se confunde, por cuanto implica una doble calificación jurídica de una misma realidad. Barberis parece dar una solución a este problema cuando afirma: *“El titular del derecho u obligación puede no ser quien figura como tal en la letra de un tratado, sino que es quien efectivamente hace valer el derecho o asume la obligación. Si una organización aparece como titular de una obligación o de un derecho internacional en un tratado, pero esa obligación o ese derecho es efectivamente asumido por otro ente, aquella carecerá de personalidad interna-*

21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos—, el derecho a la pervivencia del grupo —que surge de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio—, ciertos derechos económicos —reconocidos en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, resolución 3281 (XXIX) de la AG— y el derecho a beneficiarse del *ius in bello* —en virtud del citado Artículo 1, párrafo 4, del Protocolo Adicional I— (J. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 15ª ed., 2011, pág. 278 y ss.)

cional y será tenida sólo como un órgano de este último, que será el verdadero sujeto internacional”⁶⁶. Dado este planteo, podríamos preguntarnos si el verdadero sujeto de derecho internacional es, en nuestro caso, el MLN o el pueblo. Como vimos, quien aparece como titular de los derechos en los instrumentos internacionales es siempre el pueblo, pero también es cierto que quien lo hace valer en el plano internacional es el MLN. Sin embargo, no parece claro que el pueblo pueda ser considerado un *órgano* del MLN. En todo caso, la analogía que correspondería sería la del Estado con su población: el pueblo sería el elemento sociológico o demográfico del MLN.

Sin embargo, esta argumentación no nos convence, y nos inclinamos por la inversa: creemos el MLN es un *órgano* del pueblo. Ello está dado por el carácter de *representante*⁶⁷ del mismo que la comunidad internacional le reconoce y en cuyo nombre actúa, en que los derechos le son efectivamente reconocidos al pueblo, y no al MLN –y en el caso de la libre determinación es evidente (en cuanto requiere la libre expresión de la voluntad del pueblo⁶⁸) – y en que pueden existir –y en eso la práctica actual es patente– pueblos titulares del derecho a la libre determinación sin MLN que los representen. Incluso creemos que esta conclusión es compatible con el pensamiento de Barberis.

Así, al analizar la relación entre la Iglesia Católica y la Santa Sede, en orden a determinar su subjetividad internacional, Barberis sostiene: “*Si se examina la organización de la Iglesia, el contenido de los concordatos y las obligaciones y derechos que en ellos se estipulan, resulta que la Iglesia Católica aparece como una comunidad cuyos órganos de gobierno están constituidos por la Sede Apostólica. Así como en los Estados existen órganos de gobierno que actúan en su nombre, así también la Santa Sede actúa como órgano de la Iglesia Católica, que es el sujeto de derecho internacional*”⁶⁹. Creemos que

⁶⁶ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, pág. 146.

⁶⁷ El problema de la *representatividad* del MLN respecto del pueblo es señalado por Cassese, cuando señala la falta de directrices o estándares internacionales que clarifiquen cuándo un movimiento es representativo de un pueblo (A. CASSESE, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*. Cambridge University Press, 1998, pág. 167).

⁶⁸ Ver CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif*; C.I.J., *Recueil des Cours*, 1975, pág. 12, pár. 59.

⁶⁹ J. A. BARBERIS, *op. cit.*, nota 2, págs. 99-100.

la línea argumental es perfectamente trasladable al supuesto bajo examen: los MLN son un órgano de los pueblos que representan (cualidad que se puso de manifiesto en la práctica cuando, lograda la libre determinación de los pueblos a través de la independencia, el MLN pasó a ocupar el gobierno de los nuevos Estados), y son éstos los verdaderos titulares de derechos en el plano internacional.

Resta el interrogante de por qué Barberis –y otra gran parte de la doctrina– optó por reconocer la subjetividad internacional de los MLN sin hacer mención a los pueblos. Ello, creemos, encuentra su explicación en el momento histórico en que Barberis comenzó a elaborar su teoría. Si al día de hoy la subjetividad internacional de los pueblos continúa siendo materia discutida, más lo era en aquella época. La falta de definición internacional de *pueblo*⁷⁰, sumado a su inorganicidad, dificultan el reconocimiento de la personalidad internacional, así como la misma actuación de un sujeto de estas características. El grado de organización de los MLN, y su capacidad de llevar a cabo una lucha de liberación nacional, permitió, en un contexto político bien determinado, reconocerles una incipiente subjetividad, y sobre esta base trabajó Barberis.

Es así que la subjetividad reconocida a los MLN tiene un carácter *funcional*: su capacidad estará limitada a lo necesario para lograr su objetivo de libre determinación del pueblo que representa⁷¹.

La actualidad, no obstante, nos muestra que los pueblos titulares del derecho a la libre determinación ya no se valen de los MLN para su actuación internacional, y ello –siempre teniendo en mente la definición de Barberis– no puede implicar negar la subjetividad internacional a los pueblos, particularmente a los que aún se mantienen bajo dominación colonial u ocupación extranjera.

IV. Consideraciones finales

Lo poco que puede agregarse sobre la cuestión de la subjetividad internacional de los MLN demuestra, en sí mismo, la exhaustividad de la

⁷⁰ G. SALAS, “El Concepto de pueblo”. *RECORDIP*, Vol.1 N°1 (2012).

⁷¹ C. LAZARUS, “Le statut des mouvements de libération nationale à l’Organisation des Nations Unies”, *Annuaire français de droit international*, vol. 20, 1974, págs. 173-200.

investigación de Julio Barberis en la materia. La omisión del análisis de la relación de los MLN con los pueblos –omisión que se repite en casi todo lo escrito sobre el tema– encuentra explicación en la complejidad de la cuestión, máxime en el contexto histórico en que realizó su estudio, y no alcanza a justificar una crítica en ese sentido.

La casi total desaparición de los MLN en la actualidad no ha privado de interés al tema, ya que la persistencia de pueblos titulares del derecho a la libre determinación, sometidos a dominación colonial u ocupación extranjera, exige un estudio detenido de los medios de que se valen o pueden valerse para hacer efectivo este derecho, así como las nuevas manifestaciones de la voluntad de estas entidades y su actuación en el plano internacional, a la vez que renueva la discusión acerca de su subjetividad y para ello, nuevamente, la obra de Barberis será un insoslayable punto de partida.

INDICE

Palabras preliminares	11
Julio A. Barberis (Semblanza)	
El tema de los rios internacionales en la obra científica de Julio A. Barberis	
<i>Ernesto J. Rey Caro</i>	19
Los aportes de Julio A. Barberis a la teoría de los recursos naturales compartidos entre Estados	
<i>Zlata Drnas de Clément</i>	29
La jurisprudencia como fuente del derecho internacional público	
<i>Arturo Santiago Pagliari</i>	53
El territorio en la obra del Julio A. Barberis	
<i>Graciela R. Salas, Gloria Rosenberg</i>	73
La costumbre internacional en la obra de Julio A. Barberis a la luz de las teorías <i>jus</i> filosóficas y los nuevos enfoques doctrinarios	
<i>María Cristina Rodríguez de Taborda,</i> <i>Magdalena García Elorrio</i>	93
El concepto de tratado internacional desarrollado por Julio A. Barberis	
<i>María Alejandra Sticca</i>	113

Consideraciones sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado internacional. <i>Marta Susana Sartori</i>	121
Las limitaciones a la voluntad legislativa de los estados en el derecho internacional <i>Eduardo José Pintore</i>	139
Las normas del derecho internacional americano en el pensamiento de Julio A. Barberis <i>María Pilar Llorens</i>	163
La explotación de los recursos mineros transnacionales. Una mirada desde el Tratado de Integración y Complementación Minera Argentino-Chileno <i>Christian G. Sommer</i>	189
Los movimientos de liberación nacional en el pensamiento de Julio A. Barberis <i>Luciano Pezzano</i>	211

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de mayo de 2016

