

El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados

Libro homenaje a la Universidad Nacional de Córdoba en sus 400
años de existencia

(A cargo de profesores e integrantes de las cátedras de Derecho
Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales)

Coordinador
Dr. Ernesto Rey Caro

Comité Académico
Dr. Luis I. Savid Bas, Dr. Pedro E. Baquero Lazcano,
Dra. Zlata Drnas de Clément, Dr. Arturo S. Pagliari y
Dra. Graciela R. Salas

GRAFICA
TREJ
Editorial

Córdoba 2013

Índice

Presentacion.....	7
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA EN EL SIGLO XIX <i>THE INTERNATIONAL LAW TEACHING IN THE UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA IN THE NINETEENTH CENTURY</i> Ernesto J. Rey Caro.....	11
DE LAS CAUSAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO <i>ON THE CAUSES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW</i> Pedro Enrique Baquero Lazcano.....	25
REFLEXIONES SOBRE ANCLAJES Y DESPLIEGUES DEL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS EN EL TIEMPO <i>REFLEXIONS ON ANCHORS AND DISPLAYS OF THE PRINCIPLE OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES IN THE TIME</i> Zlata Drnas de Clément.....	51
400 AÑOS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS <i>400 YEARS IN THE EVOLUTION OF THE LAW OF TREATIES</i> Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez.....	83
SOBERANÍA Y RECURSOS NATURALES <i>SOVEREIGNTY AND NATURAL RESOURCES</i> Graciela R. Salas.....	121

SIGLO XXI Y SEGURIDAD ALIMENTARIA <i>TWENTY-FRIST CENTURY AND FOOD SECURITY</i> Marta Susana Sartori.....	153
DEUDA EXTERNA, BONOS, BIENES Y RECURSOS NATURALES <i>FOREIGN DEBT, BONDS, PUBLIC PROPERTY AND NATURAL RESOURCES</i> María Cristina Rodríguez de Tabora.....	177
INVERSIÓN EXTRANJERA Y DERECHOS HUMANOS: CONFLICTOS E INTERACCIONES <i>FOREIGN INVESTMENT AND HUMAN RIGHTS: CONFLICTS AND INTERACTIONS</i> Christian G. Sommer.....	223
LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO FUENTE DE OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS <i>THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS AS A SOURCE OF OBLIGATIONS IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS</i> Luciano Pezzano.....	265
ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO <i>SOME REFLECTIONS ON THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT AS A HUMAN RIGHT</i> María Alejandra Sticca.....	311

LA EQUIDAD INTER E INTRAGENERACIONAL: BASES JURÍDICAS Y PERSPECTIVAS EN LA COMPENSACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

INTER AND INTRAGENERATIONAL EQUITY: LEGAL BASES AND PERSPECTIVES IN LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL HARM

Magdalena García Elorrio.....339

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS ARGENTINOS

THE JURISPRUDENCE OF THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE ARGENTINIAN CASES

María Pilar Llorens.....383

NACIONES UNIDAS Y EL TERRORISMO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REPÚBLICA ARGENTINA

UNITED NATIONS AND INTERNATIONAL TERRORISM IN THE TWENTY-FIRST CENTURY, WITH SPECIAL REFERENCE TO ARGENTINA

Diego García Montaña.....417

MEDIDAS DE APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL; LAS CONTRAMEDIDAS

COERCIVE IMPLEMENTING MEASURES OF INTERNATIONAL LAW; COUNTERMEASURES

Guillermo Daniel Costilla.....445

LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

THE ANTICIPATORY SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL LAW IN THE LIGHT OF THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW

Eduardo J. Pintore.....467

LA GARANTIA DEL AMPARO: UNA VISION DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
*THE GUARANTEE OF AMPARO: INSIGHT FROM
INTERNATIONAL PUBLIC LAW*
Néstor Alejandro José Hillar.....515

Presentación

Los cuatro siglos de existencia de la actual Universidad Nacional de Córdoba, ha sido un hecho que ha dado motivo a numerosas y merecidas conmemoraciones. Por iniciativa de nuestro colega Eduardo J. Pintore, integrantes y ex integrantes de las cátedras de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esta Alta Casa de Estudios, la cuarta fundada en el Nuevo Continente, acordaron elaborar una publicación en homenaje a tan magno acontecimiento.

Fernando de Trejo y Sanabria, conocido como Obispo “de la educación” y “de la defensa de los derechos de los indígenas”, fue el que a inicios del siglo XVII planteó el punto de partida en nuestro país de la enseñanza superior y de los derechos humanos. Ese mismo momento cronológico tuvo una significativa trascendencia en la historia de la disciplina, pues fue cuando dieron a luz dos importantes obras de quien para muchos ha sido el “padre” del Derecho Internacional: Hugo Grocio. Su fama fue ilimitada. En 1609, es decir cuatro años antes del acontecimiento rememorado, apareció en forma anónima uno de los libros que más influyeron en el desarrollo de la ciencia jurídica internacional y del hoy llamado Derecho del Mar. En efecto, se trata de “*Mare Liberum, sive de iure quod Batavis competit ad Indicana commercia, Dissertatio*”, más conocido en el mundo hispano como “De la Libertad de los Mares”, sin otro aditamento. Poco tiempo después, en 1625, se editó el más conocido de los trabajos científicos del jurista de Delft, “*De iure belli ac pacis*”, libro del cual se encuentran referencias en casi todas las

obras del mismo siglo y de los siguientes. Su metodología expositiva inspiró los tratados generales sobre el Derecho de Gentes elaborados por los más encumbrados internacionalistas. El Derecho Internacional en época de paz y el derecho de la guerra, constituyeron los dos grandes capítulos de nuestra disciplina, división esta hoy ya superada.

La historia del Derecho Internacional - su pasado, su presente y aun su futuro-, ha sido escudriñada y ha centrado la atención de numerosos juristas. La evolución de la disciplina se ha acelerado hasta límites impensados, especialmente a partir de mediados del siglo XX. Han surgido numerosas “ramas” de la misma. Hoy su contenido no resulta tarea fácil para ser abordado por un solo estudioso. Ello ha contribuido a la aparición de valiosas obras colectivas que han facilitado la tarea del docente y la enseñanza de la materia.

En esta edición conmemorativa cada estudioso ha elegido un tema de su especialidad, razón por la cual no puede considerarse “un libro de cátedra”, aunque seguramente contribuirá para la profundización de ciertos tópicos o para estimular el estudio de algunas cuestiones que se encuentran en un estado embrionario de desarrollo. Se trata de un esfuerzo colectivo en el que han contribuido docentes que ya han cumplido su misión en el plan de estudio del grado, como así también quienes están hoy a cargo de las cátedras, y jóvenes integrantes de una generación dispuesta a afrontar los nuevos desafíos que ofrece una comunidad internacional fluctuante y dinámica.

Podrá encontrarse en este emprendimiento temas históricos y filosóficos o cuestiones específicas de nuestra disciplina, como la libre determinación de los pueblos, recursos naturales, medio ambiente, Naciones Unidas, deuda externa, derechos humanos, principios generales del derecho, etc., abordadas desde perspectivas

personales. A los autores, nuestro agradecimiento por el esfuerzo intelectual realizado para hacer realidad este homenaje a una de las instituciones universitarias de mayor prestigio nacional e internacional, por cuyas aulas transitaron prohombres que contribuyeron a consolidar la independencia y el progreso de nuestra nación.

Ernesto J. Rey Caro

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA EN EL SIGLO XIX

THE INTERNATIONAL LAW TEACHING IN THE UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA IN THE NINETEENTH CENTURY

*Ernesto J. Rey Caro**

Resumen: El Derecho Internacional se incorporó al Plan de Estudio de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en la segunda mitad del siglo XIX. La Biblioteca Mayor y la de la Facultad de Derecho contaban ya en esa época con un número importante de obras de destacados internacionalistas europeos y americanos. La temática que se abordaba en los cursos sobre la materia era seguramente la incorporada en las obras generales sobre la disciplina. Siguiendo a Grocio, éstas dividían el estudio en dos grandes capítulos: el derecho en época de paz y el derecho de la guerra.

Palabras - clave: Derecho Internacional – Enseñanza en el siglo XIX – Contenido de la materia.

Abstract: International Law was incorporated to the Studies Curriculum of the Faculty of Law and Social Sciences of the National University of Cordoba in the second half of the nineteenth century. The Great Library of the University and that of the Faculty of Law at that time had a significant number of works by prominent European and American internationalists. The topics addressed in courses on the subject were surely based on general works on the discipline. Following Grotius, they

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

divided the study into two main sections: the right in time of peace and the law of war.

Keywords: International Law – Teaching in the nineteenth century – Contents of the course.

La enseñanza del Derecho Internacional se incorporó en el Plan de Estudio de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en la segunda mitad del siglo XIX. Según Yanzi Ferreira¹, primero en 1857, llamándose la asignatura Derecho Internacional sin otro aditamento. Poco después, en 1870, pasó a denominarse Derecho Internacional Público y Privado². En 1883 la enseñanza de la materia se impartió bajo la primitiva denominación: Derecho Internacional. Cuatro años después, con una nueva modificación del plan de estudio fue incorporada en el primer año de la carrera como Derecho Internacional Público, denominación que conservó hasta 1956 año en que pasó a llamarse Derecho Internacional Público e Historia de la Diplomacia Argentina. Desde 1975 hasta la actualidad la materia se denomina Derecho Internacional Público.

No es el objetivo de estas reflexiones retomar el tema que tan exhaustivamente ha examinado Yanzi Ferreira, sino tratar de desentrañar qué se enseñaba, cuál era el contenido de la materia y qué autores podían consultarse en aquellos primeros años en que se impartió la materia. Más allá de las referencias contenidas en el

¹ “Los estudios de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Siglos XIX-XX”, en *Revista de la Facultad*, Vol. I- Nº 1. Nueva Serie II, pp. 1-15.

² Esta ha sido la única oportunidad en que se impartieron conjuntamente ambas disciplinas.

Ernesto J. Rey Caro

trabajo citado³, en estas consideraciones desarrollaremos muchas suposiciones, fundadas especialmente en la bibliografía existente en la Biblioteca Mayor y en la de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, a la cual seguramente podían recurrir tanto profesores como alumnos.

Sin pretender efectuar una reseña exhaustiva, en la Biblioteca Mayor de la Universidad, existían ya obras de prestigiosos internacionalistas del siglo XIX y anteriores como Vattel⁴, Fiore⁵, Lorimer⁶, Wheaton⁷, Olivart⁸, Bynkershoek⁹, Bluntschli¹⁰, Cauchy¹¹, Heffter¹², Pufendorf¹³, Calvo¹⁴, Fiore¹⁵, Mozo¹⁶, entre otras.

La Biblioteca de la Facultad de Derecho, también contaba con algunas obras sobre la disciplina y cuestiones afines. Pueden

³ Op. cit. pág. 2. Menciona a Heffter. De este jurista existe en la Biblioteca Mayor la obra *Derecho Internacional Público de Europa*, Trad. de G. Lizarraga, Madrid, 1875.

⁴ *El Derecho de Gentes o principios de la ley natural*, Madrid, (4 vol.) 1820.

⁵ *Derecho Internacional Público*, Madrid, (3 vol.) 1894.

⁶ *Principios de Derecho Internacional*, (Versión castellana de A. López Coterilla), Madrid, 1888.

⁷ *Elements du Droit International*, 4^o Edition, Leipzig, F.A Brockhars, 1864; del mismo autor *Historia de los progresos del Derecho de Gentes*, Trad. de Carlos Calvo, Besanzon, (2 vol.), 1861.

⁸ *Manual de Derecho Internacional Público y Privado*, Madrid, (2 vol.) 1882.

⁹ *Quaestionum Juris Publici Libri Duo*, Leyden, 1737. En esta obra aborda en primer lugar los problemas de la guerra y después cuestiones generales.

¹⁰ *Le Droit International Codifié*, Trad. al francés de M.C. Lardy, París, 1886.

¹¹ *Le Droit International considéré dans ces origines...*, Paris, (2 vol.), 1862.

¹² *Derecho Internacional Público de Europa*, Trad. al español de G. Lizarraga, Madrid, 1875.

¹³ *De Iure Naturae et Gentium, Libri Octo*, Francofurti, (2 vol.), 1759.

¹⁴ *Derecho Internacional*, París, (2 vol.), 1868.

¹⁵ *Derecho Internacional Público*, Madrid, (3 vol.), 1894.

¹⁶ *Tratado Elemental de Derecho de Gentes y Marítimo Internacional*, Madrid, 1898.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

señalarse obras de Burlamaqui¹⁷, Arenal¹⁸, Calvo¹⁹, Fiore²⁰, Martens²¹, Phillimore²², Alcorta²³, Sumner Maine²⁴, Urien²⁵, Bianco²⁶. También la Biblioteca contaba con una valiosa colección de tratados suscriptos por la República Argentina²⁷.

Puede destacarse que en la Biblioteca de la Facultad de Derecho existen numerosas obras sobre la disciplina de autores de las primeras décadas del siglo pasado. Asimismo muchas obras de esta Biblioteca pasaron en préstamo al hoy inexistente Instituto de Derecho Internacional Público de esta misma Facultad, sin que algunas de ellas hayan podido localizarse con posterioridad.

La Biblioteca Mayor contaba en su hemeroteca con una valiosa colección de la *Revue Générale de Droit International Public* desde su primer tomo, del año 1894²⁸ hasta el tomo 46 del año 1939. Ello mostraba que nuestra Casa de Estudios estaba más que actualizada,

¹⁷ *Principes de Droit de la Nature et des Gens*, Paris, (5 vol.), 1820.

¹⁸ *Ensayo sobre el Derecho de Gentes*, Madrid, 1895.

¹⁹ *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, París, (2 vol.), 1868. También estaba la obra *Dictionnaire de Droit International Public et Privé*, Paris, (2 vol.), 1885. Igualmente *Política Americana*, Buenos Aires, 1886.

²⁰ *Nouveau Droit International Public suivant les besoins de la civilisation moderne*, Paris, (2 vol.), 1868.

²¹ *Traité de Droit International*, Paris, 1883.

²² *Commentaries upon International Law*, London, 1854.

²³ *Curso de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1886.

²⁴ *Le Droit International. La Guerre*, Paris, 1890.

²⁵ *El Derecho de Intervención y la Doctrina Monroe*, Buenos Aires, 1898.

²⁶ *La cuestión internacional: Chile y la Argentina. Documentos*, Buenos Aires, 1893.

²⁷ *Colección de Tratados celebrados por la República Argentina con las naciones extranjeras*, Buenos Aires, (3 vol.), 1884.

²⁸ Esta primera entrega incluía numerosos trabajos especializados de autores como Aubert, Desjardins, Despagnet, Fauchille, Fiore, Martens, Renaut, etc. Encabezaba la publicación un artículo de Pillet titulado “Le Droit International Public. Ses éléments constitutifs, son domaine, son objet....”.

Ernesto J. Rey Caro

ya que pocas instituciones universitarias en el país e incluso en latinoamérica, contaban con tan selecta bibliografía.

Esta reseña de la bibliografía existente en las bibliotecas de nuestra Universidad permite sostener que tanto los docentes como los investigadores, y alumnos de la materia, disponían de calificadas obras para su consulta. Asimismo, permite inferir que los programas elaborados por los primeros profesores de la materia contendrían las referencias pertinentes, más allá de los libros y documentación de exclusiva propiedad de dichos docentes. Disponemos en nuestra biblioteca personal de obras que generosamente nos fueron donadas por herederos de algunos de estos pioneros. También desde los primeros años en que la vocación nos llevó a iniciar la carrera docente, la asidua visita a librerías de esta ciudad nos permitió acceder a muchos libros que seguramente fueron utilizados para la enseñanza en la época en que hemos centrado nuestra atención.

De este acervo bibliográfico, hemos seleccionado algunas obras generales para tratar de formular suposiciones sobre los temas o tópicos que constituyeron el eje del desarrollo de la materia.

Cabe una advertencia inicial. Examinaremos la temática de las obras específicas de Derecho Internacional Público o simplemente de Derecho Internacional, expresión esta última que comprendía los estudios del primero. Otra deducción que surge es que no pocas obras abordaban tópicos que luego constituyeron el contenido del llamado Derecho Internacional Privado, aunque es posible deducir que cuando se impartía la enseñanza de ambas

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

disciplinas en conjunto -que fue por un breve periodo de tiempo-, se recurría también a textos específicos de esta última disciplina²⁹.

Es necesario destacar igualmente que la influencia de Grocio que en su célebre obra “De juris belli ac pacis”, de 1625, abordó en primer lugar el derecho de la guerra, éste constituyó un tema que usualmente los autores de los siglos XVIII y XIX, -e incluso hasta promediar el siglo pasado-, trataron obligadamente y con variada extensión en las obras generales, aunque relegando su examen a los últimos capítulos de sus producciones científicas. De igual manera, casi todos los tratadistas efectuaban inicialmente una reseña de la evolución histórica del Derecho de Gentes.

Por otra parte, las obras disponibles provenían especialmente del continente europeo. Excepcionalmente y en particular en las décadas finales del siglo XIX, se pudo contar con trabajos de juristas iberoamericanos, sobresaliendo la vasta obra de Carlos Calvo.

El jurista suizo Vattel, que en el prefacio de su obra destacaba la ausencia de un tratamiento apropiado del Derecho de Gentes³⁰, dedicó la primera parte de su obra al Derecho de Gentes en

²⁹ En España la enseñanza conjunta de ambas disciplinas en un solo curso en la mayor parte de las universidades ibéricas, se mantuvo hasta la década del setenta del siglo pasado.

³⁰ *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural, aplicados a la conducta, y a los negocios de las naciones y de los soberanos*, Traducción al Español de Pascual Hernández, Madrid, (2 tomos), 1834. “El derecho de gentes, una materia tan noble é importante -afirma-, jamás se ha tratado con toda la detención que merece, y por eso la mayor parte de los hombres solo tienen de ella una noción vaga, incompleta, y muchas veces falsa. La copia de los escritores y de los autores mas célebres solo comprenden bajo el nombre de derecho de gentes, ciertas máximas, ciertos usos recibidos entre las naciones, y considerados obligatorios para ellas á causa de su consentimiento. Pero esto

Ernesto J. Rey Caro

general y la segunda a la guerra. En la primera exponía inicialmente “la idea y principios generales del derecho de gentes”, continuando con la noción de Estado y la soberanía, de los derechos y obligaciones de los Estados, de la diferente clase de Estados, y del comercio, su utilidad, fundamento y limitaciones. Otro capítulo estaba dedicado a la forma de adquisición del dominio estatal, y en particular la ocupación. Abordaba asimismo la cuestión de los ríos limítrofes y del mar y sus usos, el tema de los derechos que la posterior doctrina llamaría “fundamentales” de los Estados, y la situación de los extranjeros. Dedicó un importante espacio -capítulo con el que concluye la primera parte de la obra- a los tratados internacionales, su concepto, clase de tratados, principios aplicables, interpretación y terminación de los mismos. Es remarcable la elaboración doctrinaria expuesta sobre este tema tan axial de la disciplina, que luego sería receptada en instrumentos específicos suscriptos en el siglo pasado. El segundo tomo de la obra está destinado al “derecho” de la guerra, a la neutralidad, a la situación de los particulares, al restablecimiento de la paz, a los tratados de paz, etc.

Bluntschli, además de su obra titulada “Derecho Público Universal”³¹, elaboró el conocido “Droit International Codifié”, libro en el que después de una interesante introducción, exponía diferentes temas de la disciplina en forma de lo que denominó “código”, que incluía notas numeradas a cada idea u opinión sobre la materia abordada³².

El jurista Suizo ofrece, tras una introducción en la que trata el tema de los negadores del derecho internacional, tema este que

es fijar muy estrechos límites a una ley tan estensa é interesante al género humano, y al mismo tiempo degradarla descuidando su verdadero origen”.

³¹ Versión castellana de A. García Moreno y Ortega García, Madrid, (2 vol.), 1880.

³² Traducción del alemán de M.C. Lardy, París, 1886.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

aún es considerado en libros del siglo pasado. A continuación estudia la cuestión de los orígenes del derecho internacional; el nacimiento del derecho internacional moderno; y algunos tópicos vinculados con la guerra. Dedicada a la disciplina diversos capítulos o “libros”.

En el Libro Primero aborda los principios fundamentales, naturaleza y límites del Derecho Internacional. En el segundo Libro, estudia la cuestión de los sujetos del Derecho Internacional, en especial el Estado, su nacimiento, transformaciones y extinción. En el Libro Tercero estudia los órganos de las relaciones internacionales, incluyendo los de representación del Estado ante los otros Estados. En el Libro Cuarto, trata el tema de la soberanía del Estado y cuestiones afines, como adquisición de la soberanía territorial, límites, ríos, navegación, y servidumbres internacionales. El siguiente Libro está dedicado a las personas en su relación con el Estado, incluyendo la situación de los extranjeros. En el sexto libro, estudia el axial tema de los tratados internacionales, forma de los tratados, medios para asegurar su cumplimiento, clases o especies de tratados y terminación de los mismos. El siguiente libro está destinado a las violaciones del Derecho Internacional y a los medios de reprimirlos, incluyendo la solución de controversias y el arbitraje, en particular. El Libro VIII contiene una definición de la guerra; los efectos de la misma sobre los beligerantes; prácticas ilícitas durante el conflicto armado; desertores; bienes del Estado enemigo, etc. Asimismo examina la normatividad aplicable a la guerra marítima y el “droit de postlinie”. En el libro final examina la institución de la neutralidad. En cada “libro” expone numeradamente reglas y normas aplicables y notas que sostienen o desarrollan las ideas enunciadas.

Fiore, internacionalista italiano y catedrático en Nápoles, de gran renombre en las últimas décadas del siglo XIX, elaboró una conocida obra, de la cual se realizaron varias ediciones. Traducida el

Ernesto J. Rey Caro

español fue muy utilizada en Latinoamérica y seguramente en nuestra Universidad, en las cátedras de la materia³³.

Comprende igualmente varios “libros” o capítulos principales. El primero estaba titulado “El Derecho Internacional según la Historia”. Allí efectúa una exhaustiva exposición de la evolución de la disciplina desde la época de los romanos, el cristianismo, la reforma, el Tratado de Westfalia de 1648 y desde este acontecimiento hasta el Congreso de Viena de 1815. Continúa con la evolución experimentada desde este último acontecimiento hasta el momento en que elabora su tratado. Luego expone los factores que contribuyeron a la transformación de la sociedad de Estados y la influencia ejercida por la doctrina desde Santo Tomás en adelante. Efectúa una valiosa descripción de los pensadores que más influencia tuvieron, ensayando como corolario una predicción sobre el porvenir de las relaciones internacionales, sin perjuicio de realizar un análisis del estado de evolución de la disciplina en la segunda mitad del siglo XIX. Intentaremos efectuar una sintética reseña de tan magna obra, para lo cual nos apartaremos en muchos casos de la secuencia expositiva adoptada por este jurista.

En la Parte General, el Libro Primero dedicado al Derecho Internacional “objetivamente considerado”, posee varios Capítulos. Reseña la cuestión del fundamento del derecho de gentes; la naturaleza y carácter del Derecho Internacional; la autoridad efectiva del Derecho Internacional; y las fuentes del Derecho Internacional. Asimismo considera las personas a las cuales se aplica el Derecho Internacional o las agrupaciones a las que debe atribuirse la personalidad según el Derecho Internacional. Examina en primer

³³ *Tratado de Derecho Internacional Público*, trad. de Alejo García Moreno, Madrid, (4 vol.), 1894.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

lugar al Estado y la evolución experimentada. Estudia allí lo que denomina “objeto de los Estados” y las formas en que se constituyen.

El Libro Segundo está consagrado a esclarecer el concepto del Derecho Internacional Público y su papel en el campo de las ciencias jurídicas, su naturaleza y caracteres principales. La materia del Libro Tercero es variopinta. Indaga sobre las personas a las que debía aplicarse el Derecho Internacional; derechos y deberes de los Estados; y los individuos en sus relaciones con el Derecho Internacional. En el siguiente Libro, trata sobre los mares, ríos navegables, territorio, mar territorial, mares cerrados, incluyendo lo relativo al modo como los Estados pueden adquirir la posesión de las cosas. El Libro Quinto está dedicado a un tema que todos los tratadistas abordan: los tratados internacionales, examinando en particular las condiciones para su validez, efectos, ejecución, revocación, interpretación, etc. El Libro siguiente tiene como eje el examen de las relaciones diplomáticas, que desarrolla en diez capítulos. El Libro VII, trata sobre otra cuestión que se encuentra en casi todas las obras: las disputas o controversias entre los Estados y los mecanismos para su solución. Aquí examina el arbitraje y efectúa interesantes consideraciones sobre las dificultades que existían en esa época para la creación de un tribunal internacional.

El cuarto tomo de la obra está dedicado a la guerra, oportunidad en la que aborda la amplia problemática que encerraba el recurso a la lucha armada, incluyendo consideraciones históricas; la doctrina de los publicistas más acreditados; el fundamento jurídico del derecho de guerra; el concepto de guerra; efectos de la declaración de guerra; derechos y deberes de los beligerantes, etc. Asimismo aborda los derechos y obligaciones de los Estados neutrales.

La obra de Fiore seguramente inspiró los programas de la materia de finales del siglo XIX y los elaborados en las primeras

Ernesto J. Rey Caro

décadas del siglo siguiente. La temática de estos últimos programas coincide casi en su totalidad con la estructura expositiva adoptada por el internacionalista italiano.

De los internacionalistas latinoamericanos, como ya lo anticipáramos, uno de los más conocidos fue Carlos Calvo, sin perjuicio de que la obra de Bello, cuya primera edición data de 1832, también estaba en las bibliotecas de nuestra universidad. Ya en los años finales del siglo XIX, se contó igualmente con publicaciones de Alcorta³⁴.

De las múltiples obras de Calvo, adquiere significancia su tratado sobre la materia, ya mencionado, editado en la capital francesa, en 1868. Cabe destacar las palabras iniciales del prefacio para advertir el propósito del jurista argentino, que consideró especialmente que el ordenamiento jurídico internacional abarcaba las normas vigentes en Europa y en América. “Hemos titulado nuestra obra –manifiesta Calvo- Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América, porque en ella tratamos de reparar el olvido en que incurren nuestro predecesores y nuestros contemporáneos, no ocupándose apenas del vasto continente americano, cuya influencia y poderío se acrecienta, empero, cada día más, marchando de consuno con la civilización europea”³⁵.

Calvo asigna especial importancia a la parte histórica, distinguiendo siete épocas, que abarcan desde los tiempos antiguos hasta el Congreso de Viena y el momento en que elabora su trabajo. Luego, bajo el epígrafe de “Principios Generales”, expone sobre las fuentes del Derecho Internacional. Aquí desarrolla su idea del Derecho Internacional, partiendo de la definición de Bello que

³⁴ *Curso de Derecho Internacional Público*, Bs. As., 1886.

³⁵ Op. cit., Tomo I, pag. III.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sostenía que el Derecho de Gentes era “la colección de leyes ó reglas generales de conducta que las naciones deben observar entre sí para su seguridad y bienes común”, luego receptada por Halleck, que la simplifica, considerando que esta rama del derecho era “Las reglas de conducta que rigen las relaciones de los Estados”, definición esta última que Calvo estimó como la más adecuada³⁶.

La Primera Parte de la obra, está dedicada al “Estado de Paz”, oportunidad en la que aborda sucesivamente la cuestión de las naciones y los Estados soberanos; los derechos de independencia y de propia conservación; derecho de igualdad; derechos de propiedad y dominio; derecho de legislación o jurisdicción; derecho de legación y tratados; derechos y deberes de los ministros públicos; de los cónsules y agentes comerciales; de los deberes mutuos de los Estados; y del arreglo de las cuestiones internacionales. El “Estado de Guerra”, cuyo tratamiento ocupa el segundo tomo de la obra, es examinado exhaustivamente y de conformidad con la problemática que la lucha armada generaba en la época.

La obra de Bello, que ya mencionamos, es quizá una de las primeras de autor latinoamericano. Es menos ambiciosa y más acotada³⁷, aunque no deja de exponer los temas medulares de la disciplina y, como era usual en la época, la primera parte está dedicada al Estado de Paz y la segunda al Estado de Guerra. Como cierre de su trabajo expone en un breve capítulo el tema de los derechos y funciones de los agentes diplomáticos.

³⁶ Op.cit., p. 61.

³⁷ Cf. Op. cit., pp. 11-323. Toda la temática es examinada en forma breve y conceptual. “Los Principios del Derecho Internacional - dice Irisarri como advertencia en la edición que hemos escogido para su examen -, es la primera obra científica de una utilidad general e incuestionable, que se ha dado á luz en la América Española”.

Ernesto J. Rey Caro

En las nociones preliminares, enuncia la definición del Derecho Internacional citada por Calvo; sanciones; división en interno y externo; la fuerza obligatoria del Derecho Internacional, y la doctrina más calificada, entre otros tópicos. Luego en la Primera Parte, aborda la cuestión de la nación y el soberano; los bienes de las naciones; el territorio; el dominio, imperio y jurisdicción; los ciudadanos y extranjeros; el derecho comercial y marítimo en tiempo de paz; la institución consular; los tratados; los mecanismos de solución de controversias.

Podríamos continuar con muchas otras consideraciones sobre el contenido de las abundantes obras que hemos mencionado al comenzar estas reflexiones, que se encontraban ya en las Bibliotecas de nuestra Universidad o a las que hemos accedido personalmente, pero ello excedería el propósito perseguido, cual es indagar someramente sobre la temática que posiblemente se incorporó en los programas de estudio de la materia en los primeros años en que ésta se dictó en la Facultad de Derecho. Sin mucho esfuerzo se puede advertir muchas coincidencias en los temas que abordaban los autores y tratadistas y que ellos no solo nutrieron los programas aludidos, sino que incluso pueden encontrarse en los programas elaborados por quienes dictaron la asignatura en las primeras décadas del siglo pasado.

Reiteramos, se trata de un modesto trabajo de un valor acotado y predominantemente histórico, con el cual hemos pretendido rendir un homenaje al cumplirse el cuarto centenario de la fundación de la Universidad Nacional de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

DE LAS CAUSAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

ON THE CAUSES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW

*Pedro Enrique Baquero Lazcano**

Resumen: La descripción en su concepto y categorización de las cuatro clases de causas (material, formal, eficiente y final) enseñadas por Santo Tomás, permite aplicarlas al Derecho Internacional Público y hacer ver hasta qué punto se complementan y las derivaciones a que conduce utilizar alguna de ellas solamente. Esto se muestra en las denominaciones, concepciones de la disciplina y en la estructura sustancial y procedimental del ordenamiento jurídico internacional, como en la historia de la formación de su contenido.

Palabras - clave: Derecho Internacional Público – Causa material – Causa formal – Causa eficiente – Causa final – Santo Tomás de Aquino.

Abstract: The description on its concept and categorization of the four causes (material, formal, efficient and final) taught by St. Thomas, can apply to international public law and see to what extent does complement and leads to use any of them leads only. This is shown in the denominations, conceptions of the discipline and structure of substantive and procedural international law, as in the story of the formation of its contents.

* Doctor en Derecho. Doctor en Filosofía. Abogado internacionalista. Profesor Emérito de la UNC. Profesor Catedrático de la UCC. Juez de Cámara (Magistratura cumplida). Exdecano de la Facultad de Filosofía de la UCC. Exmiembro a cargo de la presidencia del Tribunal de Ética Judicial de Córdoba. Ciudadano ilustre de la ciudad de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Keywords: Public International Law – Material cause – Formal cause – Efficient cause – Final cause – St. Thomas Aquinas.

SUMARIO: I. Causa. - II. Las concepciones del Derecho Internacional Público y su relación con las causas del mismo. - III. La estructura del Derecho Internacional Público. A. La manifestación de las cuatro causas en el Derecho Internacional Público en general. B. El Derecho Internacional Público Sustancial y las cuatro causas. C. El Derecho Internacional Público Procedimental y las cuatro causas. - IV. La historia en el Derecho Internacional Público. - V. Conclusiones.

I. Causa

En un pequeño libro, Santo Tomás¹ precisa conceptos fundamentales que han recorrido el largo camino de la historia de la filosofía. Uno de esos conceptos es el de *causa*, de la cual dice que es “aquello de cuyo ser se sigue otro”². Pero no hay una sola causa, sino que su noción es más extensa: “son cuatro las causas: material, eficiente, formal y final”³.

De las cuatro causas hay dos que entran en la composición de la cosa: son causas intrínsecas a la misma y el Angélico les llama *elementos*⁴.

Por el contrario, a la causa eficiente y a la causa final las considera causas extrínsecas y les llama *principios*⁵.

¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO. *De los principios de la naturaleza*. Aguilar, Buenos Aires, 1977.

² *Ibidem*, capítulo 30.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

La noción de las cuatro causas es simple;

materia es el elemento indeterminado de una cosa, como lo es el mármol de la mesa de mármol, que pudo ser asiento y fue mesa;

forma es el elemento determinante de algo, como lo es la forma de la mesa de mármol, por la cual es mesa y no asiento;

agente o *causa eficiente* es quien pone a la causa formal en la causa material, o sea el carpintero;

causa final es el término intencional de la acción de la agente, que procuraba la existencia de una mesa de mármol.

II. Las concepciones del Derecho Internacional Público y su relación con las causas del mismo

El Dr. Emilio Baquero Lazcano define al Derecho Internacional Público como “el conjunto sistematizado de principios y reglas jurídicas, fundadas en la naturaleza humana y de las cosas, interpretadas por la razón y en la historia, que rige las relaciones mutuas de las personas internacionales, para que puedan satisfacer sus justos intereses”¹.

Allí encontramos las cuatro causas de la disciplina:

la causa material: las relaciones mutuas de las personas internacionales;

¹ BAQUERO LAZCANO, Emilio, BAQUERO LAZCANO, Pedro E. y otros. *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado*. (En adelante: Tratado) Tomo I, Marcos Lerner, Córdoba, 1993, para. 1, pág. 17.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

la causa formal: los principios y reglas jurídicas fundadas en la naturaleza humana y de las cosas, interpretadas por la razón y en la historia;

la causa eficiente: las personas internacionales;

la causa final: la pretensión de satisfacer sus justos intereses.

Como unión de causa material y causa formal fijan a la *esencia* podemos decir que el Derecho Internacional Público es el ordenamiento jurídico de las relaciones internacionales.

Ahora bien, las esencias entran en la *existencia* por mediación de la causa eficiente movida por la causa final; podemos decir que la esencia del derecho internacional entra en la existencia por la acción de las personas internacionales movidas por la pretensión de satisfacer sus justos intereses en sus relaciones recíprocas.

El positivismo adhiere a la idea del romanticismo de que existe un principio absoluto e infinito inherente al universo, pero se diferencia por cuanto la revelación de dicho principio no se da ni por el arte, ni por el sentimiento sino por la ciencia. Así, la ciencia es la que permite tanto organizar al orden social (*positivismo social*, como lo expresa Saint Simon cuanto para obtener una visión total del mundo: *positivismo metafísico*, como lo enseña Augusto Comte, 1798-1857). En esta visión el conocimiento humano pasa por tres etapas: el *período teológico*, que busca el fundamento de todas las cosas, en la Divinidad, sea un solo Dios o en la pluralidad de dioses; el *período metafísico*, que busca dicha explicación de todas las cosas, ya no en la divinidad sino en fuerzas abstractas, como las fuerzas físicas y las fuerzas químicas, etc. y *el tercer período al que se llama científico o positivo*, que renuncia a buscar la explicación del insondable origen de las cosas y se limita a observar los hechos y su relación, o sea procura

Pedro Enrique Baquero Lazcano

conocer *las leyes de los fenómenos*, elaborando una enciclopedia de las ciencias: Astronomía, física, química, biología y sociología o física social, tanto en su estática centrada en el *orden*, cuanto en su dinámica que gira en torno de la idea de *progreso*. Concibe una trinidad mítica:

El Gran Ser o sea la Humanidad,

El Gran Fetiche, o sea la Tierra;

Y el Gran Medio, o sea el Espacio.

La organización de la humanidad explica la influencia del positivismo en el Derecho Internacional Público, pero al renunciar a una explicación trascendente a los fenómenos mismos, impulsa una anarquía internacional y como en toda anarquía los pueblos de menor poder se ven sometidos a las grandes potencias.

Tal situación se vio en los veinticinco años que, en el siglo XX, van entre las dos guerras mundiales, en que una precaria paz promovía en los seres humanos el olvido de las causas que llevan a la catástrofe bélica. Buen testimonio al respecto pueden dar Polonia disputada por Alemania y Rusia, Finlandia bajo la influencia de la Unión Soviética y Abisinia, bajo Italia.

Más, por debajo de la aparente paz, iba creciendo el monstruo de los totalitarismos supremos conocidos por el mundo, o sea el estalinismo adueñado del socialismo totalitario e internacional; y el hitlerismo promotor del dominio mundial bajo el poder alemán y el endiosamiento de su jefe Adolfo Hitler.

De ambos brazos descendió para mal del mundo, la concepción de *Hegel*, del *Derecho Público Externo*, con el que recreó la denominación del Derecho Internacional Público, y concibió a éste como la voluntad del Estado hacia los otros Estados, llegando al

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

extremo de sostener que cuando se produce el conflicto entre dos estados, la solución es la guerra, la que dilucidará cuál de los dos es el estado más poderoso y, por lo tanto el portador del espíritu del mundo. Así en la denominación como en la concepción se absolutiza a la *causa eficiente*. Es el estado, como poder supremo, que se extiende por el mundo.

Pero el hitlerismo fue vencido con la rendición de su último aliado, el imperio japonés, el 15 de agosto de 1945, quedando abierta la tensión entre los propios vencedores, Estados Unidos y la Unión soviética, en la llamada *Guerra Fría*. No se aceptaba la hegemonía mundial de un estado y se reclamaba la coexistencia de las grandes potencias, cada una con su respectiva zona de influencia. Era la hora de la denominación y de la concepción de *Kant: Derecho Interestatal*, hipertrofiando también a la *causa eficiente*, ya no como un solo estado, sino como una pluralidad de estados. El equilibrio de las dos superpotencias concluyó con la disolución de la Unión Soviética el 8 de diciembre de 1991. *Solitaria la causa eficiente* se mostraba impotente, tal cual ocurriera en los orígenes de la disciplina con la *causa material*, en la denominación del Derecho de Guerra y de la Paz, o sea el nombre dado por el genial Hugo Grocio, que dejaba fuera de explicitación a las otras causas.

Tampoco fue suficiente la nominación *Jus Gentium*, o *Derecho de Gentes*, derivado de la tradición romanista, que totalizaba la nominación de la disciplina en la *causa formal*.

Por último, el gran internacionalista argentino Estanislao Zeballos llamó al Derecho Internacional Público, Derecho Supranacional apuntando a la *causa final* como factor exclusivo para identificar a la disciplina.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

Era necesario volver a las fuentes, a Francisco de Vitoria, que entendía al Derecho Internacional Público como *Jus inter omnes gentes*, concepción en la que resplandecen las cuatro causas:

material: *inter*, o sea las *relaciones* que por su naturaleza poseen carácter internacional (*inter omnes gentes*);

formal: *jus*, o sea el Derecho que, según esta concepción sólo es tal el ordenamiento normativo *justo*;

eficiente: *omnes gentes*, o sea los pueblos, actualmente organizados en Estados, organizaciones internacionales, comunidades beligerantes, etc.;

final: *jus*, como lo justo. La causa eficiente (los sujetos internacionales) ponen la causa formal (la normatividad jurídica) a la causa material (las relaciones recíprocas) movido por la causa final, esto es, establecer la justicia en las relaciones recíprocas entre las personas internacionales.

Nada más oportuno que reivindicar esa concepción cuando el equilibrio político entre los Estados Unidos y la Unión Soviética se había extinguido y la hegemonía flamante de la primera potencia se derrumbaba con el atentado a las Torres Gemelas del 11 de septiembre de 2001, abriéndose para el coloso del norte, la trampa de las ilegítimas e interminables guerras de Afganistán e Irak, a la vez que aparecía como factor internacional los grupos particulares o sea el terrorismo particular, que a su vez, lleva a imaginar el apoyo a los mismos de algún Estado, con lo cual se alienta una grave amenaza a la Paz, como lo es actualmente la obsesión de atacar Irán.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

III. La estructura del Derecho Internacional Público

En su propia configuración interna en general y por ello tanto en su parte sustancial cuanto en su parte procedimental, el Derecho Internacional Público exhibe la importancia de las cuatro causas. Así, retomando las cuatro causas presentes en la definición de Derecho Internacional Público dada más arriba, se comprueba que cada una de las partes de esta disciplina son susceptibles de ser ordenadas a alguna de estas cuatro causas.

A. La manifestación de las cuatro causas en el Derecho Internacional Público en general

1. **La causa material.** La *causa material* hace referencia a las relaciones entre las personas internacionales². Estas relaciones entre personas internacionales, no es sino un tipo de relación humana. Para explicar ello se debe realizar una distinción entre sustancia y accidente, tal como nos lo enseña Santo Tomás de Aquino. Sustancia es todo ente a cuya esencia compete existir en sí y no en otro, como la piedra que existe en sí. Accidente es todo ente cuya esencia peticiona existir en otro, como el color blanco de la piedra. Ahora bien, los accidentes pueden ser necesarios, por acompañar siempre a una determinada cosa, como por ejemplo el color rojo de la sangre, o pueden ser no necesarios, como por ejemplo el color blanco de la piedra que bien pudo haber sido gris o negro. Aclarado esto, se observa que la relación interhumana es un accidente necesario de la sustancia humana, en tanto y en cuanto, no se concibe a la existencia humana sin la interrelación. El ser humano está llamado a relacionarse en virtud de su corporalidad y de su espiritualidad. Por su corporalidad, es un ser limitado físicamente y necesita el socorro

² Sobre la distinción conceptual entre personas y sujetos internacionales ver: BAQUERO LAZCANO, E. *Tratado*, Tomo II, para. 107, pág. 13.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

de otro. Si pensamos que ninguno de nosotros confeccionó la ropa que llevamos puesto o construyó las calles y veredas por donde transitamos o los edificios en donde vivimos y enseñamos. Pero por su espiritualidad, o sea por su aptitud de pensar lo universal y elegir alternativas concretas, cada ser humano asume la totalidad del Universo y lleva a los otros seres humanos en su conocimiento y en su amor. Para decirlo con otras palabras, no nos es indiferente el sufrimiento que los otros seres humanos padezcan, aunque estos estén lejanos a nosotros, en una zona de guerra por ejemplo.

Ahora bien esa relación humana se puede dar en dos formas. Una forma es aquella natural, forzada, en donde los hombres a causa de un hecho o un conjunto de hechos poseen intereses comunes. Esta forma es denominada comunidad. La otra, es la forma cultural, la sociedad, es una instancia evolucionada de relación, en donde una pluralidad de seres humanos realizan actos concertados libremente, persiguiendo una finalidad común. Establecido esto, se observa que existe una tendencia de convertir a la comunidad en sociedad, ya que el ser humano tiende a asumir con su espíritu a la materia, a culturalizar lo natural, a intencionalizar lo dado. Pero la formación de sociedades genera nuevas comunidades que poseen intereses comunes. Así de la transformación de la comunidad familiar en sociedad familiar, surgen intereses comunes con otras familias, esto es, la comunidad política, que al constituirse en sociedad política con fines propios, tiene intereses comunes con otras sociedades políticas, ya que están forzadas a cohabitar en un mismo planeta, surgiendo así la comunidad internacional, cuyo interés no es otro que la eliminación de la guerra y la colaboración en la paz. Pero esta comunidad internacional se fue constituyendo en una sociedad internacional, con fines libremente establecidos y con sus propios órganos de actuación. Esta evolución que lleva a que las comunidades se transforman en sociedades y que éstas forman, a su vez, nuevas comunidades, en un nivel cuantitativamente superior, y que éstas nuevas comunidades se constituyan en sociedades,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

responde a una dialéctica expansiva del ser por la cual, todo lo que es, es para ser conocido, y todo lo conocido es conocido para ser amado: si la ley del ser es la dialéctica expansiva de la Realidad al Conocimiento y, de éste a la Decisión libre, también ha de cumplirse en el hombre, que, antes que nada, es un ser, y más aún, es una persona. Ser, conocer y decidir, o subsistencia, conocimiento y decisión, he aquí los tres elementos constitutivos de la dialéctica del ser. Ahora bien, como el efecto no escapa al modo de ser de la causa, la misma historia universal recorrerá ese preciso tránsito dialéctico en tres etapas, cada una centrada en cada uno de los originales del ser y en el orden necesario de estos³. Es así que a la Antigüedad es la edad centrada en la subsistencia, en ella existe sólo una comunidad internacional ya que sólo existen intereses comunes entre los pueblos. Estos intereses se reducen básicamente a dos: no dañarse y ayudarse⁴. La historia de la Antigüedad es una larga sucesión de imperios que se expanden para subsistir. El problema central de la filosofía fue lo que perdura detrás de todos los cambios, lo subsistente. El Medioevo se centra en el conocimiento y surgen sociedades supranacionales constituidas en base a un mismo sistema de ideas y creencias. Así surge la Cristiandad Occidental, la Cristiandad Oriental, el Mundo Islámico y el Mundo Budista. Ello es así pues el problema filosófico del Medioevo fue el descubrir dónde se encuentra la verdad y cómo puede ser ésta alcanzada. La verdad mantenía unida a los integrantes de estas sociedades supranacionales, pero esa verdad separaba estas sociedades las unas de las otras. Es en la Modernidad (constituida por la Edad Moderna y la Contemporánea) en donde surge la sociedad internacional de carácter universal. Su origen se encuentra en la Paz de Westfalia de

³ Baquero Lazcano, E. *Tratado*, Tomo I, para. 68, pág. 188.

⁴ Ver: TOMBERG, V. *La Problemática del Derecho Internacional a través de la Historia*, Barcelona, 1961, pág. 14.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

1648 y su configuración más importante la encontramos en la Organización de Naciones Unidas. Esta etapa histórica se centra en la decisión, en la praxis, en la acción, por lo cual se acepta que pueblos de diferentes ideas y sistemas de valores, puedan ponerse de acuerdo sobre principios de acción comunes.

Como las relaciones interpersonales son accidentes necesarios de las personas humanas y éstas poseen una condición corporal-espiritual, las relaciones interpersonales, y con ellas las relaciones entre las personas internacionales necesitan de un espacio para desarrollarse. Es así que el ámbito espacial, como geografía en donde se desarrollan esas relaciones, constituye parte de la causa material del derecho internacional.

De lo aquí expuesto se sigue que es en su causa material donde el Derecho Internacional se avoca al estudio de la evolución de la comunidad a la sociedad internacional y con ello a la historia de las relaciones internacionales. En este ámbito relacional, el Derecho Internacional Público muestra una interacción con otras disciplinas como la Sociología Internacional, la Moral Internacional, etc. Pero, tal como se afirmara, las relaciones entre personas internacionales no pueden ser concebidas aisladas del *espacio* que le sirve de base y que las condicionan, por ello corresponde también a la causa material el estudio de la geografía en donde éstas se desarrollan. Aquí existe una relación con otras disciplinas como la geopolítica, la geografía económica, etc.

2. La causa formal. Las relaciones entre personas internacionales en sí mismas no constituyen derecho internacional, pues las causas materiales son principio indeterminado y necesitan de la *causa formal* para adquirir su esencia como orden jurídico internacional. Esto se ve en el hecho que las relaciones internacionales pueden ser estudiadas desde el punto de vista de una sociología internacional, una historia de las relaciones internacionales, una moral

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

internacional, etc. Se necesita de la causalidad formal, esto es la normatividad jurídica, para que unida a la causa material, surja el Derecho Internacional Público.

Como ya se adelantara, la causalidad formal del Derecho Internacional Público es la normatividad jurídica. La unión de ésta con las relaciones internacionales determina la esencia del Derecho Internacional Público, que es la normatividad jurídica de las relaciones recíprocas entre las personas internacionales. La causalidad formal del Derecho Internacional Público es, entonces, “conjunto sistematizado de principios y reglas jurídicas” tal como lo dice la definición del mismo arriba dada.

El primer problema que se plantea es determinar qué es lo jurídico o, dicho de otro modo, cuándo una exigencia de conducta es jurídica. No es en la estructura de la norma ni en el objeto material de ella en donde encontraremos lo que es jurídico, sino en su objeto formal. Ahora bien, el objeto formal del derecho es la justicia. Es la justicia la que exige que una relación interhumana se realice de una determinada manera y no de otra.

Vinculado al tema de la normatividad jurídica, está la problemática de las fuentes del Derecho Internacional. Éstas pueden ser definidas como todo hecho eficaz del ser humano para establecer regulación de derechos y deberes en las relaciones internacionales. De las tres fuentes directas o principales enunciadas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia los principios generales del derecho, de acuerdo a nuestra concepción, tienen una importancia preponderante: Los principios son las normas jurídicas que, en virtud de la naturaleza humana y de las cosas, interpretadas por la razón conforme al consenso general, y por el hecho de existir la Comunidad internacional, regulan los acontecimientos necesarios para la subsistencia y desarrollo de la misma. Es decir, los principios

Pedro Enrique Baquero Lazcano

generales del derecho derivan directamente de la naturaleza humana y de las cosas, regulan las cuestiones imprescindibles para la subsistencia de la comunidad internacional y tienen existencia y vigencia por el sólo hecho de existir ésta. El fundamento iusnaturalista de estos principios es, que los hombres son seres perfectibles y a su vez libres, por lo cual tienen el deber moral de conducir su desarrollo a la perfección. Pero como no hay deber sin derechos que permitan cumplir ese deber, luego estos derechos son los derechos naturales del hombre. A ello se le suma que hay una ley natural que respeta a toda naturaleza en su forma de ser. Ahora bien, estos derechos naturales se dan también en la relación internacional, o sea en la relación entre los pueblos, ya que esta, es relación interpersonal. Por esta causa el hecho de la constitución de la relación internacional es la condición necesaria y suficiente para que los Principios del Derecho Natural actúen en el ámbito internacional. Siguiendo a Santo Tomás de Aquino se distinguen tres órdenes de principios: a) Aquellos que son comunes a todos los entes del universo y que tienen por fundamento el principio de la autoconservación. A este orden de principio corresponden el principio de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza, el derecho a legítima defensa, el principio de solución pacífica de las controversias internacionales, etc. b) Aquellos que son comunes sólo a los seres vivos y que su fundamento es el principio de comunicación. A esta categoría pertenecen los principios de cooperación, de buena fe, de solidaridad, etc. c) Aquellos principios que sólo corresponden al ser humano, ya que se fundamentan en su racionalidad y libertad. Aquí pertenecen los principios de libre determinación de los pueblos, de igualdad soberana, de no intervención, etc. Todos estos principios se encuentran contenidos dentro de la Justicia, ya que esta es la voluntad perpetua y constante de dar a cada uno lo suyo. Estos principios, por otro lado, constituyen la base jurídica de las fuentes positivas del Derecho Internacional, es decir, los tratados y el derecho consuetudinario. Es

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por esta razón que un tratado o una costumbre internacional, no pueden constituirse nunca en violación de alguno de estos principios (*ex iniura ius non oritur*).

En cuanto a las materias de Derecho Internacional Público contenidas en su causa formal, tal como se viera, el primer problema que se suscita en torno a este ordenamiento es el de la obligatoriedad de sus normas, esto es, el problema del *fundamento* del Derecho Internacional. Aquí se estudian las distintas escuelas que dieron una explicación a tal obligatoriedad. Relacionado también con la normatividad jurídica del Derecho Internacional Público se encuentra la extensa temática de las *fuentes* del mismo y su clásica distinción entre fuentes directas o principales, tales como los principios generales del derecho, los tratados, la costumbre internacional y otras fuentes de esta categoría, y fuentes secundarias o medios auxiliares, tales como la jurisprudencia y la doctrina internacionales. A la par de todo ello, el estudio de las funciones y caracteres del Derecho Internacional y de las teorías que niegan su existencia, encuentran también aquí su lugar de análisis ya que son todos temas relacionados con la normatividad jurídica del mismo.

3. La causa eficiente. Las esencias ingresan a la existencia por virtud de la *causa eficiente*, ya que es ella la que pone la causalidad formal a la causa material. La causa eficiente del Derecho Internacional está constituido por las personas internacionales, de acuerdo a la definición arriba dada. Esto merece empero una aclaración. Profundizando esta noción, la causa eficiente del Derecho Internacional Público, como de todo derecho, no es en definitiva otro más que el ser humano: por más elucubraciones, teorías e imaginaciones que se pretendan, la única realidad sustancial del Derecho es la *persona humana*. La persona humana entendida, siguiendo a Boecio y Santo Tomás de Aquino, como *sustantia individua naturae rationalis*. Es una *substantia*, pues existe en sí misma. Es

Pedro Enrique Baquero Lazcano

individual ya que es indivisible, pues su división la destruiría como persona, y es independiente, pues la persona humana no es parte de otro ser, en cuyo caso no sería individuo sino parte de otro individuo. Por ello, la persona es una totalidad. Es una *naturaleza* en cuanto posee una esencia que hace que sea lo que es y no otra cosa. Es *racional* ya que posee aptitud para conocer lo universal y así puede optar entre diversas maneras de realización de ese universal, luego, es libre. Al ser la persona humana un ser subsistente, intelectual y libre, convergen en ella los tres originales del ser, esto es, ser, conocer, decidir. Esto hace que toda persona humana tenga interioridad y en su interioridad da nueva existencia al universo del ser. Pero como la interioridad es la suprema jerarquía ontológica, pues no necesita para operar, en tanto interior, de lo exterior, de lo distinto, entonces es claro que la persona humana es la suprema realidad de la vida jurídico internacional.

La persona humana empero actúa en la vida internacional, generalmente, no como individuo sino como pueblo. El concepto de pueblo se debe distinguir de conceptos tales como nación, sociedad y Estado. Éstos últimos tres conceptos hacen referencia a la relación, y por lo tanto son accidentes, mientras que el concepto de pueblo hace referencia a los relacionados, es decir, a sustancias. Se ingresa así a la temática de las personas y los sujetos internacionales. En este sentido se distingue entre persona, que es quien *puede* relacionarse jurídicamente, y sujeto quien *se relaciona* jurídicamente. Lo primero denota posibilidad, lo segundo un hecho. Esta distinción puede ser encontrada en la definición que de sujeto internacional da Verdross. En efecto Verdross expresa: “Dado que la denominación de “*sujetos de derecho internacional público*” no es utilizada por todos los autores de la misma manera es necesario aclarar, que bajo ese concepto entendemos aquellas *personas* que son titulares de derechos

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

y obligaciones internacionales y cuya conducta está regulada directamente por el derecho internacional”⁵. De este modo se puede definir a la persona internacional como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales.

Ahora bien, las personas internacionales pueden ser clasificadas entre aquellas cuya existencia es necesaria y aquellas que tienen una existencia histórica. Las personas necesarias son el ser humano (cada ser humano), los pueblos y la humanidad. Son necesarias porque sin ellas no existiría sociedad internacional y tienen el carácter común de ser sustancias. Para que haya sociedad internacional debe haber al menos dos pueblos, y los pueblos están constituidos por una pluralidad de personas humanas. A la vez, la totalidad de los individuos humanos constituyen la humanidad. Si el individuo humano es una sustancia, tanto el pueblo como la humanidad no son sino una pluralidad de sustancias. En cuanto a las personas históricas, éstas no vienen peticionada necesariamente por la sociedad internacional, sino que fueron apareciendo en el devenir histórico. Ellas son, el Estado, las organizaciones internacionales, la Iglesia Católica, etc. Siempre que hubo relación internacional hubo una humanidad, hubo pueblos y hubo individuos. No siempre existieron en cambio Estados, organizaciones internacionales, etc.

El Derecho Internacional positivo ha reconocido la subjetividad internacional de los tres tipos de *personas internacionales*

⁵ VERDROSS, A./SIMMA, B. *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Berlin, 1984, para. 375, págs. 221 y 222. El texto original dice: “Da die Bezeichnung “Völkerrechtssubjekt” nicht von allen Schriftstellern im gleichen Sinne verwendet wird, ist es notwendig, darauf hinzuweisen, dass wir darunter jene Personen verstehen, die Träger von Rechten und/oder Pflichten sind, deren Verhalten also *unmittelbar* durch das VR geregelt wird”. El remarcado en la cita textual del alemán pertenece a Verdross. El remarcado de la palabra “personas” en la versión española nos pertenece.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

de carácter necesario. Veamos algunos ejemplos. El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos⁶ en su artículo 16 establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Esta norma reconoce que el individuo tiene personalidad internacional, pues él posee un derecho protegido por una norma jurídica internacional frente a los Estados. El mismo Pacto reconoce en su artículo 1, inciso1, que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”. Es decir, que cada uno de los pueblos, poseen un derecho establecido por una norma jurídica internacional, frente a la cual los Estados están obligados. En cuanto a la humanidad, se puede tomar como ejemplo la Convención de Montego Bay sobre el Derecho del Mar⁷ en su artículo 136 establece que “la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad”. La titularidad de la Zona corresponde, entonces, a la totalidad de los seres humanos del planeta.

Las *persona internacionales históricas* adquieren personalidad por participación de la personalidad originaria de las personas necesarias. Veamos a continuación algunos ejemplos de este tipo de personas internacionales.

El *Estado*, por ejemplo, persigue la finalidad del bien común del pueblo que lo sustenta. Pero esta finalidad no puede ser realizada sin el reconocimiento de la personalidad internacional del Estado, pues si éste no posee la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales, el pueblo representado por éste no

⁶ UN Doc. A/RES/2200 A (XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por resolución de Asamblea General del 18 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁷ Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abierta a la firma en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982. Entró en vigor el 16 de noviembre de 1994.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

podría ni desarrollarse plenamente ni subsistir. Como el Estado es una forma de relación de los individuos que conforman el pueblo es, entonces, un accidente que se apoya sobre la sustancia pueblo. Es una realidad, pero realidad accidental y al ser una formación histórica, posee una existencia no necesaria. Por todo ello, el Estado es persona jurídica internacional por participación de la personalidad jurídica internacional del Pueblo, el cual es necesario pues no puede dejar de estar presente, supuesta la relación internacional. Como el Estado es una realidad accidental y el pueblo es una realidad substancial sobre la cual se constituye el Estado, si éste se vuelve contra su pueblo, tiende a perder legitimidad y hace peligrar su propia personalidad internacional. Esta supremacía del pueblo sobre el Estado se ve claramente en el reconocimiento de la personalidad internacional que el Derecho Internacional realiza a los gobiernos en exilio. Como la única realidad substancial del Estado es el pueblo y éste está constituido por una pluralidad de personas individuales, los derechos que le corresponden a las personas de acuerdo a las tres originalidades del ser (ser, conocer, decidir), le corresponden también al Estado a nivel internacional. Así el Estado posee el derecho a la existencia o subsistencia y todos los derechos conexos, como es el derecho a legítima defensa. El segundo grupo de derechos tiene que ver con el derecho de los Estados a participar de la vida internacional, es decir, el derecho de ser informado de toda situación que pueda afectar su existencia. También en este grupo se encuentra el derecho de cooperación. En el tercer grupo de derechos están todos aquellos derechos que tienen que ver con el derecho a la independencia y soberanía estatal. Los derechos fundamentales de los Estados, no son sino participaciones de los derechos fundamentales de los pueblos y los derechos de los pueblos no son sino modalidades de los derechos de los hombres. Como los derechos fundamentales del hombre vienen exigidos por su naturaleza, el fundamento último de los derechos fundamentales de los Estados es la naturaleza humana. He aquí el fundamento último de la

Pedro Enrique Baquero Lazcano

personalidad jurídico internacional del Estado y de sus derechos fundamentales.

Pero las cuatro causas aristotélicas son aplicadas aquí para definir qué es un Estado: La causa material es la relación entre los seres humanos que lo constituyen, la causalidad formal es la ley justa que organiza la conducta de los individuos y establece una organización jurídico-política. La causalidad eficiente del Estado es el Pueblo, como pluralidad de personas humanas políticamente relacionadas que ponen la formalidad jurídica a la materialidad de sus relaciones interpersonales. Pero como la persona humana aparte de su naturaleza espiritual posee una naturaleza corporal, necesita de un espacio para existir. Con ello la forma de ser de la causalidad eficiente, determina la necesidad de un espacio para que el Estado pueda ser constituido. Aquí se ve al espacio no ya como el mero ámbito geográfico de las relaciones entre los pueblos sino en relación con el poder soberano y las competencias propias del Estado, tal como lo estudia la disciplina del Derecho Internacional. La causalidad final del Estado, a su vez, es el bien común, que es el bien de todos los integrantes del pueblo por la acción concertada de todos sus miembros.

Por su parte, las *organizaciones internacionales* son también personas históricas y poseen personalidad jurídica internacional. Cuando las relaciones internacionales adquieren una cierta permanencia, se fijan sus fines y también sus órganos de actuación. Así surge una organización internacional, dotada de deberes y derechos internacionales, luego, posee personalidad jurídica internacional. Como generalmente las organizaciones internacionales vienen creadas por los Estados (aquí actuando como causa eficiente), la personalidad jurídica de ellas, deriva de la voluntad de estos últimos.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

El *individuo*, al igual que el pueblo y la humanidad, es una persona internacional de carácter necesario. Pero la persona humana actúa generalmente en el plano internacional como integrante de un pueblo a través de un Estado o una organización internacional. Hay situaciones, sin embargo, en que la propia Persona Individual debe ejercer por sí sus derechos y es ahí el momento en que se manifiesta la personalidad jurídico internacional del hombre mismo. El ser humano es un ser limitado y en él se distingue actualidad de potencialidad, por lo cual el hombre es perfectible. Como ser, el hombre está ordenado a la plenitud del ser y, en tanto libre, esta tendencia configura en él un deber moral ya que todo hombre debe buscar su perfección. Pero como no hay deber sin que se reconozcan los respectivos derechos para cumplir ese deber, toda persona humana posee tres derechos fundamentales: a la vida, a la familia y a la libertad. De estos derechos derivan otros derechos. Por ejemplo, del derecho a la vida derivan el derecho a la subsistencia, a la integridad física, a la salud, etc. Del derecho a la familia derivan el derecho al matrimonio, a la alimentación de los hijos, a la educación, etc. Del derecho a la libertad derivan todas las libertades fundamentales, como la de conciencia, de culto, de expresión, etc. Todos estos derechos están reconocidos por numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos, incluidas las garantías procesales dispuestas en algunos de ellos. En este sentido, empero, se debe distinguir entre el derecho en sí y el conocimiento que del mismo se tenga. Como el conocimiento de esos derechos va creciendo con el paso del tiempo, se descubren nuevos derechos derivados de la naturaleza humana, aunque siempre reducibles a una de estas tres categorías mencionadas.

Por lo aquí expuesto se observa que dentro de la causa eficiente se estudia todo lo relativo a la subjetividad internacional y el estudio de los sujetos en particular, tales como las organizaciones internacionales, la personalidad internacional del individuo, de los

Pedro Enrique Baquero Lazcano

pueblos, de las comunidades beligerantes, etc. Especialmente se ubica aquí el estudio del Estado. El Estado en sí, la sucesión de Estados, la inmunidad de los mismos, los órganos estatales de las relaciones internacionales, las competencias estatales, ya sea personales como las competencias territoriales del mismo y, conexas a éstas últimas los espacios de interés internacional ya que el Derecho Internacional estudia al espacio tomando como referencia el poder y las competencias estatales sobre el mismo. La protección internacional de la persona humana se encuentra ubicada dentro de la causa eficiente del Derecho Internacional.

4. La causa final. La *causa final* del Derecho Internacional Público es, según la definición arriba dada, la satisfacción de los justos intereses de las personas internacionales, lo que constituye el bien común internacional. El bien común internacional es el buen vivir de la pluralidad de los pueblos, producido por la acción concertada de todos ellos. En tanto bien, implica un elemento moral ya que es la moral la que enseña qué es lo bueno y qué es lo malo: Si quito el elemento moral de la vida internacional, necesariamente produzco la guerra. Los fines concretos de la actual sociedad internacional no son sino los intereses de la comunidad internacional (no dañarse y ayudarse) transfigurados. Estos fines son: la paz y el desarrollo. Esto se puede observar en la misma Carta de Naciones Unidas, cuando establece como propósitos de la Organización el “mantener la paz y la seguridad internacionales...” (artículo 1 inciso 1 de la Carta) y el “realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos...” (artículo 1 inciso 3 de la Carta). La promoción de las relaciones de amistad (artículo 1 inciso 2 de la Carta) se procuran “para fortalecer la paz universal”, mientras que el centro de diplomacia universal es un propósito instrumental para “alcanzar estos propósitos comunes”

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

(artículo 1 inciso 4 de la Carta). La sociedad internacional contemporánea reconoce, entonces, como fines centrales de la misma la Paz y el desarrollo, para lo cual es necesaria la cooperación internacional.

Si la causalidad final es la persecución del bien común internacional y este está dado por la paz y la cooperación internacionales, es claro que las materias de estudio propias de esta causa tienen que ver con una y con otra de estas finalidades: con la paz internacional están relacionados los temas relativos a la aplicación del derecho internacional y, con ello relacionado, la problemática de la responsabilidad internacional. La solución pacífica de las controversias internacionales, el uso de la fuerza y al derecho humanitario en general son temas también que están relacionados absolutamente con la finalidad de la paz internacional. Con respecto al desarrollo de los pueblos, están relacionados los temas que tienen que ver con esa cooperación, como el derecho internacional económico, el derecho internacional del medio ambiente, y otros temas de interés común como el aprovechamiento de los cursos de aguas internacionales y otros recursos transfronterizos, el patrimonio común de la humanidad, derecho de la integración, etc.

Analizadas brevemente las cuatro causas del Derecho Internacional Público, podemos concluir lo siguiente: La causalidad final (la Paz y el Desarrollo) mueve a la causalidad eficiente (los seres humanos, los pueblos) a unir la causalidad formal (la Justicia) con la causalidad material (las relaciones internacionales). Es así como el orden ideal o esencial del Derecho Internacional ingresa en la historia.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

B. El Derecho Internacional Público Sustancial y las cuatro causas

Pero estas causas pueden ser también encontradas en los tres grandes capítulos en que puede ser distribuido la rica materia del Derecho Internacional Público sustancial:

1) *sujeto* o sea la *causa eficiente*, desde el Estado y las organizaciones internacionales a la persona humana, con sus derechos y deberes y desde las comunidades regionales, como el Mercosur, a entidades de singular configuración, como es el caso de la soberana orden de Malta, o bien el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Iglesia Católica, cuya personería es distinta de la del Estado Ciudad del Vaticano;

2) *objeto* determinado por la *causalidad material y formal*, referido a los ámbitos espaciales de dominio y a todo objeto de las relaciones internacionales que sean susceptibles de valoración jurídica.

3) *causa* derivante, o sea los hechos jurídicos internacionales que se distinguen por su *finalidad* de establecer una relación jurídica o de violar el derecho, generándose la responsabilidad internacional.

C. El Derecho Internacional Público Procedimental y las cuatro causas

El Derecho Internacional Público Procedimental regula las maneras de solucionar un conflicto internacional, para lo cual precisa, antes que nada cuándo existe ese conflicto. Y al efecto, se acude nuevamente a las causas del Derecho, precisando que para la existencia de un conflicto debe haber una *causa material común* al interés de los sujetos del conflicto; pero también la *causa formal* de pretensiones excluyentes sobre esa materia común, pretensiones ejercidas por una pluralidad de estados o sea por una precisa *causa eficiente*.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Y las soluciones se irán diferenciando según la causa final perseguida por los sujetos en conflicto, ya sea el acuerdo o el sometimiento.

La solución bélica, ilícita salvo legítima defensa, justamente porque pretende por la fuerza armada obtener la sumisión del adversario a la voluntad del vencedor. El mandato de la comunidad internacional que busca imponer el sometimiento de un Estado particular y que puede ser lícito, si se persigue el sometimiento al Derecho, o ilícito, si se persigue el sometimiento del Estado a otros intereses distintos al Derecho.

También las soluciones coercitivas, si bien no destruyen el estado de paz, apuntan al sometimiento del contendiente, solamente que ya no es por el triunfo armado, sino por la amenaza de un mal grave e inminente, como es el caso de la retorsión y la represalia, el embargo y el boicot, el ultimátum o sea siempre amenazas para torcer la voluntad del otro estado.

Si avanzamos ahora a las soluciones pacíficas propiamente dichas, que también mantienen al estado de paz, pero buscan no el sometimiento sino el acuerdo de voluntades de las causas eficientes del conflicto.

Y ese acuerdo podrá obtenerse por las propias partes conflictuadas, como ocurre con las metas de la negociaciones directas, que si se realizan entre más de dos estados, constituyen una conferencia o un congreso internacional, según se busque el acuerdo como convergencia de las voluntades jurídicas o bien de los intereses políticos.

Pero las partes o causa eficiente del conflicto, pueden remitir la solución en la relación de sus derechos a un tercero, que pasa a constituirse en una nueva causa eficiente, distinguiéndose si

Pedro Enrique Baquero Lazcano

el pronunciamiento del tercero (materia de la solución) tendrá fuerza obligatoria o será solo una sugerencia (causa formal de la solución dada por el tercero), configurándose en el primer caso un verdadero arbitraje o bien una solución judicial; y en el segundo caso, una mediación.

IV. La historia en el Derecho Internacional Público

Lo primero que se determinó históricamente fue la causa final aunque en una versión embrionaria: no dañarse y ayudarse, como lo afirma Valentín Tomberg, que en evolución llega a los fines de la Organización de las Naciones Unidas, o sea la paz (no dañarse) y la cooperación internacional (ayudarse).

En una segunda etapa, en la Edad Media, se delinea la causa material o sea las relaciones entre las entidades soberanas, primeramente entre los Príncipes, luego entre las Repúblicas. Pero también en esta edad se perfila la causa formal, pues se distinguen tres autoridades. El Papa, el Emperador y el Rey, encarnando cada uno un orden jurídico distinto:

el Papa, el Derecho Divino;

y el Emperador el garante del Derecho natural;

el Rey, el Derecho Positivo.

O sea que el derecho positivo, no tiene en sí justificación, sino en cuanto el derecho natural lo apoya.

La tercera causa que se establece históricamente, ya en la Edad Moderna, es la causa eficiente con la constitución de los modernos Estados, para llegar luego a las sociedades de Estados, culminando en la Sociedad de Naciones y en la ONU, en donde se explicita la causa final o sea la Paz y la Cooperación universal y

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

aparece el último representante de la causa eficiente o sea *la persona humana*, como titular de derechos aún ante los Estados.

V. Conclusiones

Por si hubiese alguna duda de la íntima relación entre el Derecho Internacional Público y la Filosofía, hemos paseado las cuatro causas (eficiente, final, material y formal) por todo el ámbito de la materia, así en la estructura del derecho sustancial cuanto en el procedimental, y en la historia configuradora de la disciplina, sin descuidar el magno tema de las denominaciones y concepciones consiguientes.

Las cuatro causas que nos enseñara la filosofía tomista encuentran así su aplicación en los diversos aspectos del Derecho Internacional Público y nos ofrece un diagrama para realizar un estudio integral de dicha disciplina.

REFLEXIONES SOBRE ANCLAJES Y DESPLIEGUES DEL
PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS
EN EL TIEMPO

REFLEXIONS ON ANCHORS AND DISPLAYS OF THE
PRINCIPLE OF SELF-DETERMINATION OF PEOPLES IN THE
TIME

*Zlata Drnas de Clément**

Resumen: El presente trabajo reflexiona sobre algunos anclajes y despliegues del principio de libre determinación de los pueblos en el tiempo y sobre la veracidad o no de afirmaciones tales como: “es un principio que surgió sólo vinculado a situaciones coloniales”, “es un principio que condiciona a y es condicionado por otros principios básicos del Derecho internacional”, “es un principio jurídico del derecho internacional general y un derecho humano”.

Palabras - clave: Principio - Libre determinación de los pueblos – Situaciones coloniales – Derechos humanos.

Abstract: This paper reflects on stable and deployment aspects of the principle of self-determination of peoples over time and on the veracity of statements such as: “it is a principle that emerged only linked to colonial situations”, “it is a principle which is conditioned by other basic principles of international law”, “it is a legal principle of general international law and at the same time a principle of human rights.”

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Keywords: Principle – Self-determination of peoples – Colonial situations – Human rights.

SUMARIO: I. Introducción. – II. El PLDP es el mayor logro post Segunda Guerra Mundial. – III. Validez o no de la afirmación de que el principio surgió vinculado sólo a situaciones coloniales. – IV. Relaciones del PLDP con los principios de soberanía estatal, integridad territorial, no intervención, legítima defensa. – V. La denegación del derecho a la libre determinación constituye denegación de derechos humanos fundamentales. – VI. Algunas reflexiones finales.

I. Introducción

Es frecuente encontrar con relación al principio de libre determinación de los pueblos (PLDP) afirmaciones tales como: “el PLDP es el mayor logro post Segunda Guerra Mundial del sistema internacional en tanto es instrumento medular para evitar conflictos armados y asegurar la paz”; “es un principio que surgió sólo vinculado a situaciones coloniales”, “es un principio que condiciona a y es condicionado por otros principios básicos del Derecho internacional (DIP) como son la soberanía estatal, la integridad territorial de los Estados, la no intervención, la legítima defensa”; “la denegación del derecho a la libre determinación constituye violación de derechos humanos fundamentales”; “es un principio jurídico del DI general y un derecho humano”; “es un derecho humano individual y colectivo al mismo tiempo”; “es un derecho de los pueblos-Estado y de los pueblos levantados contra su dominador/sojuzgador”¹; etc.

¹ V. *id.* DUNCAN, J. C. (Jr.) “Following a Sigmoid Progression: Some jurisprudential and pragmatic considerations regarding territorial acquisition among Nation-States”, 35 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.*, 2012, p. 46 y ss.; SASICH, A. M. “The Right to Self-Determination and Its Implication on the Sovereign Right of States: the Inconsistent Application of International

Zlata Drnas de Clément

Este tipo de expresiones nos han llevado a considerar brevemente algunos anclajes y despliegues del PLDP en el tiempo.

II. El PLDP es el mayor logro post Segunda Guerra Mundial

La aserción se potencia en el contexto de la proscripción del uso de la fuerza contra los propósitos de la Carta de Naciones Unidas (CNU) (Art. 2.4²), entre los cuales se halla el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos (Art. 1.2 CNU³).

Standards for Independence With Respect to Kosovo”, *Journal of International Law and Practice*, 20 (2012), p. 495 y ss.; SHELTON, D. “Self-Determination in Regional Human Rights Law: from Kosovo to Cameroon”, *American Journal of International Law*, 2011, 105-1, pp. 50-81; DILK, J. “Reevaluating Self-determination in a Post-colonial World”, *Buffalo Human Rights Law Review*, 2010, 16, pp. 289-311; WELLER, M. “Settling Self-Determination Conflicts: Recent Developments”, *EJIL*, 2009, 20-1, pp. 111-165; CASTELLINO, J. “Territorial Integrity and the ‘Right’ to Self-Determination: An Examination of the Conceptual Tools”, *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, 33- 2, pp. 503-568. GHOSHRAJ, S. “Revisiting the challenging landscape of self-determination within the context of nation’s right to sovereignty”, 11 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* (2004-2005), pp. 450-451; BRILMEYER, L. ‘Territorial Integrity versus Self-determination’, 16 *Yale JIL* (1991) 177 y ss.

² Art. 1. 2 CNU: *Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basada en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.*

³ Art. 2 CNU: *Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: (...) 4 Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

El principio de libre determinación de los pueblos pone el acento en que sea el propio pueblo⁴ quien decida su propio destino, condenando todo sojuzgamiento. Ello, ya se trate del pueblo-Estado *ad extra* o de los pueblos frente a su propia organización político-jurídica.

Si bien, la afirmación de que todos los pueblos poseen iguales derechos y a disponer de sí mismos, en su forma moderna, encuentra raigambre en los ideales democráticos de fines del siglo XVIII⁵, a modo de excepción fue aplicado en repetidas

⁴ Brownlie ha conceptualizado al pueblo como: “a group with a cultural identity of its own”. Al comentar la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos* (Argelia de 1974), ha señalado que en ese instrumento se ha “confundido” el concepto de pueblo con el de Estado. Creemos que ello no es tal ya que los gobiernos socialistas-marxistas conciben a los pueblos en contraposición a los Estados, como instrumentos útiles para destruirlos e instaurar sociedades igualitarias proletarias de pueblos unidos ideológicamente sin reconocer fronteras, aspecto sobre el que consideraremos más adelante (V. BROWNLIE, I. “Rights of Peoples in Modern International Law”, 8 *Bull. Austl. Soc. Leg. Phil.*, 1985, pp. 104-119, ep. 119). No pretendemos en este momento entrar en la cuestión relativa al “concepto” de pueblo, tema que tratamos en trabajos anteriores: “El derecho de libre determinación de los pueblos: Colonialismo formal, neocolonialismo, colonialismo interno”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. III, 1987-1989, pp. 193-240; “Nuevas formas de representatividad democrática ¿Igualdad política?”, trabajo presentado en VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica, Sección Tercera: “Nuevas formas de representatividad democrática”, Santiago de Chile, 22 a 24 de noviembre de 2012 obtenible en www.acaderc.org.ar).

⁵ Ello independientemente de que algunos analistas consideran que ese principio, basado en la igualdad, encuentra antecedentes ya en escritos de Cicerón y Ulpiano al tratar el concepto de pueblo y el origen del poder del emperador (V. RAMCHARAN, B. G. “Peoples’ Rights and Minorities’ Rights”, 56 *Nordic J. Int’l L.*, 1987, p. 9 y ss.). Nawaz recuerda expresiones de Sarah Wambaugh, quien expresa que el PLDP está unido indisolublemente al principio de soberanía popular por lo que hay que buscar sus raíces en ese

Zlata Drnas de Clément

oportunidades a través de la historia bajo la forma de consulta a poblaciones en casos de transferencias de territorios a otros soberanos (vg. Tratado de Pantoise de 1307 entre la Iglesia de Lyon y Felipe el Hermoso; en 1552 con relación a los obispados de Toul, Metz y Verdún; Tratado de Oliva de 1660 entre Carlos XI de Suecia, Juan Casimiro de Polonia y el Gran Elector; etc.). Es de tener presente que Hugo Grocio, en 1625, ante la práctica de monarcas absolutos de transferir territorios con su población como objetos negociables, señaló que en esos casos debía requerirse el consentimiento previo del pueblo⁶.

América se adjudicó la paternidad del PLDP en su concepción moderna ya que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (4 de julio de 1776) expresaba: “(...) cuando una larga serie de abusos y usurpaciones demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo, ese pueblo tiene el derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su seguridad (...)”⁷. Aun cuando la manifestación hace sólo referencia al establecimiento de nuevo gobierno, su contexto general no excluye el derecho de secesión.

La Revolución Francesa estableció un régimen republicano en el que el pueblo debía gobernarse a sí mismo. En ese marco, el Decreto de 22 de mayo de 1790 proclamó el PLDP sobre bases filosóficas y sociológicas, consagrando a la consulta popular como

principio (V. NAWAZ, M.K. “The meaning and range of the principle of self-determination”, *Duke Law Journal*, Vol. 1965, p. 84).

⁶ GROTIUS, H. *De Jure Belli ac Pacis*, Trad. del original en latín por A.C. Campbell, A.M., Batoche Books, Kitchener-Ontario-Canadá, 2001, p. 6 y ss. V. asimismo, NAGAN, W. P. – HADDAD, A. M. “Sovereignty in Theory and Practice”, *Op. Cit.*, p. 429 y ss.

⁷ V. OSMANČZYK, E.J. *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 397.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

modo de manifestación de esa voluntad⁸. Poco tiempo después el Decreto fue puesto en práctica en casos como la anexión por parte de Francia de los condados Venaissin y Avignon (1791), Saboya (1792), Mulhouse, Heinat y Renania (1792).

Tras la derrota de Napoleón I, el Congreso de Viena (1814) negó el derecho de libre determinación de los pueblos. Sin embargo, el mismo Congreso dispuso generalizar las cláusulas para la protección de minorías⁹. Por Acta de 21 de julio de 1814, el Príncipe de los Países Bajos garantizó derechos de culto y ejercicio de cargos públicos a los pobladores de las provincias belgas que tomaba bajo su dominio. El acta final del Congreso de Viena de 9 de junio de 1815 admitió el principio de las nacionalidades en el estrecho marco del derecho de los grupos a mantener sus características distintivas.

Durante el siglo XIX se llevaron a cabo numerosos plebiscitos, entre ellos los que condujeron a la unidad italiana. El Tratado

⁸ En ese mismo Decreto se expresaba: “La Nación francesa renuncia a emprender guerra alguna para efectuar conquistas y jamás empleará sus fuerzas contra la libertad de pueblo alguno”. (V. AA.VV. “Europa ante la Revolución”, en *Arte e Historia*, Junta de Castilla y León - España (<http://www.artehistoria.jcyl.es/v2/contextos/2455.htm> consultado el 23 de marzo de 2013).

⁹ Grupos no dominantes de un Estado, independientemente de su proporción numérica con relación a otros grupos. No hay ninguna definición internacionalmente acordada sobre qué grupos constituyen minorías. Tal como señala el Alto Comisionado de Derechos Humanos, muchas veces se subraya que la existencia de una minoría es una cuestión de hecho y que incluye tanto factores objetivos (como la existencia de una etnia, de un lenguaje o de una religión compartidos) como factores subjetivos (en particular, que las personas de que se trate han de identificarse a sí mismas como miembros de esa minoría). (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS de Naciones Unidas, “Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación”, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2010, p. 3).

Zlata Drnas de Clément

de París de 1856 previó consultas populares en los principados danubianos, moldavos y valacos para determinar su *status* político. El tratado de Torino de 1860 entre Francia y Cerdeña acordó la cesión a Francia de Niza y Saboya previa consulta popular. Se previeron cláusulas plebiscitarias en los casos de cesión a Francia de las Islas Saint Barthélemy por parte de Suecia (1877); la disolución la unión noruego-sueca (1905); de cesión a los Estados Unidos de Norte América de las Islas Saint Thomas y Saint Jean por parte de Dinamarca (1917)¹⁰.

Antonio Cassese considera Vladimir Ilich Ulyanov (Lenin), fue el primero en presentar a la comunidad internacional el PLDP. En su Tesis de 1914 (*The Right of Nations to Self-Determination*) se refirió a la libre determinación en los siguientes términos: “(...) *the right to ‘self-determination’ means neither federation nor autonomy (...). (T)he recognition of the ‘right of nations to autonomy’ is as absurd as that of the ‘right of nations to federation’*” En 1915, en su obra *The Revolutionary Proletariat and the Right of Nations to Self-Determination* esbozó la definición del derecho de las naciones a la libre determinación de la siguiente manera: “(...) *our definition of the ‘right of nations to self-determination’ must follow, a definition that is consistently democratic, revolutionary, and in accord with the general task of the immediate struggle for socialism (...).*”¹¹ Tal como lo señala

¹⁰ COLLIARD, C.A. – MANIN, A. *Droit International et Histoire Diplomatique*, Tomo I, Montchrestien, Paris, 1971, pp. 434-444.

¹¹ LENIN, V. I. “The Discussion on Self-Determination Summed Up”, *Sbornik Sotsial- Demokrata*, No.1, October 1916, *Collected Works* (Moscow: Progress 1974) Vol. 22, pp. 320-360, ep. 321 (<http://www.marxists.org/archive/lenin/works/1916/jul/x01.htm> consultado el 22 de marzo de 2013). V. asimismo. BOWRING, Bill. “Marx, Lenin and Pashukanis on self-determination: response to Robert Knox”, *Historical Materialism*, 19 (2), pp. 113-127 (<http://eprints.bbk.ac.uk/4179/> consultado el 10 de marzo de 2013).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Cassese, la libre determinación sólo era concebida como un medio para realización del socialismo (forma de desestabilización de los Estados liberales, capitalistas, imperialistas y su transformación en regímenes socialistas)¹². Por su parte, Josip Vissarianovich Dugashvili (Stalin) con relación a la LD señaló: “*means that only the nation itself has the right to determine its destiny*”¹³, pero subordinado al interés de la mayoría de la nación y por sobre todo, del proletariado.

El presidente estadounidense Woodrow Wilson, en su discurso de 27 de mayo de 1916 ante la “Liga para hacer efectiva la paz”, proclamó la libre determinación de los pueblos, si bien, no utilizó la expresión como tal: “*Cada pueblo tiene el derecho de elegir la soberanía bajo la cual desea vivir*”¹⁴. Entre los “14 Puntos” que propuso a los Estados europeos el 8 de enero de 1918 figura: “5. *Reajuste de las reclamaciones coloniales, de tal manera que los intereses de los pueblos merezcan igual consideración que las aspiraciones de los gobiernos, cuyo fundamento habrá de ser determinado, es decir, el derecho a la autodeterminación de los pueblos*”, a más de otros vinculados como los puntos 7 a 14¹⁵. En su discurso ante

¹² CASSESE, A. “Article 1 Paragraphe 2”, COT, J.-P. – PELLET, A. (Dir). *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Economica, 2me. Edition, Paris, 1991, pp. 38-39.

¹³ STALIN, J. “Marxism and the National Question”, 1913, p. 3 y ss. Cit. por CASSESE, A. *Self-determination of people*, Oxford University press, New York, 1995, p. 14.

¹⁴ MANDELSTAM, A.N. “Protección de las Minorías”, *RCADIH*, 1923, Tomo I, Vol. I, p. 398 y ss.

¹⁵ Plena y libre soberanía para Bélgica; liberación de todo el territorio francés; reajuste de las fronteras italianas de conformidad con el principio de la nacionalidad; desarrollo autónomo de los pueblos del Imperio austrohúngaro; evacuación de Rumanía, Serbia y Montenegro y arreglo de las relaciones entre los Estados balcánicos de acuerdo con sentir y el principio de las nacionalidades; desarrollo autónomo de las nacionalidades no turcas del Imperio otomano; reconocimiento de Polonia como Estado

Zlata Drnas de Clément

el Congreso de 11 de febrero de 1918 -llamado de los “4 Puntos”-, expresó: *“las aspiraciones nacionales deben ser respetadas; ahora los pueblos sólo pueden ser gobernados con su consentimiento. La libre determinación no es una mera frase; es un principio imperativo de acción”*; *“los pueblos y provincias no se pueden transferir de Estado a Estado como si fuesen bienes muebles o peones en un juego”*; *“a todas las aspiraciones nacionales bien definidas se les dará la máxima satisfacción posible”*.

En el primer proyecto de Pacto de la Sociedad de Naciones, Wilson (bajo la influencia del Gral. Jan Smuts) propuso se incluyera la siguiente frase: *“La Liga de las Naciones requerirá que todos los Estados nuevos se obliguen, como condición previa a su reconocimiento como Estados independientes o autónomos a acordar a todos las minorías raciales o nacionales dentro de su jurisdicción, tanto en la ley como en los hechos, exactamente el mismo tratamiento y seguridades que a la mayoría racial o nacional”*. A pesar del peso de los Estados Unidos de Norte América en la Conferencia de Paz, en el texto del Pacto no se incluyeron cláusulas de protección de las minorías, lo que sí habría de incorporarse en distintos tratados como los Tratados de Paz (Versalles, Saint-Germaine y protocolo adicional, Trianon, Sèvres¹⁶); cuatro tratados especiales (referentes a Polonia, Checoslovaquia, Grecia, Rumania, Yugoslavia); tratados bilaterales (Polonia-Danzig; Polonia-Checoslovaquia; Polonia-Alta Silesia) y cuatro declaraciones unilaterales realizadas por Albania, Estados Bálticos, Finlandia e Irak al momento de su admisión en la Sociedad de Naciones.

independiente; creación de una asociación general de naciones con el propósito de garantizar la independencia política y la integridad territorial, tanto de los Estados grandes como de los pequeños.

¹⁶ El tratado de Sèvres si bien no fue aplicado por falta de ratificaciones, había previsto plebiscitos para Kurdistán, Esmirna y Rodas.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Durante el período de inter guerras mundiales¹⁷, el sistema de protección de minorías fue debilitándose y cayendo en desuso¹⁸, en parte por la negativa del Senado de los Estados Unidos de Norte América a ratificar el tratado de Versalles, por la lucha que la Liga tuvo que llevar para afirmar su autoridad, por la grave crisis económica, la incubación de la Segunda Guerra Mundial en buena medida alimentada por el desconocimiento de los derechos de los pueblos a la libre determinación.

Fue grande el impacto que significó la consagración del PLDP en la CNU, si bien, sabido es que el proyecto preparatorio de la Carta de Naciones Unidas elaborado en Dumbarton Oaks (1944) por las cuatro potencias no contenía referencia alguna al PLDP a pesar de haber figurado en una serie de documentos políticos de los Aliados entre 1941 y 1945^{19,20}. La situación fue diferente en la

¹⁷ V. *infra* el caso de las Islas Aaland.

¹⁸ El debilitamiento se hizo notorio a través del número decreciente de minorías que presentaron peticiones-reclamaciones ante el órgano de la Liga: 57 entre 1920-1930; 204 entre 1930-1931; 101 entre 1931-1932; 57 entre 1932-1933; 46 entre 1933-1935; 19 entre 1935-1936; 15 entre 1936-1937; 14 entre 1937-1938 y 4 entre 1938-1939.

¹⁹ Tal el caso de la *Carta del Atlántico Norte* (14 de agosto de 1941-mientras Estados Unidos era aún neutral), la que expresaba: “El Presidente de los Estados Unidos y el Primer Ministro W. Churchill, representando al Gobierno de Su Majestad del Reino Unido (...) dan a conocer ciertos principios sobre los cuales basaban sus esperanzas de un mundo mejor: (...). Segundo: no desean modificar territorio alguno que no esté de acuerdo con los deseos libremente expresados de los pueblos afectados. Tercero: Respetan el derecho de los pueblos a elegir la forma de gobierno bajo la cual desean vivir y anhelan se restablezcan los derechos soberanos y la autonomía a aquellos gobiernos que mediante la fuerza han sido privados de los mismos (...)”. V. OSMANČZYK, E.J. *Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas*, Op. Cit., pp. 203-204. A la Carta adhirió en el Congreso Internacional de Londres del 24 de septiembre de 1941 los gobiernos de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Holanda, Luxemburgo, Noruega, Polonia, URSS, Yugoslavia y Francia. Por

Zlata Drnas de Clément

Conferencia de San Francisco en la que la mayoría de los participantes representaba a países pequeños que habían alcanzado su independencia en tiempos recientes. Se destacó la presencia de América Latina (especialmente Méjico), Irak, Siria²¹, Líbano, como también de las delegaciones rusa y china y de las representaciones de Australia y Nueva Zelanda, las que en esos tiempos contaban con gobiernos laboristas y buscaban la responsabilidad internacional en la administración de las colonias.

Sólo los Art. 1.2 y 55²² de la CNU hacen referencia expresa al PLDP. Son acompañados por el Capítulo XI sobre territorios no

su parte, la *Declaración de la Europa Libre* adoptada en la Conferencia de Yalta de 1945 hablaba de “*creación de instituciones democráticas*” por “*elección de los pueblos europeos*” en base a la Carta del Atlántico Norte de 1941 y al “*derecho de todos los pueblos a elegir la forma de gobierno bajo la cual quieren vivir*”. V. *Yalta Declaration of Liberated Europe* de 13 de febrero de 1945 (<http://avalon.law.yale.edu> consultada el 22 de marzo de 2013).

²⁰ Durante la construcción del sistema mundial que precedió a la creación de Naciones Unidas, vg. la *Declaración de las Naciones Unidas* de 1942, se hicieron sentir las discrepancias entre Estados Unidos (EEUU) y el Reino Unido (RU) en materia de interpretación del PLDP. El primero entendía que debía aplicarse a todos los pueblos del mundo, en tanto el segundo pretendía reducir su aplicación a las tierras ocupadas de Europa.

²¹ El representante sirio señaló en la Conferencia que, según la intención de los “padres fundadores”, el principio de “igualdad de los pueblos” que acompañaba a la libre determinación de los pueblos debía entenderse en el sentido que no había pueblos superiores a otros, ni inferiores, consagrando la igualdad de razas, como lo había sostenido el representante filipino. (V. UNCIO, Vol. VI, p. 455).

²² Art. 55 CNU: “*Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

autónomos y el compromiso de los administradores con relación a ellos a “desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas (...)” (art. 73), y el Cap. XII relativo a territorios bajo administración fiduciaria, sistema dirigido a “promover el adelanto político, económico, social, educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos, y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, teniéndose en cuenta (...) los deseos libremente expresados de los pueblos interesados (...)”.

En 1994 se emancipó el último territorio fideicometido (Palaos). De conformidad a las Naciones Unidas, en 2013, hay 16 territorios no autónomos a descolonizar [Anguila (RU), Bermudas (RU), Gibraltar (RU), Guam (EE.UU), Islas Caiman (RU), Islas Malvinas (RU)²³, Islas Turcas y Caicos (RU), Islas Vírgenes Británicas (RU), Islas Vírgenes (EE.UU.), Montserrat (RU), Nueva Caledonia (Fr.). Pitcairn (RU), Sahara Occidental (transferido por España a Marruecos y Mauritania, acto no reconocido explícitamente por la ONU), Samoa Americana (EE.UU.), Santa Elena (RU), Tokelau (transferido por el RU a Nueva Zelanda, acto no reconocido explícitamente por la ONU)]. Sin embargo, es mucho mayor la lista de territorios sujetos a la soberanía de un gobierno metropolitano en condiciones aún discutibles desde el punto de vista del ejercicio del PLDP (territorios de ultramar, departamentos

universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

²³ Si bien Islas Malvinas figuran entre los territorios no autónomos, la ONU, no acepta como válida decisión unilateral alguna de las partes interesadas atento la situación de disputa territorial [*i.a.* Res. AGNU 2065 (XX), Res. AGNU 37/9].

Zlata Drnas de Clément

de ultramar, regiones administrativas²⁴). La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó las Res. 43/47 y 60/120, declarando, respectivamente, los periodos 1990-2000 y 2001-2010 como Decenios internacionales para la eliminación del colonialismo con el objeto de alcanzar a inicios del siglo XXI un mundo libre de dependencias.

La larga y compleja construcción jurídica del sistema ha llevado a distintos órganos de las Naciones Unidas a aceptar ciertos usos de la fuerza como no contrarios a los propósitos de las Naciones Unidas. Tal el caso de los pueblos sojuzgados por la fuerza (V. *i.a.* las resoluciones de la AGNU 421 (V), 422 (V), 509 (VI), 545 (VI), 637 (VII), 1514 (XV), 2160 (XXI), 2200 (XXI), 2542 (XXIV), 2606 (XXIV), 2625 (XXV), 2734 (XXV), 3314 (XXIX). El mantenimiento por la fuerza de situaciones de colonialismo formal o colonialismo interno y las concomitantes violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos fundamentales ha convocado la acción del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CdeS). Tal el caso *i.a.* de las Res. 827 (1993) con relación a la Ex - Yugoslavia, Res. 955 (1994) sobre Ruanda, Res. 1315 (2000) con respecto a Sierra Leona. El apartheid y la política de discriminación racial, ya desde los primeros años de actividad del CdeS, han sido considerados como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Así lo ha señalado el CdeS, particularmente en relación a Rodesia [*i.a.* Res. 232 (1966)] y Sudáfrica [*i.a.* Res. 392 (1976), Res. 581 (1986)].

²⁴ Por ejemplo, el caso de Mayotte (Mahoré), Departamento de ultramar a partir de marzo de 2011 y a partir del 1 de enero de 2014 región ultraperiférica de la Unión Europea (similar a Canarias) es territorio disputado - en virtud de la integridad territorial- por el Estado de Islas Comoras, condición reconocida por la AGNU en la Res. 47/9, en la que “insta al Gobierno de Francia a que acelere las negociaciones con el Gobierno de las Comoras con miras a hacer efectiva la pronta devolución de la Isla Mayotte a las Comoras”.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Si bien, la ONU ha sido la Organización que más ha aportado a la construcción y aplicación del PLDP²⁵, las raíces del principio se encuentran en la remota conciencia de la humanidad, lo que se ha ido trasluciendo en la percepción -largamente puesta de manifiesto en distintos ámbitos internacionales- de que el sojuzgamiento por la fuerza de pueblos constituye una violación a norma de “*jus cogens*”, generando la más grave responsabilidad internacional tanto del ente jurídico como del individuo perpetrador²⁶.

²⁵ Dadas las limitaciones de este trabajo solo hemos referido unos pocos instrumentos internacionales, a modo ejemplificativo, si bien, no contradichos en otros documentos pertinentes.

²⁶ En 1976, la Comisión de Derecho Internacional incorporó la distinción entre delitos de crímenes internacionales en el Art. 19 del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados. En los Comentarios al Art. 19 (28º Período de sesiones-1976), el Relator hizo presente, en el punto 15, que “(l)a necesidad de distinguir, dentro de la categoría general de hechos internacionalmente ilícitos de los Estados, a una categoría aparte que abarque los casos de ilicitud excepcionalmente graves, se hizo sentir (...) más evidentemente al finalizar la Segunda Guerra Mundial (...)”. En el punto 16, señaló que “(t)res circunstancias parecen tener, a juicio de la Comisión, una importancia considerable como prueba directa o indirecta de ese convencimiento: a) la distinción, consagrada recientemente en el marco de las normas de derecho internacional, de una categoría especial de normas calificadas de “imperativas” o de *jus cogens*; b) el establecimiento del principio en virtud del cual el individuo-órgano que con su comportamiento ha violado obligaciones internacionales de un determinado contenido debe ser considerado personalmente punible, a pesar de haber actuado en calidad de órgano del Estado (...); c) el hecho de que la Carta de las NU atribuya consecuencias que se determinan especialmente a la violación de ciertas obligaciones internacionales (...)”. Debe tenerse presente que el referido art. 19 consideraba crimen internacional (independientemente del crimen “de” derecho internacional imputable al individuo) “a la violación grave de una obligación internacional de esencial importancia para la salvaguarda del derecho a la libre determinación, tal como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento de una dominación colonial por la fuerza”.

Zlata Drnas de Clément

III. Validez o no de la afirmación de que el principio surgió vinculado sólo a situaciones coloniales

Se ha solido afirmar que el principio surgió vinculado “sólo” a situaciones de colonialismo formal. Entendemos que esa afirmación es incorrecta y que, por el contrario, surgió como principio abierto frente a todo tipo de dominación forzada.

Tal como lo señalamos con anterioridad, el principio de libre determinación de los pueblos pone el acento en que sea el propio pueblo quien decida su propio destino, condenando todo sojuzgamiento. Ello, ya se trate de derecho del pueblo-Estado *ad extra* (neocolonialismo) o de los pueblos frente a su propia organización político-jurídica (colonialismo formal, colonialismo interno).

Más aún, tal como lo pudimos observar en el punto anterior, primero surgió con relación a los pueblos sojuzgados al interior de un Estado (colonialismo interno), para recién con el sistema de las Organizaciones internacionales de carácter universal pasar a ocuparse del colonialismo formal.

La ONU no construyó un sistema de protección de las minorías como el de la Sociedad de Naciones y pasó la cuestión del derecho de los pueblos al sistema de derechos humanos. Por ejemplo, la Res. AGNU 421 (V) de 4 de diciembre de 1950, “*invita al Consejo Económico y Social a pedir a la Comisión de Derechos del Hombre que estudie métodos y procedimientos para garantizar a los pueblos y naciones el derecho de libre determinación y que prepare recomendaciones para su consideración por la Asamblea General en su sexto período de sesiones*”; la Res. AGNU 422 (V) del mismo día expresa: “*La AG pide a la Comisión de Derechos del Hombre se sirva incluir en el Pacto Internacional de Derechos del Hombre el siguiente artículo: (...) ‘Las disposiciones del presente Pacto se extenderán o serán aplicables por igual a todo estado metropolitano signatario y a todos los*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

territorios, ya sean no autónomos, en fideicomiso o coloniales (...). Los dos Pactos internacionales sobre derechos humanos adoptados por unanimidad por la AG por Res. 2200 de 16 de diciembre de 1966, en su art. 1, consagran idéntico texto: “Artículo 1. 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”. Destacamos la expresión inicial “todos”, juntamente con la palabra “incluso” del punto 3, que confirman que la LDP es un principio pensado no sólo para los pueblos coloniales. Podrá argüirse que éste es un instrumento de derechos humanos y no derecho internacional general. Sin embargo, la primera resolución de la AG que especial y separadamente está referida al PLDP es la Res. 637 (VII) de 16 de diciembre de 1952, *Derecho de los pueblos y naciones a la libre determinación*, engarza en un solo paquete conceptual el PLDP en los derechos humanos y el fortalecimiento de la paz universal. Así, en su parte A expresa: “Por cuanto el derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación es condición indispensable para el goce de los derechos humanos fundamentales, Por cuanto los artículos 1 y 55 de la CNU tienen por objeto desarrollar relaciones de amistad entre las naciones, basadas en el respeto a la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos y encaminadas a fortalecer la paz universal, Por cuanto (...) algunos Miembros de las Naciones Unidas son responsables de la administración de territorios cuyos pueblos no han alcanzado todavía la

Zlata Drnas de Clément

plenitud del gobierno propio (...), Por cuanto todos los Miembros de las Naciones Unidas, con arreglo a las disposiciones de la Carta, deben respetar el mantenimiento del derecho de libre determinación de los pueblos (...)". Este enlace se observa también en la Res. 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960 (a pesar de tratarse de un instrumento conocido como "*Carta Magna de la Descolonización*") y en la Res. 2625 (XXV) "*Declaración sobre los principios de Derecho internacional relativos a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la ONU*", de 24 de octubre de 1970. Esta última resolución, en el párrafo séptimo del principio quinto relativo al principio de igualdad y libre determinación de los pueblos, ha definido al comportamiento estatal conforme al principio, señalando que debe poseer un "*gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color*", conducta condicionante de la garantía de integridad territorial del Estado reconocida en la Carta²⁷. A su vez, el párrafo segundo del mismo principio ha señalado que "*el sometimiento de los pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una violación del principio, así como una denegación de los derechos humanos fundamentales, y es contraria a la Carta de las Naciones Unidas*". El párrafo quinto ha consagrado el derecho a repeler la fuerza del dominador y recibir ayuda para ello al expresar: "*Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos antes aludidos en la formulación de presente principio de su derecho a la libre determinación y a la libertad y a la independencia. En los actos que realicen y en*

²⁷ Principio 5 párr. 7 Res. AGNU 2625(XXV): "*Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivo de raza, credo o color*".

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

la resistencia que opongan contra esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas²⁸. Esta amplia y compleja percepción del PLDP imbrica los principios de integridad territorial, no intervención, legítima defensa con el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos, aspecto que consideraremos en el punto siguiente.

La Res. de la AGNU 3314 (XXIX) de 14 de diciembre de 1974 al definir la agresión, ha dejado en claro que nada de lo establecido en la resolución puede perjudicar el DLDP. Hace referencia a “pueblos bajo regímenes coloniales y racistas u otras formas de dominación extranjera” con percepción de universalidad y recordando su derecho a repeler por la fuerza el sojuzgamiento. La Res. de la AGNU 65/201 de 11 de marzo de 2011 -al igual que la Res. 67/157 de 26 de febrero de 2013- también con percepción universal, ha expresado: “1. Reafirma (...) la realización universal del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, incluidos los sometidos a dominación colonial, extranjera y externa (...)”.

Humphrey había señalado que pretender que la libre determinación es sólo para los pueblos coloniales sería lo mismo que afirmar que sólo grupos bajo autoridad colonial son pueblos, y que poner condiciones a la voluntad libremente expresada de los pueblos, impidiendo en ciertos casos la secesión, equivaldría a consagrar pueblos superiores e inferiores, negando con ello necesariamente la igualdad de los seres humanos²⁹.

²⁸ V. *infra* el alcance del derecho a pedir y recibir apoyo.

²⁹ HUMPHREY, J. "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", en BOS, M. (Ed.). *The Present State of International Law*,

IV. Relaciones del PLDP con los principios de soberanía estatal, integridad territorial, no intervención, legítima defensa

Tal como lo señaláramos en trabajo anterior³⁰, la *soberanía estatal* es el derecho de disposición que un Estado ejerce sobre un territorio en virtud del Derecho internacional, lo que conlleva el derecho-deber de velar por su conservación y su unidad. No se trata de un derecho del Estado por ser Estado, sino en tanto él es la organización que representa y expresa la voluntad del pueblo de modo estable.

Sin embargo, llueven percepciones postmodernas sobre la voluntad de los colectivos. Así, Jen Bartelson³¹ hace presente que para Hans Lindahl, desde la filosofía política y jurídica, la “soberanía” y la identidad colectiva son conceptos mediante los cuales la filosofía elabora el problema de la unidad “contingente” de una comunidad política. Observa que la gente, como una unidad, nunca es directamente accesible, la unidad es siempre una unidad representada, unidad que adquiere distintas percepciones (realidad representada). Anuncia la preeminencia de los grupos humanos por sobre las estructuras estatales y, ya ubicado en una era post-nacionalista, advierte sobre la irrelevancia de las fronteras estatales. Por su parte, Richard Bellamy, menos audaz en sus percepciones

1973, cit. por CLAYDON, J. “The Transnational Protection of Ethnic Minorities: A Tentative Framework for Inquiry”, *The Canadian Yearbook of International Law*, 1975, V.13, pp. 45-46.

³⁰ V. Nota 4.

³¹ BARTELSON, J. “The Concept of Sovereignty Revisited”, *EJIL* (2006), Vol. 17 No. 2, 469 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

relaciona la unidad de las comunidades con la legitimidad democrática³².

Entre otras, las Res. de la AGNU 1514 (XV) y 2625 (XXV) declaran que “*todos los pueblos poseen un derecho inalienable a la plena libertad, al ejercicio de su soberanía y a la integridad de su territorio nacional*” y que “*en virtud de esos derechos ellos determinan libremente su estatuto político y procuran libremente su estatuto político, social y cultural*”.

Benedict Kingsbury³³ considera que la desigualdad entre las diferentes unidades políticas y jurídicas limita, debilita a la soberanía debido a la violación a los derechos humanos y a la libre determinación que comporta.

El principio de *integridad territorial* fue utilizado por primera vez en las declaraciones del Congreso de Viena de 1815, apareciendo a menudo confundido con el principio de inviolabilidad de las fronteras. Tal como lo señaláramos con anterioridad, el art. 2.4 de la Carta proscribía el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o de cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. El párrafo 6 de la Res. de la AGNU 1514 (XV) establece que “*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 las Naciones Unidas*”. El párrafo séptimo del principio quinto sobre igualdad de derechos y libre determinación de

³² V. BELLAMY, R. “Democracy without Democracy? Can the EU’s Democratic ‘Outputs’ be Separated from the Democratic ‘Inputs’ Provided by Competitive Parties and Majority Rule?” *Journal of European Public Policy*, 2010, Vol. 17, pp. 2-19. V. asimismo nuestro trabajo sobre representatividad democrática citado en Nota 4.

³³ KINGSBURY, B. “Sovereignty and Inequality”, *EJIL* 1998, V. 9, p. 602.

Zlata Drnas de Clément

los pueblos de la Res. de la AGNU 2625 (XXV) salvaguarda la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes pero condicionándola a que se “conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos” 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”. Es decir, la distinción por motivos de raza, credo o color, la imposibilidad de determinarse libremente *ad intra* por no estar representados en el gobierno, rompe la protección a la integridad territorial del Estado discriminador, permitiendo la secesión.

Vita Gudelevičiūtė³⁴ ha señalado que el territorio es atributo esencial de un Estado y el mantenimiento de su integridad hace a la seguridad internacional y la estabilidad en el Mundo. Muchos conflictos armados han tenido origen en reclamaciones de libre determinación, derecho fundamental firmemente establecido en el Derecho internacional. De allí que se torna necesario precisar el amplio concepto de LDP. El autor parte de la hipótesis de que el PLDP prevalece en nuestros tiempos por sobre el principio de integridad territorial. Por nuestra parte consideramos que una afirmación general de ese tipo no responde a la lógica del principio ni a la realidad. Entendemos que la salvaguarda de integridad territorial como también la causa del quiebre de esa garantía está correcta y plenamente enunciada en la Res. AGNU 2625 (XXV), tal como señaláramos precedentemente. Tampoco compartimos con el autor su afirmación de que sólo la libre determinación en el plano externo interesa al Derecho internacional. Ello, ya que toda denegación de la

³⁴ GUDELEVIČIŪTĖ, V. “Does the principle of self-determination prevail over the principle of territorial integrity?” *International Journal of Baltic Law*, Volume 2, No. 2 (April, 2005), p 48 y ss. (obtenible en <http://www.ceeol.com> consultado el 12 de marzo de 2013).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

LDP al interior del Estado es de concernencia internacional por la grave violación de derechos humanos que necesariamente conlleva.

La Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva de 22 de julio de 2010 sobre *Conformidad con el Derecho internacional de la Declaración unilateral de independencia de Kosovo*³⁵, concluyó que la declaración de independencia de Kosovo de 17 de febrero de 2008 no había violado la Res. 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, como tampoco el derecho internacional. En el Considerando 80 recordó que numerosos participantes en el procedimiento ante la Corte han sostenido que la prohibición de las declaraciones unilaterales de independencia está implícita en el principio de integridad territorial. Sin embargo, en ese mismo Considerando, hizo presente que la Res. AGNU 2625 (XXV) refleja el derecho internacional consuetudinario de conformidad a lo resuelto por la Corte en el *Caso Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América)*, Sentencia sobre el Fondo, (I.C.J. Reports 1986, pp. 101-103, paras. 191-193) y que esa resolución enumera obligaciones de Estados frente a otros Estados y obligaciones de los Estados *ad intra*³⁶.

Retrocedemos cronológicamente en la exposición para referirnos brevemente al caso del pueblo sueco de las Islas finlandesas de Aaland (Ahvenanmaa), el que invocando la libre determinación solicitó la reincorporación de las islas a la soberanía

³⁵ I.C.J. Reports 2010.

³⁶ Ello, independientemente, de que la Corte no ha considerado necesario pronunciarse sobre si la población de Kosovo tenía derecho a crear un Estado independiente en base al derecho a la libre determinación o a un derecho de "secesión reparadora" en vista de la situación en Kosovo. V. ZYBERI, G. "Self-Determination through the Lens of the International Court of Justice", *Netherlands International Law Review*, 2009, vol. 56-3, pp. 429-453.

Zlata Drnas de Clément

de Suecia³⁷. La Comisión Internacional de Juristas, en informe de 5 de septiembre de 1920, concluyó que la cuestión no era un asunto político cuya solución definitiva pudiera recaer en un solo Estado y que el Consejo de la Sociedad de Naciones era competente de acuerdo al art. 15 para recomendar las soluciones justas. El 20 de septiembre el Consejo se declaró competente y conformó una Comisión de Ponentes, la que adoptó la posición de que no se puede reconocer a la minoría de un Estado que se separe sólo en base a la voluntad de la parte de la población. La Comisión entendió que la secesión -como solución extrema- “sólo se puede reconocer a las minorías perseguidas”. La Sociedad de Naciones exigió a Finlandia un tratado internacional de neutralización de las islas y amplias garantías constitucionales de autonomía.

El principio de *no intervención* prohíbe la injerencia de los Estados (y de la propia ONU -a excepción de la aplicación de medidas coercitivas del Cap. VII de la Carta-) en asuntos internos y externos de un Estado.

El principio de no intervención y el de libre determinación no se hallan en contraposición ya que los pueblos organizados en Estados han decidido por sí mismos sus asuntos internos y externos,

³⁷ Archipiélago ubicado en el Mar Báltico en la entrada al Golfo de Botnia (13.505 km², distribuidos en unos 650 islotes), perteneciente a Finlandia por su ubicación pero de población mayoritariamente sueca (más del 95%). Por su importancia estratégica fue neutralizado y desmilitarizado por el Tratado de París de 1856. Había estado bajo administración sueca hasta 1809, fecha en la que el zar Alejandro las incorporó a Rusia (con antecedentes de ocupación rusa previa). Cuando Finlandia -tras la I GM- se independizó, los aalandeses inspirados en el principio de libre determinación pregonado en la época por marxistas y liberales, manifestaron su voluntad de incorporarse a Suecia. Con la intervención del gobierno del RU de Gran Bretaña ante la Sociedad de Naciones y con la conformidad de Finlandia y Suecia se conformó una Comisión Internacional de Juristas, atento a que la Corte Permanente de Justicia Internacional aún no estaba constituida.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

como así también han asumido sus deberes internacionales. De ahí que, cuando surge una conducta lesiva de los deberes internacionales, como por ejemplo, el uso de la fuerza para impedir el ejercicio del derecho a la libre determinación, aparece la obligación de la ONU y de sus Miembros de no asistir impasibles a la violación. Así, el párrafo 5 del principio 7 de la Res. AGNU 2625 (XXV) enfoca la cuestión desde su doble faz, relacionándola con la *legítima defensa*: “*Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos (...) de su derecho a la libre determinación, a la libertad y a la independencia. En los actos que se realicen y en la resistencia que opongan contra esa medida de fuerza con el fin de ejercer su derecho de libre determinación, tales pueblos podrán pedir y recibir apoyo de conformidad con los principios y propósitos de la Carta*”. Por una parte, aparece el deber de los Estados de no privar a los pueblos de su derecho a la libre determinación, por la otra, surge el derecho a ofrecer resistencia-defenderse, pedir apoyo y recibirlo. Si bien, se ha señalado frecuentemente en la doctrina que el principio consagra la ayuda indirecta, ya que la ayuda armada directa (acorde a la fuerza utilizada para sojuzgar al pueblo) podría poner en peligro la paz y seguridad del mundo o permitir que un Estado se aproveche de la situación para instalar un gobierno títere que implique un nuevo sojuzgamiento. Sin embargo, en el caso de Bangladesh, la intervención armada de India en su auxilio no fue condenada. En el caso de Bosnia-Herzegovina la intervención de la OTAN en agosto de 1995, llevada adelante fuera del marco jurídico regular del sistema de NU permitió arribar a los *Acuerdos de Dayton* de 14 de diciembre de 1995, que pusieron fin conflicto armado en ese país³⁸.

³⁸ V. nuestro trabajo *La crisis de Kosovo solo puede ser comprendida en el marco de la escisión de la RFS de Yugoslavia*, Lerner, Córdoba, 1998 (obtenible en www.acaderc.org.ar).

Zlata Drnas de Clément

Muchos analistas han visto en el ejercicio del derecho a la libre determinación el posible caldo de cultivo para el origen del caos internacional y la anarquía en el mundo³⁹.

Carsten Stahn⁴⁰ hace presente que uno de los nexos más preeminentes entre el *jus in bello* y el *jus ad bellum* se halla en la definición de conflicto armado del art. 1.4 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949, el que extiende la aplicabilidad de las normas de los conflictos armados a las situaciones en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas. Ello, en ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación consagrado en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional (Res. 2625 (XXV) de la AGNU), tal como el referido artículo expresamente aclara.

Debemos tener presente que la AGNU en varias oportunidades ha apoyado y sostenido a Movimientos de Liberación Nacional en su lucha armada por el ejercicio del PLDP. Tal el caso *i.a.* de las Res. AGNU 3111 (XXVIII) con relación a Namibia, 3294 (XIX) sobre Angola; 3375 (XXX) sobre Palestina; 3396 (XXX) sobre Zimbawe.

³⁹ *I.a.* GHOSHRAJ, S. “Revisiting the challenging landscape of self-determination (...)”, *Op. Cit.*, p. 450.

⁴⁰ STAHN, C. “*Jus ad bellum, jus in bello... jus post bellum?* – Rethinking the Conception of the Law of Armed Force”, *EJIL* (2006), Vol. 17, No. 5, p. 926.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

V. La denegación del derecho a la libre determinación constituye denegación de derechos humanos fundamentales

Peter Hilplod ha señalado que el concepto de libre determinación está íntimamente relacionado a ideas tales como libertad, democracia e igualdad⁴¹.

Anne Michalska, en los paras. 103-104 de su presentación en el Informe Final de la “Reunión Internacional de Expertos sobre los Problemas relacionados con los Derechos de los Pueblos y el significado histórico y práctico de estos problemas” (1985)⁴², ha señalado que el PDLP tiene una conformación dualista: una, como principio del DI, y otra, como derecho humano, si bien consideró que la LDP era un requisito-condición para la realización de todos los otros derechos humanos. Por otra parte, en el mismo Informe, en el para. 100 destacó que el concepto “pueblo” tanto se usa tanto para designar al “pueblo-Estado” como a los “pueblos” dentro de un Estado.

El Informe de UNESCO de 1989 sobre el mismo tema observó en sus conclusiones que no se había hecho distinciones claras entre “prevención de la discriminación” y “protección de minorías” y que la Comisión de Derechos Humanos -al igual que la Sub Comisión de Prevención de la Discriminación y Protección a las Minorías- prefería no utilizar el término “minorías” sino “grupos étnicos, religiosos o lingüísticos”. A nuestro criterio ello es comprensible ya que la ONU no reguló en la Carta el derecho de las minorías y diluyó la protección de esos grupos en el concepto más

⁴¹ HILPOLD, P. “The Right to Self-determination: Approaching an Elusive Concept through a Historic Iconography”, *Austrian Rev. Int'l & Eur. L.*, 2006, Vol. II, p. 23.

⁴² UNESCO Doc. SHS-85/CONF.613/10,15 December, 1985.

Zlata Drnas de Clément

amplio pero no específico de los derechos humanos. De ese modo, una minoría discriminada, sojuzgada, se encuentra en una situación dramática: carece de protección en el derecho interno y, en virtud del principio de no intervención, tampoco halla amparo en el derecho internacional, viéndose obligada a pasar al plano internacional a través de la lucha armada ante la dominación por la fuerza de que es objeto. Bien señala un reciente trabajo elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁴³ que los derechos enunciados en convenios internacionales y declaraciones de UN para la protección de las minorías, en la práctica, están lejos de verse realizados.

Se ha discutido si se trata de un derecho individual o un derecho colectivo. Bien ha señalado Yoram Dinstein⁴⁴ que los derechos individuales recaen en cada persona como elemento singular pero muchos de esos derechos trasladados al conjunto hacen a la identidad del conjunto, a la no discriminación y se ejercen como colectivo. Por nuestra parte, consideramos que el colectivo no se puede ni siquiera configurar si se vulneran ciertos derechos individuales, contenidos en normas de protección de los DD.HH. y el DIH.

Así, entre múltiples instrumentos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su Art. 21: *"1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3. La voluntad del*

⁴³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE DERECHOS HUMANOS de Naciones Unidas, "Derechos de las minorías: Normas internacionales y orientaciones para su aplicación", *Op. Cit.*, p. 7.

⁴⁴ DINSTEIN, Y. 'Collective Human Rights of Peoples and Minorities', 25 *I.C.L.Q.* (1976), pp. 102 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”. Similares protecciones individuales necesarias para el ejercicio del derecho colectivo a la LDP hallamos *i.a.* en los artículos 18, 25, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos; en los artículos 12, 23, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en los arts. 9 y 17 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; en los arts. 17 y 19, 20, 21, 22, 23, 24, de la Carta Africana de Derechos de los Hombres y de los Pueblos.

Los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, resultan aplicables a personas que integran minorías.

En el marco del DIH se destaca la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (AGNU res. 260 A (III) de 9 de diciembre de 1948, la que protege a grupos, minorías, consagrando su derecho a la existencia física, presupuesto de todo derecho a la LD. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional no sólo contempla el crimen de genocidio sino también los crímenes de lesa humanidad, ambos vinculados a minorías. Entre las violaciones graves que enuncia el Estatuto figuran los traslados forzosos de población que tengan por finalidad o por efecto expulsar a minorías del territorio en que viven, así como otras formas de eliminación de las minorías como son las esterilizaciones forzadas.

Zlata Drnas de Clément

Observamos una tendencia a confundir planos, a no echar luz al estatus del PLDP como principio de Derecho internacional general y como derecho humano, a no esclarecer obligaciones y responsabilidades de los actores y sujetos internacionales frente a las múltiples violaciones de DD.HH. y DIH que importa la violación del DLDP, al no construir canales eficaces para hacer cesar las violaciones al PLDP. Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (AGNU Res. 2106 A (XX) de 21 de 21 de diciembre de 1965 carece de referencia alguna a “minorías”. La Res. AGNU 47/135 “Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, raciales y lingüísticas” hace referencia al Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a los derechos de las personas pertenecientes a grupos étnicos, religiosos o lingüísticos, pero no contempla referencia alguna a otros artículos del mismo instrumento vinculados al derecho de esos grupos, como tampoco al Art. 1 del mismo Pacto relativo a la libre determinación de los pueblos⁴⁵. Los ejemplos son múltiples y se observan en diversos ámbitos de acción de las Naciones Unidas. Una serie de violaciones a derechos humanos individuales tornan imposible el ejercicio del PLDP, derecho humano colectivo a más de derecho deber de Derecho internacional general. Al mismo tiempo, como lo señalara el Comité Badinter, el PLDP sirve de salvaguarda a los derechos humanos individuales y colectivos⁴⁶.

⁴⁵ Además, lamentablemente, el Experto independiente sobre cuestiones de las minorías establecido en 2005 para *i.a.* promover la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías, está lejos de poseer las facultades suficientes como para proteger a las minorías vulneradas como lo hiciera en su momento el Consejo de la Sociedad de Naciones.

⁴⁶ PELLET, A. “The Opinions of the Badinter Arbitration Committee. A Second Breath for the Self-Determination of Peoples”, *EJIL*, 1992-1, p. 178.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

VI. Algunas reflexiones finales

Tras esta breve aproximación a aspectos centrales del PLDP podemos señalar que -más allá de las adaptaciones que el principio ha tenido que sobrellevar frente a las particularidades fácticas de las situaciones en las que tuvo que ser aplicado- presenta anclajes irreductibles, a los que podemos resumir en las siguientes frases:

-el PLDP es aplicable a todo pueblo, siempre. Los pueblos sojuzgados por cualquier tipo de dominación forzada tienen derecho a repeler la opresión con la fuerza necesaria para ello e incluso llegar a la secesión;

-la relación pueblo - opresión - liberación hunde sus raíces en la historia no permitiendo ubicar el nacimiento del PLDP en fecha o sistema determinado;

-el PLDP es un principio de derecho internacional general cuya vulneración importa graves violaciones a fundamentales derechos humanos (derecho colectivo de libre determinación y derechos individuales que lo sostienen);

-el PLDP pertenece a la especie de normas de *jus cogens*, fundada en la igualdad sociológica y jurídica de todos los pueblos y todos los seres humanos en cuanto tales;

-el PLDP no se halla en contraposición con los principios de soberanía, integridad territorial, no injerencia, legítima defensa, en tanto el respeto a la LDP es condicionante de la amplitud de ellos;

-el derecho a recibir ayuda en la lucha de los pueblos contra el opresor no es un derecho de terceros en invocación de obrar en defensa del pueblo sojuzgado;

Zlata Drnas de Clément

-el sistema onusiano debería formular de modo centralizado una teoría y una técnica que garantice a los pueblos el efectivo ejercicio de su derecho de LD.

Si bien se ha visto peligroso el reconocimiento del PLDP en carácter de norma del derecho internacional por la cantidad de reclamaciones de soberanía que podría llegar a generar, no debemos olvidar que Benito Juárez en 1865 -probablemente inspirado en “La Paz Perpetua” de Immanuel Kant- expresó: *“tanto entre los hombres como entre los pueblos, el respeto al derecho ajeno es la paz”*.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

400 AÑOS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

400 YEARS IN THE EVOLUTION OF THE LAW OF TREATIES

Arturo S. Pagliari* y Oscar C. Benitez**

Resumen: La evolución del derecho de los tratados a partir de la Paz de Westfalia 1648. Los tratados en el tiempo con particular referencia a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Palabras - clave: Los tratados en el tiempo - Interpretación auténtica - Acuerdos y prácticas ulteriores - Cláusula *rebus sic stantibus*.

Abstract: The evolution of the law of the treaties from the Peace of Westphalia 1648. Treaties over time with particular reference to the *rebus sic stantibus* clause.

Keywords: Treaties over time - Authentic Interpretation - Agreements and subsequent practices - *Rebus sic stantibus* clause.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Tratados. Su importancia en el derecho internacional. - III. Terminación de los tratados. - IV. La cláusula *rebus sic stantibus*. - V. Evolución. Interpretación. - VI. Normas internacionales que fijan un límite. Posibles excepciones a la prohibición de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El principio del *uti possidetis*. Los tratados en el tiempo. - VII. Perú c.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

** Abogado. Profesor de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Chile. - VIII. Bolivia c. Chile. - IX. Níger c. Burkina Faso. - X. Nuevas pautas de interpretación. El derecho actual. Fines y objetivos. La equidad.

I. Introducción

Un hecho histórico decisivo para la constitución de la comunidad internacional fue la Reforma que emancipó a Alemania, Suecia, Dinamarca, Suiza, los Países Bajos, Escocia e Inglaterra. Las guerras originadas por ese movimiento – que pusieron fin a la guerra de los 30 años (entre católicos, protestantes y luteranos), culminaron con los tratados de Munster¹ y Osnabruck² de 1644-1648 conocidos como el Congreso de Westfalia³, que reconocieron entre otras cosas, la igualdad de los Estados, que su forma de gobierno no influye en su condición internacional, el principio del equilibrio político, el compromiso en reunirse en Congresos internacionales y la importancia de los tratados en las relaciones internacionales.

El nacimiento de la comunidad internacional va de la mano con el del derecho internacional a partir del Tratado de Westfalia que consolida el núcleo inicial de ambos. En el período que se extiende hasta fines del siglo XVIII se aplicó lo que se denominó “Derecho público europeo” (derecho internacional de la época), basado en el equilibrio de poder entre Estados soberanos, la licitud de la fuerza armada, la costumbre internacional considerada como pacto tácito, el principio de la libertad de los mares, el de neutralidad, el de inmunidades y privilegios diplomáticos y el

¹ Se firma el 27 de noviembre de 1647 entre el Imperio y Francia y el 30 de Enero de 1648 entre España y los Estados Generales de Holanda.

² Este tratado se firma el 24 de octubre de 1648 entre Fernando III, Suecia y los príncipes alemanes.

³ Así llamado por encontrarse Munster y Osnabruck en ese territorio alemán.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

tratado como instrumento jurídico para regular las relaciones internacionales.

A partir de esa fecha se generaliza la firma de tratados que contienen declaraciones en la que ya se esboza la teoría sobre las causas de extinción de las obligaciones internacionales, entre las que se encuentra el cambio de circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*). Es grande el auge de tratados políticos que contienen objetivos comerciales. También registran progresos los tratados en los que se percibe una preocupación por los derechos individuales¹.

II. Tratados. Su importancia en el derecho internacional

Los tratados son el derecho escrito y la fuente más directa, clara y comprobable del derecho internacional. Sin embargo, esta claridad tiene como contraposición, el ámbito más restringido de aplicación que otras fuentes tienen como la costumbre y los principios generales, ya que las convenciones escritas entre Estados sólo crean obligaciones para con las partes. Si bien los tratados no vinculan a todos los Estados de la comunidad internacional, aquellos cuyo objeto interesa a la comunidad internacional en su conjunto, tienden a convertirse en reglas de derecho internacional general, e incluso alcanzan la categoría de normas imperativas.

El derecho internacional no proviene de un órgano común de creación de normas internacionales; estas derivan principalmente del acuerdo entre los Estados. Estos son los formadores del derecho internacional y, a su vez, los destinatarios de las normas por ellos creadas, con la particularidad, de que generalmente sólo obligan a los que las han aceptado (principio de libre consentimiento). Por ello se dice que el derecho internacional es relativo y difícilmente

¹ Cláusulas de de opción para los habitantes de territorios anexados, los llamados derechos de aubana y de naufragio, etc.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

modificable. En efecto, el principio de la soberanía del Estado como una de las bases del derecho internacional, conduce necesariamente a un relativismo de los derechos y obligaciones internacionales, lo que se traduce en una incertidumbre en cuanto a la aplicación de la norma internacional al caso concreto, ya que se debe determinar en cada caso, si ha existido o no consentimiento del Estado afectado para obligarse por la norma en cuestión. Esta perspectiva relativista conduce a considerar que las normas internacionales, sean generales o particulares, en cuanto a su aplicación a situaciones determinadas, debe hacerse siempre en relación con un sujeto determinado.

El derecho de los tratados (codificado en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en adelante CV69) está basado en el consentimiento de los Estados (*ex consensus advenit vinculum*). De allí nacen una serie de instituciones y principios como que el consentimiento para ser válido no debe encontrarse viciado, que debe ser prestado por un agente con capacidad suficiente para obligar al Estado, que los Estados pueden efectuar reservas; que el consentimiento es necesario a los fines de la enmienda, modificación o terminación de un tratado; etc. Consecuencia directa del principio del consentimiento (autonomía de la voluntad) como base fundamental de la obligación jurídica convencional, es el principio establecido en el artículo 34 de la CV69: Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt (Res inter alios acta)*)².

² Una vez prestado el consentimiento, los tratados obligan a los Estados partes y deben ser cumplidos por ellos de buena fe. Este constituye un principio fundamental del derecho internacional (*pacta sunt servanda*) y esta recogido en el artículo 26 de CV69. Tiene como condición de que el tratado se encuentre en vigor y produce como efecto que los Estados no puedan alegar las disposiciones de su derecho interno para desligarse de las obligaciones de un tratado.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

El propósito del derecho internacional en general, y de los tratados en particular, es el de limitar la soberanía de los Estados en la esfera particular de que se trate. Es sabido que los tratados solo producen efectos jurídicos obligatorios entre los Estados parte. Sin embargo, la efectividad, por medio de la adhesión de un cierto número de Estados, produce un efecto limitador a la libertad de los Estados no partes (terceros). En efecto, determinadas situaciones de naturaleza convencional provistas de una cierta efectividad, *“producen efectos respecto de terceros Estados, aun en el supuesto de que estos no las hayan reconocido”*³.

III. Terminación de los tratados

Los tratados terminan como consecuencia de la voluntad de las partes o de hechos imputables a ellas, y por circunstancias imprevistas ajenas a su voluntad. Entre las primeras, se encuentran las que establecen las propias disposiciones del tratado⁴ (artículo 54, a) o, en cualquier momento, por consentimiento (unanimidad) de todas las partes (art.54, b), por la celebración un tratado posterior sobre la misma materia (art.59 en concordancia con el art.30), o por denuncia. Entre las causas de terminación por hechos o actos realizados por algunas de las partes se encuentra la violación grave

³ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Tecnos, 1969, pag. 186 y ss. Entiende que la oponibilidad a terceros Estados, que tiene como fundamento la efectividad, queda patentizada en distintos casos: normas de un tratado que se convierten en obligatorias para terceros porque se transforman en costumbre; tratados que interesan a la comunidad internacional en su conjunto (Tratado Antártico de 1959, Tratado de no proliferación de armas nucleares 1968, etc.); tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

⁴ La mayoría de los tratados contienen cláusulas que establecen su plazo de duración (con posibilidad de renovarlos o no o, en su caso al vencimiento del término la opción de denunciarlos o retirarse del tratado), o condiciones resolutorias para darlos por terminados.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

del tratado (art.60) y la ruptura de relaciones diplomáticas (art.63) en algunos casos⁵.

La terminación los tratados por causas ajenas a la voluntad de las partes se produce cuando existe la imposibilidad de su cumplimiento (artículo 61), la aparición de una nueva norma *ius cogens* (artículo 64) o por un cambio fundamental de las circunstancias (art. 62). En virtud de la terminación de un tratado las partes quedan eximidas de seguir cumpliendo con sus disposiciones no afectando derechos, obligaciones o situaciones jurídicas por la ejecución de las disposiciones del tratado con anterioridad a la fecha de su terminación⁶.

IV. La cláusula *rebus sic stantibus*

Un cambio fundamental de las circunstancias, constituye un antiguo principio de derecho internacional en materia de suspensión, modificación o terminación de los tratados que responde a la máxima del derecho romano *omnia conventio intellegitur rebus sic stantibus*, que sirve como justificación para no cumplir un tratado fundado en razones de justicia y equidad⁷. La excesiva onerosidad⁸ o

⁵ La excepción se configura si el mantenimiento de tales relaciones constituye una base indispensable para la aplicación del tratado. En efecto, las relaciones diplomáticas y consulares en algunos tratados, como los de asistencia y cooperación, son indispensables para su ejecución, mientras que en otros, como las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, son el objeto mismo del tratado.

⁶ Si la terminación se produce como resultado de la causal del artículo 64 (aparición de una nueva norma de derecho internacional general imperativa), los derechos obligaciones generados durante el cumplimiento del tratado, se mantendrán únicamente en la medida que no se encuentren en oposición con lo dispuesto por la nueva norma *ius cogens*.

⁷ Se cita como antecedente el caso de Rusia desligándose unilateralmente durante la guerra franco prusiana de 1870 de la neutralización del Mar Negro

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

dificultad de cumplir con alguna prestación impuesta por el tratado ante un cambio esencial de las circunstancias originarias ha permitido invocar esta regla por la que algunos Estados han pretendido y en alguna ocasión conseguido⁹, desligarse por su voluntad unilateral de las condiciones establecidas en un tratado. Se ha alegado que en todo tratado existe tácitamente una cláusula que subordina la continuidad de vigencia del acuerdo a que las circunstancias de hecho que rodearon a las partes sean las mismas que cuando se concertó. Otros, teoría objetiva, basan el derecho de una de las partes de desligarse de lo pactado alegando su derecho de conservación.

El artículo 62 de la CV69, codifica una norma general consuetudinaria de derecho internacional que en rigor de verdad no atenta contra el principio de la *pacta sunt servanda* sino que le sirve de complemento.

La regla general es que un cambio fundamental de las circunstancias respecto a las existentes en el momento de la

impuesta por el Tratado de París de 1856. El hecho quedó consumado, pero las restantes potencias suscribieron el Protocolo de Londres de 1871 en el que declararon que ningún Estado puede liberarse por acto unilateral de sus obligaciones convencionales.

⁸ Algunos autores consideran que existe un paralelismo con la “teoría de la imprevisión” aceptada por ciertas legislaciones internas de los Estados como causal de modificación, suspensión o terminación de obligaciones.

⁹ El artículo 62 fue aplicado por primera vez por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia del 16 de junio de 1998 en el caso *Racke* para justificar la suspensión de las concesiones comerciales previstas en el acuerdo de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y la República Federativa Socialista de Yugoslavia llevada a cabo en el contexto de la crisis yugoslava mediante el reglamento (CEE) n.3300/91 del Consejo, por entender que el citado artículo recoge la norma consuetudinaria en la materia y que en el caso concreto se daban los requisitos exigidos por la disposición de referencia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

celebración de un tratado no puede alegarse como causa de terminación del mismo. La CV69 se inclinó por redactar esta causal en términos negativos, estableciendo condiciones rigurosas para su alegación. El carácter excepcional y restrictivo de la cláusula motivó su rechazo en cuanto a su aplicación, por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1977¹⁰. En igual sentido con anterioridad en el *asunto de las pesquerías*¹¹ la Corte sostuvo que *“en derecho internacional un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar el tratado, si ha producido una transformación radical del alcance de las obligaciones establecidas por éste puede, bajo ciertas condiciones, otorgar a la parte afectada una base para invocar su terminación o suspensión. La invocación por un Estado parte de esta causal, no opera para extinguir un tratado automáticamente; sólo confiere un derecho a solicitar su terminación; tanto es así, que en caso de objeción por otro Estado parte, la cuestión debe ser sometida y resuelta por algún medio pacífico de solución de controversias”*

La excepción a esta regla, aplicable a los llamados tratados perpetuos y a los que no contienen cláusulas sobre su terminación, debe reunir las siguientes condiciones: a) Que tales circunstancias en el momento de la celebración, constituyeran una base esencial del consentimiento en obligarse por el tratado; b) Que tal cambio modifique radicalmente el alcance de las obligaciones que resten cumplirse por parte del Estado que la alega. Del artículo 62 se desprenden los siguientes requisitos: 1) Que el cambio de las

¹⁰ CIJ, Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría/República Checa). Recueil, 1977. “El hecho de que el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados esté redactado en términos negativos y condicionales indica por otra parte claramente que la estabilidad de las relaciones convencionales exige que la causa extraída de un cambio fundamental de circunstancias no se aplique más que en casos excepcionales”.

¹¹ CIJ, Recueil, 1973.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

circunstancias sea fundamental¹²; 2) Que el cambio de las circunstancias debe darse en relación a las existentes en el momento de celebración del tratado¹³; 3) Que esas circunstancias hayan constituido una base esencial del consentimiento de las partes por el tratado; 4) Que el cambio no haya sido previsto por las partes; 5) Que el cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado. El cambio de las circunstancias debe significar una transformación radical del alcance de las obligaciones todavía a ser cumplidas; debe haber aumentado el peso de las obligaciones a ser ejecutadas tanto como para transformar el cumplimiento en algo esencialmente diferente de la que se asumió originalmente.

Aun si dieran estas condiciones que admiten la excepcionalidad a la regla general, esta causa no puede alegarse: a) En los casos de tratados que establecen una frontera¹⁴; b) Si el cambio de las circunstancias se hubiera producido por la violación de la Parte que la alega de una obligación del tratado o de otra obligación internacional respecto de cualquiera de las otras Partes del tratado.

Un cambio fundamental de las circunstancias que dieron origen a un tratado (cláusula *rebus sic stantibus*) es una efectividad en acción y puede provocar una tensión entre un tratado y la necesidad de su caducidad, suspensión o nueva formulación.

¹² De tal naturaleza que incluso tales cambios puedan poner en peligro la existencia misma del Estado.

¹³ Este cambio puede ser de las circunstancias de hecho o jurídicas

¹⁴ La razón de esta excepción está que (ejecutado no), el objeto y fin de los tratados que establecen una frontera estriba en asegurar la estabilidad y orden; a fin, pues, de tranquilizar a los Estados en el sentido de que los arreglos territoriales existentes no serían “reventados” por una causa de terminación como la establecida en el artículo 62 se incluyó la excepción. GUTIÉRREZ ESPADA, C. *Derecho Internacional Público*, Ed. Trotta, 1995, pag. 488.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

V. Evolución. Interpretación

Las reglas de interpretación de los tratados internacionales consignadas en los artículos 30 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son en la actualidad derecho internacional general consuetudinario producto de la interacción entre las fuentes. El artículo 31 establece una serie de pautas a tener en cuenta para la interpretación, entre las que se destacan la buena fe (en concordancia con el artículo 26), el sentido corriente a los términos del tratado (interpretación literal), su contexto, es decir, en una visión sistemática de la totalidad del tratado (interpretación sistemática), siempre teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado (interpretación teleológica). Agrega el apartado 2 a los fines de la interpretación, el contexto de un tratado incluye no sólo el texto, sino también su preámbulo y anexos, y cualquier acuerdo o instrumento en el marco de la celebración del tratado.

Los apartados a) y b) del párrafo 3 del artículo 31 consignan lo que se denomina una interpretación “auténtica” del tratado, es decir aquella que realizan las propias partes del tratado, ya sea por un acuerdo o comportamiento posterior a su entrada en vigor a los fines de su interpretación o aplicación. La práctica ulterior cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Constituye una prueba del consenso de las partes sobre la interpretación del tratado y cumple el mismo fin que un acuerdo sobre tal interpretación. El consentimiento colectivo para que equivalga a una verdadera interpretación auténtica del tratado, puede manifestarse no solamente mediante un obrar positivo, sino también manifestarse tácitamente, ya que sea mediante la aquiescencia o bien por la ausencia de protesta ante la conducta seguida por la mayoría de las partes. La práctica ulterior (efectividades) cuando es uniforme, coherente y seguida por la mayoría de las partes, constituye un elemento decisivo para

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

determinar el sentido y alcance de los términos del tratado. Ambas disposiciones, se basan en la regla de que los tratados deben interpretarse de manera que sean eficaces, en lugar de ineficaces.

Los distintos medios de interpretación que han sido utilizados por diferentes órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales son: a) Convencionales. Al igual que la Corte Internacional de Justicia, la mayoría de los órganos decisorios (Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, tribunales del CIADI, Tribunal Internacional del Derecho del Mar, y tribunales penales internacionales) han seguido enfoques que en general tienen en cuenta todos los medios de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena¹⁵. b) Orientados al fin. Los tribunales regionales de derechos humanos, así como el Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, han hecho hincapié en muchos casos en el objeto y fin¹⁶. Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con el

¹⁵ Los grupos especiales y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) han hecho hincapié en sus informes en el texto del tratado (el sentido corriente o especial de los términos del acuerdo) y se han mostrado reticentes a insistir en la interpretación orientada al fin del tratado. Este enfoque parece tener que ver, entre otras cosas, con una necesidad particular de seguridad y con el carácter técnico de numerosas disposiciones incluidas en acuerdos relacionados con la OMC.

¹⁶ Las pautas tenidas en cuenta para la interpretación de los tratados de derechos humanos son. a) la naturaleza de los deberes de los Estados Partes; b) que no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos; c) el principio de interpretación que las disposiciones de limitación se interpretarán y aplicarán de forma restrictiva; d) la regla de eficacia; f) Interpretación evolutiva. Los derechos humanos no son estáticos y por lo tanto la protección efectiva de estos derechos implica tener en cuenta la evolución y cambios del derecho y la sociedad; f) La interpretación del texto a la luz del objeto y fin; g) Interpretación autónoma. En estrecha relación con la regla de interpretación evolutiva es la regla de interpretación autónoma. Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

carácter de las disposiciones sustantivas de los tratados de derechos humanos que se ocupan de los derechos de la personas en una sociedad en evolución. c) Teniendo en cuenta los acuerdos y prácticas ulteriores. Las razones de que algunos órganos decisorios a menudo se centren en el texto, y otros lo hagan más en el objeto y fin, puede no depender únicamente de la materia específica objeto de las obligaciones convencionales en cuestión sino también a la forma en que están redactadas las disposiciones y a otros factores, como la antigüedad del régimen convencional. Los tribunales, en su mayoría, reconocen que los acuerdos y las prácticas ulteriores, en el sentido del artículo 31 3) a) y b) de la CV69, son un medio de interpretación que debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar tratados.

El tema referido (interpretación auténtica – prácticas ulteriores), lleva varios años de tratamiento en el seno de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en la que se debate la posible modificación de los tratados por acuerdos y prácticas ulteriores y la relación de estos con los procedimientos de modificación formales. Con ese fin se encuentran analizando temas como el reconocimiento general de los acuerdos y prácticas ulteriores como medio de interpretación de los tratados; la impor-

autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les da en la legislación nacional. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos insisten en el carácter especial de los tratados de derechos humanos que aplican y afirman que este carácter especial incide en el enfoque utilizado para su interpretación. La Corte Penal Internacional y otros tribunales penales (Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y Tribunal Penal Internacional para Rwanda) aplican ciertas normas especiales de interpretación que dimanar de principios generales del derecho penal y de los derechos humanos. No obstante, ni los tribunales regionales de derechos humanos ni los tribunales penales internacionales, cuestionan la aplicabilidad de la norma general contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como base para su interpretación de los tratados.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

tancia del papel que conceden diversos órganos decisorios a la práctica ulterior entre los distintos medios de interpretación; el concepto de la práctica ulterior, incluido el aspecto del momento a partir del cual puede considerarse que una práctica es “ulterior”; posibles autores de prácticas ulteriores pertinentes; así como la **interpretación evolutiva** como forma de interpretación con un propósito específico a la luz de la práctica ulterior. La interpretación evolutiva es una forma de interpretación orientada al fin. Puede estar guiada por la práctica ulterior en un sentido limitado y en un sentido amplio¹⁷. Por ello es importante el tema de determinar el concepto de práctica ulterior como medio de interpretación. La mayoría de los órganos decisorios no han definido el concepto de práctica ulterior, vinculada a la **interpretación evolutiva** como forma de interpretación. La definición acuñada por el Órgano de Apelación de la OMC -secuencia concordante, común y consistente de actos o pronunciamientos que es suficiente para establecer una pauta discernible que implique el acuerdo de las partes- (real intención de las partes al celebrar el tratado), combina el elemento de la “práctica” (secuencia de actos o pronunciamientos) con el requisito del acuerdo (concordante, común) con arreglo a lo previsto en el artículo 31 3) b) de la CV69 (práctica ulterior en sentido limitado). No obstante, otros órganos decisorios han utilizado también el concepto de “práctica” como un medio de interpretación, sin

¹⁷ El Órgano de Apelación de la OMC, que sigue un enfoque orientado al texto, únicamente ha adoptado en algunas ocasiones, de manera expresa, una interpretación evolutiva. Entre los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido con frecuencia una interpretación evolutiva inspirada, de manera explícita, por la práctica ulterior, mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos en raras ocasiones han recurrido a la práctica ulterior. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar parece recurrir a una interpretación evolutiva análoga a la de alguna jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

referirse a un acuerdo discernible entre las partes ni exigir dicho acuerdo (práctica ulterior en sentido amplio).

La práctica ulterior pertinente puede estar constituida por actos de cualquier órgano del Estado (del poder ejecutivo, legislativo y judicial) que puedan atribuirse a un Estado a los fines de la interpretación de un tratado. En ciertas circunstancias, dicha práctica puede abarcar, incluso, la “práctica social”, en la medida en que quede reflejada en la práctica del estado. Existe un reconocimiento general de los acuerdos y prácticas ulteriores como medio de interpretación de los tratados, incluido el aspecto del momento a partir del cual puede considerarse que una práctica es “ulterior”, como así también el consenso que tales prácticas tienen relación con los procedimientos de modificación de los tratados.

Las conclusiones del Grupo de Trabajo de las CDI de 2012, muestran que para servir como medio de interpretación, la práctica ulterior debe reflejar la posición de una o más partes con respecto a la interpretación de un tratado. Los órganos o tribunales que se han referido a ellas, no han requerido que, necesariamente, la práctica ulterior refleje expresamente una posición acerca de la interpretación de un tratado, ya que han considerado la posibilidad que esa posición esté implícita en la práctica; La naturaleza y contenido del régimen normativo de que se trate, y el carácter específico de la práctica ulterior, son factores a tener en cuenta al momento de la interpretación. En algunos casos, la especificidad de la práctica ulterior no es determinante, ya que se tienen en cuenta otros elementos como el número de Estados que la han realizado de manera activa o con su silencio o falta de protesta la han aceptado tácitamente.

Si bien es cierto que los acuerdos y prácticas ulteriores son medios válidos a los fines de interpretación de un tratado, tal afirmación se torna cuestionable en lo referido a si la aplicación de

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

un acuerdo o práctica ulterior pueda tener el efecto de modificar, suspender o dar por terminadas las obligaciones derivadas de un tratado. Entendemos que existe tal posibilidad teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en varios de últimos pronunciamientos en el sentido de que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto.

VI. Normas internacionales que fijan un límite. Posibles excepciones a la prohibición de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. El principio del *uti possidetis*. Los tratados en el tiempo

La mayoría de los límites entre Estados se fijan mediante tratados, sin perjuicio que en determinados casos se determinan por decisiones judiciales o arbitrales, o por la costumbre internacional¹⁸.

La necesidad de dotar de permanencia y seguridad a los límites internacionales, ha dado lugar en el orden internacional al principio de “estabilidad de las fronteras” y, en su caso, al de “intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización”. En virtud de ellos, los Estados tienen una obligación jurídica de respetar las fronteras internacionales, que limita su voluntad al momento de fijar las fronteras territoriales.

¹⁸ Ejemplo de las delimitaciones producto de la costumbre, son las fronteras de un Estado demarcadas de acuerdo al principio de efectividad, es decir, del área en que efectivamente el Estado ejerce su soberanía territorial. Este principio es válido para aquellos territorios ocupados por el Estado constituido desde épocas inmemoriales, o bien cuando se tratare de un territorio sin dueño, aspecto de difícil aplicación en nuestros días, ya que prácticamente no existen territorios “*res nullius*”. El problema está planteado en las zonas polares, especialmente en el continente antártico, respecto del cual las discusiones siguen vigentes.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Tanto la Convención sobre el Derechos de los Tratados (1969), como la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materias de Tratados (1978), contienen normas sobre el particular. La primera establece en el artículo 62.2.: *Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él: a) Si el tratado establece una frontera; y la Convención de 1978, en su artículo 11 prescribe: Una sucesión de Estados no afectará de por sí: a) A una frontera establecida por un tratado; ni b) A las obligaciones y derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera.*

Estas normas convencionales no hacen más que ratificar que los límites no pueden fijarse ni modificarse por la voluntad unilateral de los Estados, sino por acuerdo de partes o normas internacionales. Los tratados de límites tienen una naturaleza especial de permanencia en el tiempo.

También en materia de demarcación de territorios, algunos Estados, especialmente los surgidos de un proceso de descolonización, han invocado el principio del “*uti possidetis*” a los fines de la fijación de sus límites basándose en el territorio que poseían al tiempo de la independencia de la potencia colonial de la cual dependían. Esta expresión usada en Roma para proteger la posesión (*uti possidetis... uti possideatis*: “como poseéis, así poseeréis”), y que fuera esgrimida por España para señalar hasta donde llegaban sus derechos en sus dominios coloniales, fue alegada por los Estados Americanos, como sucesores de aquella, y aplicada en numerosos tratados de límites y arbitrajes en América. De este modo, dichos Estados se consideraron poseedores de los territorios que pertenecían de “*iure*”, en el momento de la declaración de su independencia, a los reinos de España y Portugal, y de conformidad a los límites de naturaleza administrativa de sus respectivas Provincias.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

Este procedimiento de difícil aplicación, a veces por su imprecisión y extensión, y otras por la falta de conocimiento del terreno o la deficiencia de títulos invocados, fue utilizado con el propósito de evitar o resolver los litigios fronterizos, y, en la mayoría de los casos consiguió ese objetivo, permitiendo la solución pacífica de aquellas cuestiones. El principio en sí mismo puede ser invocado por las partes por consenso, ya se encuentre dentro de las normas aplicables establecidas en un compromiso arbitral, ya porque a él se hace referencia en tratados de límites u otros compromisos suscriptos por las partes. Las decisiones judiciales o arbitrales que se fundan en este título, son simplemente declarativas, ya que no adjudican un territorio a una de las partes en conflicto, sino que se limitan a declarar la existencia del título en base al principio.

Se trata en definitiva de un principio de derecho internacional rescatado por los Estados americanos a fin de *constatar* que en determinada época (1810), los límites de los nuevos Estados eran las fronteras de las demarcaciones españolas de aquél entonces. Este procedimiento demarcatorio de límites, ha recobrado importancia en los últimos años, a raíz del proceso de descolonización de los países africanos.

Según Barberis¹⁹, “La regla de *uti possidetis* no es una norma jurídica en sí misma ya que sólo posee valor jurídico convencional”; sólo constituye una regla técnica para fijar límites en los casos de descolonización; “no es posible hallar en la Jurisprudencia ningún precedente en que, a falta de norma aplicable para fijar un límite, el juez o árbitro hayan acudido a título supletorio al *uti possidetis*”, ni tampoco que haya sido reconocida o aplicada a título de costumbre regional. En una postura radicalmente opuesta se encuentra la

¹⁹ BARBERIS, J. *Fuentes del derecho internacional*, La Plata, 1973.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sentencia de la CIJ de 1986²⁰ que sostiene que el deber que tienen los Estados de respetar los límites y fronteras, tiene íntima vinculación con el “principio de la intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización” y éste, con el *uti possidetis*. Según la Corte, este último es un principio bien establecido en derecho internacional en materia de descolonización; que implica la transformación de los límites administrativos en fronteras internacionales propiamente dichas y, en consecuencia, constituye un principio general necesariamente vinculado a la descolonización donde quiera que ésta se produzca.

Por otra parte, *el uti possidetis* acredita un título jurídico que tiene un valor superior a la posesión efectiva como base de la soberanía. El principio del *utti possidetis*, afirma la Corte, se mantiene en el rango de los principios jurídicos más importantes, por lo que no puede ponerse en duda su aplicabilidad.

Como se puede observar, por lo menos dos fuentes principales del derecho internacional están referidas directamente a los principios de “estabilidad de las fronteras” y, en su caso, al de “intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización”. La fuente convencional, se encuentra principalmente en la CV69, que como hemos expresado anteriormente, constituye ya una norma de derecho internacional general; la segunda, en el reconocimiento de que el *uti possidetis* constituye un principio general de derecho. En ambos casos entendemos que tanto la práctica internacional como la jurisprudencia de la CIJ, han flexibilizado tales principios teniendo en cuenta elementos de distinta naturaleza y cambio de circunstancias que condicionan la debida interpretación y aplicación de los mismos.

²⁰ Asunto de la controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali. CIJ. Sentencia 22.12.1986. Reports, 1986.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

En casos de fronteras establecidas por tratados, en la actualidad se encuentran a consideración de la CIJ dos procesos: a) El caso de Perú c. Chile, en el que se discute la naturaleza jurídica de determinados acuerdos, el silencio o aquiescencia, prácticas ulteriores, etc. a los fines de una debida interpretación; b) El de Bolivia c. Perú, en el que implícitamente se está cuestionando la vigencia del tratado de paz que puso fin a la guerra del pacífico y que ante un cambio fundamental de las circunstancias una parte insta a la otra jurisdiccionalmente para negociar ese tratado y obtener una salida al mar.

El otro reciente caso de límites resuelto por la CIJ (Níger c. Burkina), en el que juega un rol importante tanto el principio del *uti possidetis*, como acuerdos entre las partes, se observa una inclinación, reflejada en las opiniones individuales y separadas de algunos de los miembros de la CIJ, a cuestionar la intangibilidad de los tratados internacionales e inmutabilidad del principio del *uti possidetis*, atendiendo a un cambio radical de circunstancias y a razones de humanidad, aduciendo la equidad como principio rector para la interpretación y aplicación de las normas internacionales.

Nos referiremos a los casos citados anteriormente para resaltar los aspectos que estimamos relevantes sobre el tema que nos ocupa.

VII. Perú c. Chile

Las particularidades que presentan el caso Perú c/ Chile sobre delimitación marítima que se sustancia por ante la Corte Internacional de Justicia se acerca a su etapa final. La sentencia determinará el ser, lo que no necesariamente será el deber ser, de una controversia que tiene en sus alforjas décadas de desavenencias y desconfianza. Una de las cuestiones que se constituyen en centrales dentro del proceso bajo análisis es el reconocimiento de jerarquía

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

convencional de determinado instrumento al momento de su celebración como es el caso de la Declaración de Santiago de 1952, y particularmente si dentro de las categorías de tratados estamos en presencia de un tratado de límites.

La segunda cuestión que nos resulta de interés en este breve análisis es si en el presente se configura un caso de cambio fundamental en las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*) que se pueda invocar como causa de terminación o modificación de un tratado. Semejante alteración podría estar constituida por la celebración y entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) de 1982. Para Perú la DS52 no se concibió como un tratado, sino como una proclamación de política internacional marítima de tres estados y su carácter declarativo está claramente reconocido. Sin embargo, reconoce que tiempo después, al ser ratificada por los Parlamentos, adquirió tal rango. Destaca que cuando se sometió al tratamiento del Parlamento peruano se expresó que una de las razones era que tenía un *carácter simplemente declarativo*. Entiende que se trataba de un instrumento provisorio que no reviste los caracteres de un tratado fronterizo, no define una frontera y no da las coordenadas geográficas de ninguna línea fronteriza. No contiene un mapa, sino que su objeto y fin estaba vinculado a cuestiones de pesca muy específicas. Para Perú la Convención Complementaria sobre la Zona Marítima de 200 mm de 1954 tampoco era un tratado de límites sino que tenía por fin limitar las fricciones entre los pescadores y no puede entenderse como una renuncia tácita por anticipación a sus derechos marítimos. Este convenio establece una zona especial a partir de las 12 mm de la costa, de 10 mm de ancho a cada lado del paralelo y expresa que *constituye el límite marítimo entre los dos países*. Entiende que en esa época se trataba de espacios que eran Alta Mar. Era un instrumento secundario y no un tratado fronterizo internacional. No especifica las coordenadas geográficas de esta zona marítima. Considera que la

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

propuesta peruana de instalación de dos faros no estaba destinada a ser parte de un trazado de una frontera marítima internacional oficial sino de una solución bilateral pragmática a los problemas causados por los pescadores. Perú se contacta con Chile en 1986 para la delimitación lateral marítima a raíz de la CNUDM, de la que no es parte y aún no estaba vigente a esa fecha. Expresa Perú que *La definición de nuevos espacios marítimos, como consecuencia de la aprobación de la Convención sobre el Derecho del Mar, que contó con el voto del Perú y de Chile, y la incorporación de sus principios a la legislación interna de los países, agrega un nivel de urgencia, pues ambos Estados deberán definir las características de su mar territorial, de la zona contigua y de la zona económica exclusiva, así como de la plataforma continental, o sea el suelo y el subsuelo del mar, también hasta las 200 millas, incluyendo la referencia a la delimitación de dichos espacios en la vecindad internacional.*

Por su parte para Chile las partes ya han delimitado sus fronteras marítimas por medio de un acuerdo que es la DS52 en donde se estipula que la línea de frontera marítima entre Chile y Perú y el Ecuador y Perú es el paralelo. Considera que el reclamo de una zona de Alta Mar es contradictorio con la posición peruana de que no existe frontera convencional con Chile. Expresa que si esta tesis fuese correcta la línea de equidistancia delimitaría la zona reivindicada y comprendería la zona de alta mar y no sería necesario hablar del triángulo exterior. La reivindicación de Perú sobre la zona de alta mar no puede ser considerado como una demanda subsidiaria a su demanda principal. Para Chile la pretensión peruana pone en crisis la regla fundamental de la *pacta sunt servanda* y de la estabilidad de las fronteras. Considera revelador Chile que cuando Perú por primera vez en 1986 propone renegociar la demarcación marítima vigente, se debe a que consideraba que las zonas marítimas que surgieron con la CNUDM exigían rever las delimitaciones existentes y no sostenía que no existía frontera marítima convencional entre los dos países. Después de 1986 Perú sigue reconociendo la frontera

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

existente y a fin de 1990 declara que ninguna cuestión fronteriza pendiente queda entre Chile y Perú. Es en el año 2000 que Perú cambia de posición. El Convenio de Lima de 1954, complementario de la DS52, reconoce a la época de su conclusión que una frontera marítima ya existía entre las Partes, según la posición chilena, y en su artículo primero reenvía al paralelo que constituye la frontera marítima entre los dos países. Entiende que Perú es conciente que la DS52 efectúa la delimitación marítima entre ambos. Su posición es que esta delimitación no es específica de las zonas marítimas establecidas en la CNUDM. Para Chile no existe diferendo, no hay controversia. Explica que la tesis sostenida por Perú impone a la Corte resolver sobre una cuestión que los Estados parte del pacto de Bogotá no incluyeron dentro de la materia de su competencia y que el pacto excluye expresamente por tratarse de cuestiones resueltas por acuerdo de partes. Afirma que la DS52 siempre ha sido un tratado. Los tres Estados partes han adoptado un acuerdo internacional enunciando los derechos y obligaciones regidas por el derecho internacional, y a la fecha de la cual sus representantes han firmado la DS52, el 18 de agosto de 1952, y no en virtud de un cualquiera acto unilateral efectuado ulteriormente por uno u otro de los órganos internos de los Estados. Es lo que está consignado en el Registro de tratados de las Naciones Unidas al momento de su registración, que fue efectuado conjuntamente por los tres Estados. Expresa que el artículo IV de la DS52 indica que la zona marítima general de los países quedará limitada por el paralelo del punto en que llega al mar la frontera terrestre de los Estados respectivos. Para Chile la falta de claridad del artículo IV se debe a que Perú y Chile ya en 1947 habían declarado unilateralmente que su zona marítima estaba limitada por los paralelos. Concluye que la DS52 establece un límite lateral único para todas las zonas marítimas, actuales y futuros, de los Estados partes. Perú está privado por la DS52 de la posibilidad de ejercer los derechos soberanos o una jurisdicción al sud del paralelo.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

La primera respuesta que deberá dar la Corte Internacional de Justicia en su sentencia puede ser definitiva, ¿existe en este caso una verdadera controversia?, ¿se encuentra la cuestión planteada por Perú resuelta por acuerdos previos? Sin duda que se trata de respuestas que pueden significar el naufragio de la pretensión peruana en las revueltas aguas del Pacífico. Si la cuestión es considerada resuelta por la Corte por vía de acuerdo correspondería que la Corte rechace la demanda peruana. Para ello la Corte deberá contestar sobre: a) si se acordó y cómo sobre el punto de la frontera terrestre desde donde debe partir la delimitación marítima, b) si los Estados han efectuado previamente una delimitación marítima por vía de acuerdo y, finalmente; c) cuál es el destino del llamado triángulo exterior.

La aparente debilidad de la pretensión peruana, puede no ser tal si tenemos en cuenta la complejidad de las cuestiones a que debe abocarse la Corte. En materia convencional adquiere relevancia la determinación de la naturaleza jurídica de la DS52. Se evidencia una notoria falta de claridad en sus disposiciones respecto de la existencia de una delimitación marítima. Sin embargo, los acuerdos posteriores, la práctica posterior (efectividades), e incluso las opiniones de especialistas parecen tener un efecto saneador de las debilidades de la DS52 favoreciendo las pretensiones chilenas, pero esto no quita que se trate de un instrumento que no cuenta con los requisitos usuales de un tratado de límites, tales como precisión en su terminología, determinación de coordenadas o un mapa que ilustre lo acordado. Un tema que puede jugar su rol en la sentencia es la sanción de la CNUDM en 1982, treinta años después de la DS52, ¿puede la sanción de la CNUDM considerarse un cambio fundamental en las circunstancias que justifiquen la realización de una delimitación?, no se trata de un posibilidad descabellada, aunque en tal sentido hay que destacar que Perú no es parte de la misma y que la DS52 es uno de los principales antecedentes de la creación de los nuevos espacios marinos. Sin embargo, el derecho a

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

una Zona Económica Exclusiva y a una Plataforma Continental de hasta 200 mm, contadas desde las líneas de base desde donde se cuenta el mar territorial, son normas de naturaleza consuetudinaria y en su fijación todo puede pasar. Las posibilidades de Perú crecerán en la medida que la Corte se haga eco de sus argumentos. Acceder a la soberanía sobre el Triángulo exterior, lograr la razón en cuanto al emplazamiento del punto Concordia, la fijación de una línea media a partir de las 12 mm donde termina el mar territorial o desde el punto en que la frontera terrestre toca el mar, o la utilización de otro tipo de medio para efectuar la delimitación que no sea la del paralelo son todas medidas que significarán una victoria para Perú. Mientras que la única victoria de Chile reside en el rechazo total de las pretensiones peruanas algo a lo que la Corte no nos tiene acostumbrados.

VIII. Bolivia c. Chile

El Pacto de Bogotá nuevamente demostró que está vivo al presentar Bolivia su demanda introductoria de instancia ante la Corte Internacional de Justicia con el fin de lograr el tan ansiado acceso al mar, aquél que perdiera luego de una guerra con Chile. Conforme lo estipulado por el art. XXXI del Pacto Bolivia considera que la controversia se verifica en virtud de que existe una obligación para que se le permita la salida al mar, que dicha obligación se encuentra incumplida a la fecha y que el obligado a cumplirla es Chile. Bolivia solicita a la Corte que declare que Chile tiene la obligación de negociar con Bolivia con el fin de llegar a un acuerdo garantizando un acceso plenamente soberano al Océano Pacífico, que a la fecha no ha cumplido con esa obligación y que la debe cumplir de buena fe, de forma oportuna y eficaz de manera que se asegure Bolivia el acceso al mar. Bolivia se reserva el derecho de solicitar el establecimiento de un tribunal de arbitraje, de conformidad con lo establecido en el artículo XII del Tratado de Paz y Amistad firmado con Chile el 20 de octubre 1904 y el Protocolo de

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

16 de abril de 1907 en el caso de una disputa referida a ese tratado. Se trata de una causa que está en ciernes, la Corte ha previsto que Bolivia presente su memoria el 17 de abril de 2014 y que Chile presente la contra memoria el 18 de febrero de 2015.

No se puede evitar hacer una comparación entre este caso y el que está pronto a resolverse entre Perú y Chile, todos partícipes del mismo conflicto armado en el que los demandantes sufriesen la pérdida de parte de sus territorios. En ambos casos se suscribieron convenios vigentes que resolvieron sobre la nueva configuración física de los Estados. Sin embargo de manera sistemática Bolivia ha reclamado a Chile el acceso al mar. El tratado de Paz y Amistad de 1904 entre ambos Estados establece en su artículo VI que *La República de Chile reconoce en favor de la de Bolivia y a perpetuidad, el más amplio y libre derecho de tránsito comercial por su territorio y puertos del Pacífico. Ambos Gobiernos acordarán, en actos especiales, la reglamentación conveniente para asegurar, sin perjuicios para sus respectivos intereses fiscales, el propósito arriba expresado. Y en su artículo VII que La República de Bolivia tendrá el derecho de constituir agencias aduaneras en los puertos que designe para hacer su comercio. Por ahora señala por tales puertos habilitados para su comercio, los de Antofagasta y Arica.*

En recientes declaraciones el Presidente de Bolivia Evo Morales expresó: *No estamos pidiendo que se de el cumplimiento del tratado, sino la devolución de la salida al mar con soberanía* argumentando que aquel pacto firmado fue *un tratado forzado, un tratado impuesto bajo amenazas* el cual *perjudica* a Bolivia. Al igual que en el caso entre Perú y Chile nuevamente, con otros argumentos, se controvierte la validez de un tratado de vieja data. Mientras que en el caso Peruano se duda de la naturaleza jurídica de tratado de un instrumento (Declaración de Santiago de 1952) en este caso se ataca al tratado por haber sido suscripto bajo amenazas en contra del propio Estado boliviano.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

IX. Níger c. Burkina Faso

Burkina Faso y Níger representan claros ejemplos del rancio colonialismo europeo; pobreza, reducida expectativa de vida y una endeble organización jurídica política²¹. Luego de su independencia, Burkina Faso y Níger lograron llevar adelante un período pacífico de delimitación de sus fronteras para lo que crearon una Comisión Técnica Mixta, sin embargo, quedaron pendientes de delimitar algunos tramos que ambos Estados decidieron someter, compromiso mediante, a la competencia de la Corte Internacional de Justicia. En el compromiso se solicitó a la Corte que, como parte del derecho aplicable, se tenga presente el Principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización, más conocido en nuestro medio como el *uti possidetis iuris*²². En Burkina Faso/Níger la Corte no

²¹ Ambos Estados se encuentran ubicados en el África Occidental y tienen otros puntos en común: fueron colonizados por Francia, se independizaron en el mismo año (1960) con diferencia de días, están entre los Estados con el mayor índice de natalidad del mundo, y el abanico se completa con la carencia de litoral marítimo, mediterraneidad que reduce aún más los recursos disponibles para sus pueblos. Pertenecían al África Occidental Francesa (AOF) que fue una federación creada por la metrópoli en 1895 y estaba integrada por Senegal, Sudán francés (Mali en la actualidad), Guinea y Costa de Marfil, en 1904 estaba integrado por ocho territorios franceses en África: Mauritania, Senegal, Sudán Francés, Guinea, Costa de Marfil, Níger, Alto Volta (ahora Burkina Faso) y Dahomey (ahora Benín). La AOF dejó de existir en 1958 cuando se creó la Comunidad Francesa en la cual, con excepción de Guinea que votó por la independencia, todos los Estados votaron por ser repúblicas autónomas. Níger y Burkina Faso se integraron a esta Comunidad hasta que el 3 y 5 de agosto de 1960 se independizan totalmente de Francia.

²² Este principio que antiguamente se había utilizado para legitimar conquistas territoriales, con el proceso de descolonización de la América española adquiere un renovado sentido y es alegado por los nacientes Estados latinoamericanos para mantener su integridad territorial como sucesores de la metrópoli, tomando como fronteras las viejas divisiones políticas internas del imperio. Su aplicación no se limitó a los países

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

se aparta de estos fundamentos al destacar que conforme surge del compromiso, entre las normas del derecho internacional aplicable a la controversia se cuentan el principio de intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización y el acuerdo de 28 de marzo de 1987. De este modo, se refieren a las fronteras que existían entre los territorios franceses de ultramar de Níger y el Alto Volta, a la fecha que alcanzaron la independencia (respectivamente 3 y 5 de agosto 1960). Ambos Estados acordaron a través de un Memorandum de Entendimiento del 23 de junio de 1964 que los documentos a tener en cuenta para la delimitación de la frontera común serían la Orden de 1927 (según el texto de la fe de erratas del mismo año) y el mapa 1/200 del Instituto Geográfico Nacional de Francia de 1960. A pesar de que se creó la Comisión Técnica Mixta para cumplir dicho cometido no pudo terminar la tarea. Por lo tanto, la única diferencia entre las partes a la fecha de la introducción de la instancia se refiere a la demarcación de la frontera común entre el punto Tong-Tong y el comienzo de la curva Botou, que es el sector respecto del cual el Comité Técnico Mixto no pudo concluir su trabajo con éxito y que las partes someten al Tribunal con soluciones divergentes. De esta suerte, para la Corte la controversia se centra en la determinación de la ubicación de la frontera entre los siguientes puntos: 1. Desde el punto Tong Tong hasta el punto Tao²³; 2. Desde

latinoamericanos extendiéndose a los procesos de descolonización en otros continentes. La cúspide de su desarrollo y cristalización normativa como principio general del derecho internacional se produce en 1986 a través de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Burkina Faso/Mali en donde pasa a ser considerado *un principio general, que está lógicamente relacionado con el fenómeno de la obtención de la independencia, dondequiera que ocurra. Su objetivo evidente es el de evitar que la independencia y la estabilidad de los nuevos estados esté en peligro por luchas fratricidas provocadas por el cambio de fronteras tras la retirada de la potencia administradora.*

²³ Este primer punto no ofreció mayores dificultades a la Corte que consideró, como lo había solicitado Burkina Faso, que debía utilizarse una

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Tao hasta el Río Sirba a Bossébangou²⁴; 3. Desde Sirba a Bossébangou hasta la intersección con el paralelo de Sirba y el

línea recta para unir ambos puntos. Níger pretendía un dibujo que se apartase de la línea recta tocando el punto Vibourí basado en un informe del 13 de abril de 1935, sin embargo la Corte lo desestima porque el Alto Volta no existía para esa fecha ya que había sido eliminado por Francia en 1932 como colonia separada integrándola a otras existentes. El Alto Volta fue reestablecido recién en 1947 y para esa fecha la Corte entiende no probado que el punto Vibourí se mantuviese vigente por parte de la administración colonial. Níger no demuestra la existencia de efectividades del periodo colonial en la fecha crítica de la independencia, sin embargo, siguiendo los lineamientos de otras sentencias expresa que aún como efectividad no podría, en todo caso anular el título legal que es la Orden de 1927. La Corte mantiene su tradición respecto de la primacía del título legal sobre las efectividades.

²⁴ La Corte concluye que la Orden de 1927 expresa que el límite intercolonial se extiende hasta el Río Sirba. No acepta la Corte el argumento burkinabé de que en los casos que en un acto de demarcación no se especifique la forma en que se unirán dos puntos estos deben unirse por una línea recta, se funda en que la Orden prevé en dos oportunidades que el límite seguirá en algunos sectores un carácter rectilíneo, por lo que si debe interpretarse en el sentido que la indicación de dos puntos sin otra precisión deben ser conectados por una línea recta, ¿porqué la Orden contenía disposiciones específicas de sectores en los que se utilizaría una línea recta? Agrega que la Orden fue emitida sobre la base del Decreto del Presidente de la República francesa de 1926 por el que se encomendaba al Gobernador General del AOF fijar el nuevo límite intercolonial entre Níger y Alto Volta quien tenía una gran incertidumbre sobre como se fijaría el camino para unir los puntos y recurrió a los tenientes gobernadores de las dos colonias para determinar el límite intercolonial mediante la identificación de los límites de los círculos y cantones existentes sin indicios de que seguían una línea recta en el sector. Además, es un argumento de peso para la Corte la aldea de Bangaré la que conforme los documentos contenidos en los registros que son contemporáneos con la Orden de 1927 permiten establecer que durante el periodo colonial pertinente y hasta la fecha crítica de la independencia Bangaré fue administrado por las autoridades nigerinas. En defecto de la Orden de 1927 la Corte mantiene la ruta que sigue el mapa IGN de 1960. Respecto de Petelkolé y Oussaltane entiende la Corte que ambos se encuentran del lado burkinabé, tanto si se fija una línea recta como si se

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

paralelo de Say; 4. Desde este último punto hasta el punto situado a 1.200 metros al oeste de la aldea de Tchenguiliba²⁵

Con respecto al tercer punto (Desde Sirba a Bossébangou hasta la intersección con el paralelo de Sirba y el paralelo de Say), para la Corte, según la Orden de 1927 *es evidente que los resultados de la línea de frontera llega al río Sirba y no al pueblo de Bossébangou*. Rechaza los argumentos de costa seca en perjuicio de alguno o la posibilidad de atribución de la totalidad del río a una u otra parte. *En este sentido, la Corte observa que el requisito de acceso al agua para todos los habitantes de pueblos de los alrededores es mejor satisfecho por una frontera emplazada en el río que en una u otra rivera*. La trascendental importancia del agua para las poblaciones prima en la respuesta de la Corte sobre este sector. Para la Corte el punto final de la línea fronteriza en la región de Bossébangou se encuentra en la línea media del río Sirba por ser un río no navegable y por ser la que mejor cumple los requisitos de seguridad jurídica para determinar un límite.

Si bien el fallo en cuestión contiene disposiciones precisas sobre las pretensiones en lo referente a la delimitación de la frontera entre los dos Estados y fue emitido por unanimidad de todos los integrantes de la Corte, las opiniones individuales de algunos de sus

mantiene la línea del mapa IGN de 1960, y si bien es cierto que, como regla general, las efectividades se pueden utilizar para compensar la falta de título jurídico o completar un título incompleto, no se verifica en el presente caso ya que el acuerdo de 1987 obliga a la Corte en caso de insuficiencia de la Orden de 1927 a utilizar el mapa IGN de 1960 independientemente de que hubiere una discrepancia con las efectividades.

²⁵ La Corte entiende que la Orden en esta parte de la frontera específica que se extiende en línea recta. No hay insuficiencia en la Orden para la Corte en este punto. *La Corte considera que en esta parte de la frontera, la línea se compone de una línea recta entre la intersección del paralelo de Say y la margen derecha del río Sirba y el comienzo de la curva Botou.*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

miembros, demuestran un nuevo rasgo de pensamiento sobre temas como los que estamos tratando, cuales son, los tratados en el tiempo y el cambio de circunstancias que les dieron origen, fundamentales a la hora de aplicación de un tratado, y particularmente de uno de límites, en cuanto a causas posibles que hacen a su modificación e incluso a su terminación.

Siguiendo con su postura actual la Corte, en cuanto a la fecha crítica y al factor tiempo, mantiene su posición de que los tratados deben interpretarse y aplicarse en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación, y no en el momento de la elaboración o adopción del texto. En este sentido, considera que puede recurrirse al derecho colonial, no como derecho actual, (como vínculo jurídico entre este y el derecho actual (*continuum juris*), sino como un elemento de hecho, entre otros, o como medio de prueba y demostración a lo que se ha llamado “el legado colonial” (*asunto de la Controversia fronteriza* (Burkina Faso / República de Malí), Sentencia, ICJ Reports 1986, pág 568, párr. 30).

El objeto del asunto es trazar la frontera entre Burkina y Niger, o completarla, aplicando una Orden del Gobernador General del África Occidental Francesa (AOF) 1927.

Los trazados de los límites y fronteras internacionales y los procedimientos para efectuarlos, tienen como finalidad la necesidad de dotarlos de permanencia y seguridad. En el orden internacional tiene vigencia el principio de “estabilidad de las fronteras” que incluye el de “intangibilidad de las fronteras heredadas de la colonización”. En virtud de ellos, los Estados tienen una obligación jurídica de respetar las fronteras internacionales. Estos principios están íntimamente relacionados con los de respeto a la soberanía y a la integridad territorial de cada Estado. El principio de inviolabilidad de las fronteras se encuentra implícito en el de integridad territorial. En este último es donde la Corte parece haber encontrado que

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

contiene, implícitamente, el principio del *uti possidetis* aplicable en cuestiones de límites a todos los Estados africanos. La aplicación del mismo se torna necesario para respetar la prohibición que tienen los Estados de alterar las fronteras existentes por la fuerza, establecido claramente en la Declaración de las Naciones Unidas 1970 sobre los principios de Derecho Internacional (Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General), según el cual: “*Todo Estado tiene el deber de abstenerse de la amenaza o al uso de la fuerza para violar las fronteras internacionales existentes de otro Estado o como medio de resolver las controversias internacionales, incluidas las disputas territoriales y los problemas relativos a las fronteras*”.

El principio de la inviolabilidad de las fronteras puede considerarse que constituye un elemento básico del principio más amplio de la integridad territorial de los Estados. Sin embargo, cabe señalar que, en general, la inviolabilidad no significa invariabilidad o intangibilidad de las fronteras. Esto significa que los cambios territoriales, de conformidad con el derecho internacional, pueden realizarse de mutuo acuerdo, o por otros medios de solución pacífica de controversias. Los instrumentos de la OUA / UA prescriben el principio del respeto de las fronteras existentes en el logro de la independencia, e implícitamente reconocen su inviolabilidad con el fin de garantizar la paz y la estabilidad en el continente africano²⁶.

Tres jueces del CIJ hacen referencia a los tratados en el tiempo, cuestionando su aplicación a la luz del derecho actual. “El fantasma de los resultados de la Conferencia de Berlín (1885 en adelante) por fin ha desaparecido; ya no es la África inquietante, con sus culturas seculares. Las complejidades y problemas que existen en la frontera africana no pueden reducirse al simple trazado de líneas

²⁶ Opinión del Juez Yusuf.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

rectas “artificiales” en todas partes²⁷. La época de resolver las disputas territoriales en abstracto, sin tener en cuenta las necesidades de las poblaciones locales, ha sido superada. El trazado de las fronteras siguiendo el modelo de Westfalia, está muy lejos de la herencia cultural de esta región²⁸. Este caso, ya no trata de una simple cuestión de límites administrativos internos de una misma colonia, está referido a una frontera internacional entre dos Estados independientes y soberanos. Aunque no existe una regla fija, los tratados que establecen un límite en la orilla opuesta, de hecho poco frecuente, se concluyeron en tiempos lejanos y no responden a la práctica actual que establecen preferiblemente ya sea el talweg o la línea media de acuerdo de acuerdo a si el río es navegable o no²⁹.

En el fallo existe una referencia indirecta al *uti possidetis* en el artículo III, párrafo 3, de la Carta de la OUA que declara la adhesión de sus Estados miembros con el principio de “respeto a la soberanía y la integridad territorial de cada Estado y de su derecho inalienable a la vida independiente”. Como hemos expresado precedentemente, la referencia al principio de integridad territorial parecería que contiene el principio del *uti possidetis* aplicable a todos los Estados africanos. La Carta de la OUA fue reemplazada por la Ley Constitutiva de la UA el 26 de mayo de 2001. Así, el artículo III, párrafo 3, ya no existe. En su lugar, uno de los objetivos de la Ley Constitutiva de la Unión Africana, es el de “defender la soberanía, la

²⁷ En el presente caso de la Controversia fronteriza entre Burkina Faso y Níger, la CIJ ha encontrado que, en la zona comprendida entre el marcador astronómico Tao y Bossébangou, la línea IGN fue el que constituye el curso de su frontera. La línea de IGN en esa zona es de hecho la línea fronteriza apropiada en el mismo, por todas las razones que he señalado en el presente Voto Razonado, desde la perspectiva de las relaciones entre las personas y el territorio. Opinión separada del Juez Cansado Trindade.

²⁸ Opinión del Juez Bennouna.

²⁹ Opinión del Juez ad hoc Daudet.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

integridad territorial y la independencia de sus Estados miembros” (art. 3, párr. (B). Quizás esta evolución del principio de la integridad territorial de los instrumentos constitutivos de las organizaciones pan-africanas ya arrojan algo de luz sobre la distinción entre *uti possidetis juris* y la integridad territorial. Es necesario hacer presente la diferencia entre los dos principios, en particular en el contexto de los instrumentos fundamentales de la OUA / UA. Ambos documentos derivan su inspiración en el principio más amplio de la integridad territorial consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, pero ninguno de los dos consagra el principio del *uti possidetis juris*, que tiene un significado y contenido normativo diferente³⁰.

A pesar de que las Partes - Burkina Faso y Níger - invocan el principio del *uti possidetis juris*, este caso es muy diferente a los anteriores de Controversia fronteriza (Burkina Faso / Mali) (ICJ Reports 1986) y la Controversia fronteriza (Benin / Níger) (ICJ Reports 2005). En el presente caso, Burkina Faso y Níger firmaron un acuerdo en 1987 sobre la delimitación de su frontera común. Sin embargo, no han podido llegar a un acuerdo, en la interpretación y aplicación del convenio en relación con el curso real de la línea fronteriza. La disputa sometida a la Corte es en este sentido. A diferencia de los casos de delimitación anteriores, esta diferencia entre las Partes, que se refiere a la interpretación y aplicación de un acuerdo internacional, no tiene que ser evaluada a la luz de la ley colonial francesa. En otras palabras, no se requiere a la Corte que aplique el *uti possidetis* producto de la herencia colonial para determinar los derechos de cada una de las Partes. Estas ya lo habían especificado en su propio acuerdo de delimitación. Por lo tanto, a pesar del hecho de que Burkina Faso y Níger heredaron los antiguos límites administrativos del África Occidental Francesa que se

³⁰ Opinión del Juez Yusuf.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

convirtieron en las fronteras internacionales cuando accedieron a la independencia, en este caso, el principio del *uti possidetis juris* no debía ser aplicado, como resultado de la conclusión del acuerdo de 1987 de delimitación entre los dos Estados independientes. En definitiva, lo que se solicita a la Corte, es la interpretación de este acuerdo de delimitación. Sería un error, creer que el principio del *uti possidetis* es sagrado e inmutable en el tiempo respecto al de integridad territorial, es decir, asimilar estos dos principios del derecho internacional³¹.

En este caso la aplicación del principio del *uti possidetis* ha sido “desplazado” por la realidad actual³², ya que la aplicación del *uti possidetis juris* no siempre permite establecer la paz entre los Estados herederos de la descolonización. Por ello es necesario que el tribunal al juzgar casos como éste que están referidos a la aplicación del *uti possidetis juris*, deba tener en cuenta el derecho intertemporal, en el sentido de que el destino de los pueblos interesados, a la hora de la interpretación del derecho colonial, no puede ser ignorado³³.

X. Nuevas pautas de interpretación. El derecho actual. Fines y objetivos. La equidad

³¹ Si uno lee una referencia indirecta a *uti possidetis* en el artículo III, párrafo 3, de la Carta de la OUA por su texto sobre “integridad territorial”, a continuación, se debe llegar a la misma conclusión sobre el artículo 2, apartado 4, de la Carta de las Naciones Unidas. Las dos Cartas se refieren a la integridad territorial, como principio fundamental del derecho internacional y la base fundamental de las relaciones pacíficas entre los Estados, pero ninguno de ellos hace una referencia directa al *uti possidetis juris*. Opinión del Juez Yusuf.

³² Opinión del Juez *ad hoc* Daudet.

³³ Opinión del Juez Bennouna.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

La Corte considera que puede recurrirse al derecho colonial, no como derecho actual, (como vínculo jurídico entre este y el derecho actual (*continuum juris*), sino como un elemento de hecho, entre otros, o como medio de prueba y demostración a lo que se ha llamado “el legado colonial”, tal como lo efectuó en el *asunto de la controversia fronteriza* Burkina Faso / República de Malí. En este sentido, la Corte se comprometió a la aplicación de la ley colonial recurriendo a distintos métodos de interpretación.

De las opiniones individuales de los jueces surge el interrogante si el actual derecho internacional puede apoyarse para el trazado de las fronteras en la ley colonial. La opinión del Juez Benounna es terminante: No es posible efectuar, ni siquiera indirectamente, ninguna legitimación retroactiva de la institución colonial a la luz del derecho internacional contemporáneo. Sostiene que para morigerar esta aplicación estricta debe recurrirse a la utilización de consideraciones de equidad “*infra legem*”³⁴. La ley no puede aplicarse mecánicamente con un excesivo formalismo, y ese sentido elude una interpretación literal, por una más ajustada a la equidad. Así lo sostiene el Juez Daudet, en relación a la decisión de la Corte cuando opta por la línea media para el trazado de la frontera: “*Ajustarse estrictamente al compromiso sin ninguna consideración de equidad,*

³⁴ Esta función interpretativa de la norma jurídica atribuida a la equidad, es la llamada en doctrina “*infra legem*” o “*infra ius*” o “*secundum legem*”. 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. Los jueces pueden considerar razones de equidad en el sentido de que entre varias interpretaciones o aplicaciones posibles de una regla positiva, se escoja aquella que tenga mejor en cuenta la situación individual de las partes en litigio y el conjunto de sus derechos y deberes.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

conduciría a un resultado significativo de excesivo formalismo. La aplicación del principio del uti possidetis ha sido “desplazado” por la realidad actual”.

También las opiniones individuales hacen referencia a la equidad para esbozar un nuevo concepto de soberanía vinculada al deber que tienen los Estados de resguardar los derechos humanos. Para el Juez Cansado Trindade, en la consideración del trazado de las fronteras no pueden ignorarse el factor humano. La Corte ha dado un importante paso adelante en este sentido, reconociendo expresamente que los problemas territoriales deben ser adecuadamente abordados teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones locales. El requisito relativo al acceso a los recursos hídricos de todas las personas que viven en los pueblos ribereños es mejor recibido por una frontera situada en la línea media del río que en una costa u otra. Por lo tanto, la solución que la frontera debe seguir la línea media del río, como medio habitual en los casos de fronteras fluviales entre Estados que comparten ese espacio, significa asegurar la igualdad de acceso a los recursos, especialmente el agua. *“Esta es una solución de sentido común, de base jurídica y equitativa”*³⁵.

En lo referido a este nuevo concepto de soberanía vinculado estrechamente al resguardo de los derechos humanos, el Juez Bennouna expresa: *En la actualidad existe un nuevo concepto de la soberanía. Esta se ha vuelto inseparable de la responsabilidad respecto de la población. Este cambio obliga a los Estados a que adopten las medidas necesarias para proteger los derechos de las poblaciones afectadas. Las realidades geográficas y humanas entre una época y otra han cambiado y la Corte hace que la justicia, casi un siglo después, no pueda dejar de tenerlos en cuenta.* El objetivo de contribuir al fortalecimiento de las relaciones pacíficas entre los Estados, implica garantizar la seguridad humana, es decir, los derechos fundamen-

³⁵ Opinión del Juez ad hoc Mahiou.

Arturo S. Pagliari y Oscar C. Benitez

tales de las personas involucradas y su protección, incluida la justicia internacional. En concordancia con esta nueva visión de la soberanía, el Juez Cansado Trindade entiende que desde una perspectiva histórica o temporal, las poblaciones han precedido en gran medida la aparición de los Estados en el clásico *jus gentium*. Los Estados tienen fines humanos. Fueron concebidos, con el fin de proteger a los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, y a luchar por el bien común.

Del fallo y de las opiniones individuales de varios de los jueces que componen la CIJ se pueden destacar una visión renovada del concepto de la soberanía del Estado resaltando una íntima relación entre el respeto de la solidaridad humana con la necesaria permanencia y seguridad jurídica que deben tener las fronteras; un particular concepto en materia de interpretación de los tratados y principios del derecho, conectado con el factor tiempo en correspondencia con el cambio de circunstancias que les dieron origen; una interpretación en que la equidad pone en jaque una aplicación rígida de los tratados y principios, modificando incluso la inmutabilidad de los tratados que fijan un límite o frontera y de un principio general del derecho como el *uti possidetis* que tiene el mismo objeto o fin, todo ello anteponiendo la realidad y las necesidades sociales actuales en la función de la norma a la aplicación de la ley mecánica y formalista.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

SOBERANÍA Y RECURSOS NATURALES

SOVEREIGNTY AND NATURAL RESOURCES

*Graciela R. Salas**

Resumen: La idea fuerza se inicia con el propio homenaje a los 400 años de la fundación de la Universidad Nacional de Córdoba, durante cuya larga vida no sólo se produjo la creación de la actual Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sino que, superándolas largamente, alumbró a la vida independiente nuestro país. El desafío en esta oportunidad es el de analizar la soberanía sobre los recursos naturales desde una visión americana. Aparece la vinculación con la soberanía, a partir de la cual los recursos naturales y su visión americana merecen un análisis especial, con cuyo objetivo se encara este trabajo.

Palabras - clave: Soberanía – Recursos naturales.

Abstract: The main idea is related to the tribute to the 400th anniversary of the founding of the National University of Córdoba, during hose long life not only produced the actual creation of the Faculty of Law and Social Sciences, but, overcoming them long, independent life birthed our country. The challenge in this work is to analyze the sovereignty over natural resources from an American view. Thus, the objective of this work will be linking sovereignty over natural resources and their American vision, it deserve a special analysis.

Keywords: Sovereignty – Natural resources.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Titular a cargo de la Cátedra “C” de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Sumario: I. Introducción. - II. El concepto de soberanía. - III. El concepto de recursos naturales. - IV. Visión económica de los recursos naturales. - V. Relación soberanía - desarrollo en una visión americana. - VI. Conclusiones.

I. Introducción

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra **universidad**, del latín *universitas*, *-ātis*, tiene diversas acepciones¹, y todas ellas refieren a una unidad, sea de personas, sea institucional, y a no dudarle la *Universitas Cordubensis Tucumanae* continúa con esa tradición, aún en la diversidad.

Es así que convocados a la conmemoración de los cuatro siglos de su creación, no podemos menos que congratularnos y sentirnos honrados por haber formado parte de una pequeña y reciente etapa de esa trayectoria de nuestra *mater universitas*.

¹ 1. f. Institución de enseñanza superior que comprende diversas facultades, y que confiere los grados académicos correspondientes. Según las épocas y países puede comprender colegios, institutos, departamentos, centros de investigación, escuelas profesionales, etc.

2. f. Edificio o conjunto de edificios destinado a las cátedras y oficinas de una universidad.

3. f. Conjunto de personas que forman una corporación.

4. f. Conjunto de las cosas creadas.

5. f. Cualidad de universal.

6. f. Instituto público de enseñanza donde se hacían los estudios mayores de ciencias y letras, y con autoridad para la colación de grados en las facultades correspondientes.

7. f. Conjunto de poblaciones o de barrios que estaban unidos por intereses comunes, bajo una misma representación jurídica.
- de villa y tierra.

1. f. Conjunto de poblaciones o barrios que estaban unidos bajo una misma representación.

Graciela R. Salas

Sabido es que la asignatura Derecho Internacional Público no fue integrada a la Carrera de Abogacía sino bien entrado el XIX². En efecto, su enseñanza se inició en 1857, ya con el período constitucional, en forma conjunta con Derecho Internacional Privado, y fue recién con la reforma del Plan de Estudios de 1887 que alcanzó su individualidad. Al analizar la bibliografía utilizada a partir de entonces vemos que se recurrió a autores de gran trascendencia a nivel nacional e internacional³, que aún hoy son citados por la doctrina moderna, lo que pone en evidencia no sólo la actualización de los docentes de la época sino también la calidad de la enseñanza impartida.

Otra de las características de nuestra asignatura es que siguió los avatares de la vida nacional e internacional, particularmente en relación a los grandes conflictos internacionales. Éstos influyeron en gran medida en su contenido. Así durante gran parte del último siglo el estudio de los conflictos armados ocupaba una importante extensión en el programa de la asignatura. En la actualidad esa característica fue perdiendo fuerza, frente a la necesidad de enfocar su estudio desde la educación para la paz, y viene ganando terreno la solución pacífica de controversias, para no citar sino algunos ejemplos.

Asimismo, otros contenidos del plan de estudios de la Carrera de Abogacía, antes estudiados como compartimientos

² Algunas precisiones al respecto pueden encontrarse en el trabajo de Pedro Yanzi Ferreyra en Cuadernos de Historia. Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas. Roberto I. Peña 12. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. www.acaderc.org.ar/institutos/instituto-de-historia-del.

³ Dicha bibliografía se encuentra en el templete que contiene la Biblioteca particular de Dalmacio Vélez Sarsfield, ubicado en la Biblioteca Mayor de nuestra Universidad, también en los anaqueles de ésta y en la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

estancos, han tendido vasos comunicantes tanto en forma horizontal como vertical, en una profunda y vigorosa interacción, a la que no es ajeno el Derecho Internacional.

En efecto, a poco de la creación de la Primera Cátedra de Instituta, origen de nuestra Facultad de Derecho, se produjo la Revolución de Mayo y todo el proceso independentista en nuestra América Hispánica, sobre la base de los principios de la Revolución Francesa y de la independencia norteamericana. La soberanía hizo pie entonces en nuestro país, conforme a los nuevos vientos que corrían.

Desde ese momento, tímidamente en un comienzo, pero con todo el vigor de los tiempos que corrían, nuestra Universidad fue protagonizando cambios en ocasiones imperceptibles, en ocasiones con la furia de un vendaval, fiel a su tradición de generadora de conocimiento.

Los tiempos que se vivían a su vez fueron provocando transformaciones en la colonial institución, que pasaría por una etapa provincial para constituirse finalmente en universidad nacional⁴. Nadie dudaría que tanto en una como en las otras etapas la mera creación de una universidad implicaba el ejercicio de la soberanía por parte de la unidad política de que se tratara (entonces España), con un rol protagónico en la formación de generaciones de científicos, pensadores, profesionales, hombres públicos, que posteriormente desempeñarían un rol destacadísimo desde las primeras etapas de nuestra independencia.

⁴ En el momento de la Revolución de Mayo estaba en manos religiosas, en el clero secular en su última parte. En 1820 por resolución del gobernador Juan Bautista Bustos fue colocada bajo la órbita provincial. Finalmente fue nacionalizada en 1856.

Graciela R. Salas

La soberanía, en consecuencia, estaba acicateando esas etapas y transformaciones.

Transcurridos 400 años desde la creación de la UNC y más de 200 del nacimiento de nuestra Facultad, ya en el siglo actual, es que volvemos la mirada sobre una pequeña parte de esa soberanía y nos permitimos analizarla desde una concepción actual, sin perder de vista sus contenidos clásicos.

Esa pequeña parte no puede sino estar vinculada en esta oportunidad al territorio estatal, dentro del que existen los recursos naturales.

Intentaremos entonces desentrañar la moderna relación existente entre soberanía y recursos naturales.

II. El concepto de soberanía

Si bien no se trata aquí del estudio de la soberanía desde la ciencia política, partimos de la definición de Jean Bodin (1529 – 1596): “*el poder absoluto y perpetuo de una república*” y al poder como el título en virtud del cual éste dicta sus mandatos y exige la obediencia a los mismos por parte de aquellos a quienes se dirigen, los cuales, a su vez, se consideran obligados por ellos. Al tiempo en que el ilustre pensador formulaba su teoría la república no se diferenciaba aún demasiado de la monarquía como forma de gobierno, pero se encontraba ante el nacimiento del estado moderno, en el que todo estaba por definirse.

Nos encontrábamos también ante el nacimiento del Derecho Internacional, uno de cuyos sujetos esenciales, y primigenio, es precisamente esa construcción política surgida en las postrimerías de la Edad Media, cuando la soberanía se estaba transformando en su nota característica. Y fue sobre esta base que se produjo el

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

proceso de descolonización en nuestra América, con un fuerte acento en la soberanía⁵.

Así llegamos a nuestros días en que la soberanía expresa en DI el conjunto de competencias y derechos de que cada Estado independiente es titular en sus relaciones con otros Estados⁶, concepto en relación al cual hoy predomina la territorialidad. Dentro de ésta ha sido necesario precisar sus alcances, particularmente en relación al ejercicio de esas competencias.

El árbitro Max Huber lo hizo en el caso Isla de Palmas:

“...la soberanía territorial implica el derecho exclusivo de ejercer las actividades estatales. Este derecho tiene por corolario un deber: la obligación de proteger, en el interior del territorio, los derechos de los demás estados, en particular su derecho a la integridad e inviolabilidad en tiempo de paz y en tiempo de guerra, así como los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero. El Estado no puede cumplir este deber si no manifiesta su soberanía territorial de forma adecuada a las circunstancias. La soberanía territorial no puede limitarse a su aspecto negativo; es decir, al hecho de excluir las actividades de otros estados, pues es ella la que sirve para repartir entre las naciones el espacio sobre el que se desenvuelven las

⁵ El ejercicio de esta soberanía en la organización institucional de nuestras jóvenes repúblicas debería superar la etapa de la anarquía. Pero aún durante ésta el principio de soberanía territorial se aplicó con características particulares, en una concepción absoluta que llevó a grandes disputas. Tampoco estuvo exenta de estos grandes cuestionamientos la soberanía sobre la población, como en el origen de los bloqueos anglo – franceses al Río de la Plata durante el gobierno de Juan M. de Rosas.

⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2ª Edición, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 83.

Graciela R. Salas

*actividades humanas, a fin de asegurarles en todos los lugares el mínimo de protección que el Derecho internacional debe garantizar*⁷.

Como puede observarse, se trata aquí de un concepto positivo de la soberanía territorial

Desde su creación, las Naciones Unidas iniciaron un largo derrotero en este tema. Desde la Res. 523 (VI), seguida pocos meses después por la Res. 626 (VII), uniendo en forma inescindible a los principios de soberanía con el de libre determinación de los pueblos, sin que a esas alturas se precisara aún el concepto de soberanía. Le sucedieron otras resoluciones como la Res. 1515 (XV), 1803 (XVII), 2158 (XXI), 2386 (XXIII), 2692 (XXV), 3016 /XXVII), 3171 (XXVIII)⁸. Este tema adquirió así nuevas connotaciones a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando el surgimiento de nuevos estados, consecuencia del proceso de descolonización, planteó una nueva concepción de la soberanía, en un primer momento orientado hacia lo económico⁹, pero posteriormente abarcando otros aspectos.

Traída la cuestión a nuestros días el principio de soberanía se presenta multifacético¹⁰. Es así que diversos autores actualmente hablan de la pérdida paulatina de las características de la soberanía,

⁷ Caso Isla de Palmas. Sentencia arbitral del 4 de abril de 1928. Report of International Arbitral Awards, Vol. II, pág. 839.

⁸ Esta enumeración no es en absoluto exhaustiva.

⁹ SÁNCHEZ, F./VALDERRAMA, A. "La soberanía permanente sobre los recursos naturales, orígenes y contenidos". Consultado el 10.04.13. Disponible en:

http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/20977/1/ADI_V1_1979-80-81_01.pdf

¹⁰ En efecto, a la tradicional que engloba al poder, el territorio y la población, se agregan modernos desarrollos, como la soberanía popular o los derechos que derivan del ejercicio de ese poder sobre los otros elementos constituyentes del Estado como así también de un creciente protagonismo de la persona humana.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

inseparables del Estado-Gobierno y de la legalidad que derivó de ella. Del Estado-Nación, por ende, vamos transitando al Estado-Región; del Estado-Gobierno al Estado-Sociedad Civil; y del Estado Soberano al Estado sometido al Derecho, interna e internacionalmente. Esto llevó a que actualmente no exista consenso respecto del concepto de soberanía ya que, mientras algunos sostienen que ésta se ha debilitado, otros que tiende a desaparecer, mientras que para otros “*la soberanía actúa como factor ordenador de la política internacional y como explicación de los sistemas jurídicos de coordinación y mixtos*”¹¹, dando así lugar a una profundización que trasciende inclusive hasta la creación de procesos de integración o comunitarios en su estadio superior.

De allí que el estudio que pudiera hacerse del concepto de soberanía necesariamente deba circunscribirse a cuestiones puntuales, en este caso la soberanía y los recursos naturales.

Y junto a la necesidad de clarificar los alcances del concepto de soberanía, encontramos también la de precisar el contenido de lo que habitualmente se conoce como *recursos naturales*.

III. El concepto de recursos naturales

La segunda parte del título de este trabajo nos plantea la necesidad de definir los alcances de la expresión *recursos naturales*, de manera que sea posible la delimitación de su objeto, en una concepción moderna.

En efecto, habitualmente se hace referencia a los recursos naturales en forma genérica, sin detenerse a identificarlos con mayor o menor precisión, presumiendo la claridad de esos términos. Sin

¹¹ ARBUET VIGNALI, H. *Claves Jurídicas de la Integración*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004, pág. 292.

Graciela R. Salas

embargo, a poco de analizar esas expresiones constatamos la estrechez de esta concepción al dejar de lado otros recursos que actualmente también pueden ser considerados naturales y que están sometidos a la soberanía del Estado, aunque de una forma solapada, como ocurre con el agua virtual¹².

Como una de tantas definiciones podemos decir que se considera recursos naturales a aquellos bienes materiales y servicios que proporciona la naturaleza sin alteración por parte del ser humano y que son valiosos para las sociedades humanas por contribuir a su bienestar y desarrollo, de manera directa (materias primas, minerales, alimentos) o indirecta (servicios ecológicos).

A partir de allí encontramos diferentes clasificaciones, entre las cuales la más tradicional nos habla de recursos renovables¹³ y de recursos no renovables, para luego citar el suelo, la flora y la fauna, el aire, la energía, el agua, los recursos minerales, la energía eólica y diferentes combinaciones entre ellas.

Es en este punto donde nos enfrentamos a la realidad de nuestro tiempo en la que, luego de las pugnas por el control del carbón y del acero, esenciales para la industria pesada hasta bien avanzado el último siglo, y del dominio de las fuentes de energía como el petróleo, el gas, el carbón o el uranio (combustibles), con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los avances de la tecnología obligaron a la búsqueda de otros recursos como las tierras

¹² La concepción del agua virtual fue desarrollada como teoría en 1993 por el profesor John Anthony Allan, de la Universidad de Londres, y la definió como la cantidad de agua necesaria para distintos usos y especialmente aquella que se utiliza para elaborar distintos productos. Aquí podríamos plantear si la población no se integra también a este concepto ya que es la que pone a esos recursos en condiciones de ser aprovechados.

¹³ Aunque el uso irracional de éstos por parte del hombre los torne a menudo en agotables.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

raras¹⁴, el litio¹⁵, el cobre, el hierro, la bauxita, el níquel, o el cadmio (no combustibles). Y es aquí donde encontramos que nuestro continente no sólo cuenta con uno de los más grandes consumidores de estos últimos, sino también y al mismo tiempo, con aquellos estados que poseen en su territorio las más grandes reservas de estos recursos naturales estratégicos (RNE). En esta parte de América el punto de inflexión estuvo en la localización en las provincias argentinas de Salta, Catamarca y Jujuy de vastos salares ricos en litio, hecho que situó a nuestro país como tercer productor mundial de un componente central de las baterías que requieren los teléfonos celulares, las cámaras fotográficas digitales y las computadoras portátiles. Las prospecciones mineras determinaron la presencia en el ABC regional de un rico “cinturón de litio” que abarca Argentina (en Olaroz, Cauchari, Rincón, Diablillos y Hombre Muerto), Bolivia (en Uyuni) y Chile (Atacama, Mariana y Río Grande).

¹⁴ Las “tierras raras” integran una familia de elementos (óxidos e hidróxidos) de nombre exótico también conocida “lantánidos” (lantano, cerio, praseodimio, neodimio, prometio, samario, europio, gadolinio, terbio, disprosio, holmio, erbio, tulio, iterbio, lutecio, itrio y escandio). Su denominación no se relaciona con su escasez – ya que existen en abundancia– sino en las dificultades que presentan para separarlas de los minerales con los que están asociados en la naturaleza.

Son cruciales porque, en sus diferentes aleaciones, cumplen roles importantísimos en la fabricación de teléfonos celulares (baterías recargables), imanes de alta potencia (en turbinas eólicas), dispositivos láser, pantallas de TV, coloración y pulido de cristales, instrumentos de rayos X, superconductores, computadoras compactas, catalizadores, motores híbridos, baterías de autos eléctricos, electrónica avanzada, metalurgia avanzada, reproductores mp3, fibras ópticas y otros sofisticados procesos.

¹⁵ Se destaca el llamado *triángulo del litio*, conformado entre el Salar de Uyuni (Bolivia), el Salar de Atacama (Chile) y el Salar del Hombre Muerto (Argentina). Llamado así porque entre los tres salares concentran hasta el 85% de las reservas de litio conocidas del planeta.

Graciela R. Salas

En América Latina esto está llevando a la existencia de una visión estratégica en relación a los recursos naturales, con especial énfasis en los minerales, recursos genéticos y bio-genéticos y las fuentes de agua dulce¹⁶.

En el caso de Bolivia, la constitución vigente reserva el artículo 349 para resolver sobre la titularidad sobre los recursos naturales, que coloca en manos del Estado, y el artículo 359 se reserva puntualmente a la soberanía sobre los hidrocarburos. Por su parte Ecuador resuelve sobre los recursos naturales en el artículo 1 inciso 3, pero en el artículo 313 avanza sobre la existencia de recursos naturales estratégicos, mencionando algunos de ellos. En otro sentido, la constitución de Paraguay efectúa algunas precisiones que a nuestro modo de ver restringen los alcances del concepto de recursos naturales al declarar en el artículo 112 y bajo el epígrafe del *dominio del Estado* que se encuentra dentro de éste a los hidrocarburos, minerales sólidos, líquidos y gaseosos que se encuentren en estado natural en el territorio de la República. En el caso de Perú, la Constitución de 1993, en su artículo 66 conserva a todos los recursos naturales en el *patrimonio del Estado*, apuntalado por su política ambiental y la defensa del desarrollo sostenible de la Amazonia peruana. Para la República Argentina, el artículo 41 de la Constitución Nacional vincula directamente a los recursos naturales con el *patrimonio natural y cultural*. En este punto se aproxima a la constitución boliviana.

Asimismo, en diferentes constituciones latinoamericanas se vincula en forma indisoluble a los recursos naturales con los derechos de los pueblos originarios, aunque este punto excede los alcances de este trabajo. Es más, inclusive actualmente se está

¹⁶ Se constata en las más recientes reformas constitucionales en las que los recursos naturales se constituye en un auténtico eje.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

volviendo la mirada sobre cuestiones conexas a determinados recursos naturales, vinculándolos directamente a los grupos humanos relacionados con ellos, como la socio-hidrología y el agua virtual.

Entre estos recursos naturales actualmente revisten especial importancia los **cursos de agua** (sean éstos internacionales o nacionales) y los **recursos minerales** . Respecto del aprovechamiento de los primeros para fines distintos de la navegación surgieron distintas teorías que abarcan un amplio abanico entre la soberanía absoluta (doctrina Harmon), la teoría según la cual *un estado tiene facultad exclusiva para aprovechar las aguas interjurisdiccionales en el interior de su territorio, pero no puede realizar actos que coloquen a su vecino en una situación de inferioridad* ¹⁷ (Max Huber). Sin embargo se hizo necesario la formulación de otras teorías que permitieran la conciliación de los intereses de todos los estados relacionados con un curso de agua internacional, recurriendo inclusive a la teoría del abuso del derecho o de la servidumbre internacional, en la búsqueda del reconocimiento de la existencia de restricciones a la soberanía estatal. Más recientemente se avanzó hacia el reconocimiento de la existencia de una cierta comunidad de intereses entre los Estados del curso de agua¹⁸, avanzando así hacia la concreción de un derecho común para los estados del río en cuestión.

Luego se produciría el gran avance en la regulación de los cursos de agua internacionales, desde los acuerdos bilaterales hasta el proyecto de la CDI de la Convención sobre el Derecho de los Usos

¹⁷ Citada por BARBERIS, J. A. *Los recursos naturales compartidos entre estados y el Derecho Internacional* , Editorial Tecnos, Madrid, 1979, pág. 19.

¹⁸ Caso de la Comisión Internacional del Oder. Corte Permanente de Justicia Internacional. Sentencia del 10.10.1929.

Graciela R. Salas

de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos a la Navegación¹⁹.

Otro importante grupo de recursos naturales se encuentra en los llamados **recursos minerales**. J. Barberis define a los recursos minerales propios de un Estado como aquellos yacimientos o minas que se encuentran enteramente en el interior de sus límites²⁰. En este caso la doctrina y la jurisprudencia internacionales se enfrentaron a sus propias limitaciones en cuanto a la imposibilidad de división efectiva de estos recursos entre dos estados. Surgieron así diversas soluciones a través de acuerdos bilaterales²¹ o multilaterales²².

De estos acuerdos surgieron los principios que rigen la explotación de los recursos naturales como la obligación de no causar un perjuicio sensible, el uso equitativo y razonable del recurso, el deber de informar y de negociar.

Otro grupo de recursos naturales lo constituye la **fauna**, que sufre la influencia del medio ambiente en el que se desarrolla. Sin embargo, ante la existencia de especies migratorias, volvieron a plantearse diversas teorías, entre ellas la ya citada teoría Harmon, aunque bajo la denominación de “principio de la propiedad sucesiva” y por oposición a ella la teoría de la integridad territorial absoluta.

¹⁹ A la fecha de la entrega de este trabajo aún no entró en vigor.

²⁰ BARBERIS, J. A. *Los recursos naturales compartidos entre estados y el Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 56.

²¹ Así lo hizo el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, del 19.11.1973, cuyo art. 41 establece un límite a los efectos de la exploración y explotación de los recursos del lecho y subsuelo fluviales, siempre y cuando esas instalaciones y obras necesarias no interfieran en la navegación del río por los canales de uso habitual. Una solución similar se encuentra en el art. 31 del Estatuto del Río Uruguay del 26.11. 1975.

²² Como el Tratado de la Cuenca del Plata, celebrado entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay en 1969.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

De todos modos en este punto no se ha avanzado más allá de los acuerdos celebrados entre estados, en aplicación de los principios que citáramos en el párrafo anterior.

El cuarto y último grupo de recursos naturales se encuentra en la **atmósfera**. Se trata aquí de otra concepción del territorio estatal que motivó también el surgimiento de diversas teorías que no detallaremos en esta oportunidad, entre ellas las relacionadas con los límites del espacio aéreo estatal y del espacio exterior. Pero fue recién en las últimas décadas del pasado siglo que se comenzó a considerar a la atmósfera como un recurso natural, que no es ilimitado. También en este caso se aplican los principios mencionados más arriba²³ ya que la atmósfera no sólo puede modificarse por la acción del hombre sino que además puede causarle perjuicios a mediano y largo plazo a causa de la modificación del clima que pudiera producirse como consecuencia de la realización de experiencias nucleares.

Esta situación generó la necesidad de celebración de numerosas convenciones internacionales, entre ellas el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985); el Acuerdo sobre la Calidad del Aire (Canadá y Estados Unidos) (1991); la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), o el Protocolo de Kioto, entre otros.

A estas alturas ya es claro que no podemos continuar hablando únicamente de recursos naturales sino de éstos en tanto son compartidos, como ocurre con los cursos de agua internacionales

²³ Caso de la Fundición de Trail entre Estados Unidos y Canadá, resuelto por un tribunal arbitral mediante sentencias de 1938 y 1941.

Graciela R. Salas

o los acuíferos²⁴. Y ya estamos hablando de medio ambiente, tema éste que también excede los alcances de este trabajo.

A continuación debemos detenernos en la importancia de los recursos naturales que necesita el ser humano como el agua dulce, el suelo con capacidad de uso adecuada, la biodiversidad, los minerales combustibles y no combustibles. En efecto, de volumen finito, los recursos naturales se encuentran distribuidos en el planeta de manera no homogénea. Y si observamos un planisferio con las localizaciones de estos recursos, fácilmente podemos apreciar que América Latina, África y Asia Central y Oriental son regiones con importantes reservas de ellos.

Es así que actualmente la naturaleza se constituye en el bien más codiciado, y por lo tanto, las zonas geográficas con mayores reservas de recursos naturales serán necesariamente los blancos geopolíticos de quienes los necesitan. Así muchos de los recursos naturales que el hombre utiliza a diario, son irremplazables por otros, por lo que son *considerados recursos estratégicos*. Por otra parte se van agotando las reservas mundiales de aquellos recursos estratégicos de gran demanda extraídos a diario en forma intensiva. De esta manera esos recursos estratégicos se transforman en *recursos críticos*²⁵.

²⁴ La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas se encuentra trabajando al respecto. Ver: http://www.unwater.org/downloads/chp4_es.pdf

²⁵ Según DELGADO RAMOS, G. C. 2010, *Recursos Naturales, Seguridad y los "Lily Pads" del Pentágono. El Caso de América Latina*, se considera recurso natural crítico a aquel catalogado como estratégico, pero que, además, se caracteriza por tener un bajo o nulo grado de sustitución, y que, debido al tipo de aplicaciones, contribuye al mantenimiento de la hegemonía desde el ámbito militar. BENZI, DANIELE. "Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina". Numero 6, Gennaio 2012, Issn 2035-6633 20.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Dejamos así en otro plano la visión ambientalista del tema que nos ocupa y su vinculación con la política y la estrategia internacionales para avanzar en otras consideraciones.

IV. Visión económica de los recursos naturales

Una de las visiones que se ha venido tornando en esencial en este punto ha sido puesta de relieve por la OMC, que en su informe de 2010²⁶ sostiene que “*Un problema de larga data es la continua dependencia de muchos países en desarrollo de las exportaciones de productos básicos, y el efecto perjudicial de las fluctuaciones de la oferta, la inestabilidad del mercado, la volatilidad de los precios y los persistentes obstáculos a los recursos elaborados para las perspectivas de crecimiento y desarrollo de esos países*”, en una concepción que coloca en paralelo el concepto de recursos naturales con el de productos básicos, primarios o aún materias primas.

Se formularon distintas teorías respecto de este problema, particularmente a partir de las ideas de Raúl Prebisch (1950) y de Hans Singer (1950), que cobraron una influencia creciente, denunciando el deterioro de la relación de intercambio para los países en desarrollo que dependían de los productos básicos. Estas posiciones generaron a su vez discusiones por parte de otros economistas, siempre en el ámbito del GATT. Pero en décadas recientes – y en particular en los últimos años – los debates sobre el comercio de recursos naturales en el GATT/OMC se han centrado de modo creciente en los países importadores de productos básicos, preocupados ahora por el aumento de los precios de los recursos y la

Una mirada a la política exterior estadounidense hacia América Latina y el Caribe desde la asunción de Obama. ¿Continuidad sin cambios?

²⁶ Consultado el 06.03.13 en:

http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/wtr10-2e_s.pdf

Graciela R. Salas

imposición de restricciones a la exportación de materias primas por parte de los países productores. El problema proviene del constante aumento de la demanda global de los escasos recursos, que, además, suelen ser exportados por un número relativamente reducido de países.

Así esa escasez de recursos y su desigual distribución geográfica posibilitan a los países productores influir en los precios y las cantidades de las materias primas suministradas a los mercados mundiales. Se trata en definitiva del tratamiento de este tema como un problema de oferta y demanda.

Desde esta visión las normas aplicables a esta situación provienen del GATT, sobre las que no nos detenemos más que en cuanto sean aplicables al tipo de recursos que nos ocupan, marcados por su carácter de agotables, como los minerales, o aún la explotación intensiva de recursos por esencia renovables pero que también pueden extinguirse por la acción humana. De todos modos vemos que la OMC no resuelve sobre la propiedad de los recursos naturales sino que reduce su acción a la solución de las controversias que pudieren surgir, dentro de sus competencias y del ámbito del DI general.

Surge a continuación la relación con los acuerdos regionales, que plantea *ab initio* la necesidad de definir cuándo nos encontramos ante un acuerdo regional²⁷. Adelantamos que la OMC

²⁷ La discusión sobre qué se entiende por acuerdos regionales viene de lejos. Para mayor profundización sobre este punto, ver nuestro trabajo *El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y los organismos regionales*. En Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Disponible en: <http://www.derecho.unc.edu.ar/publicaciones/anuarios-del-cijs-1/anuario-xi/view>

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

considera tales, entre otros, a aquellos que conforman organizaciones de integración y reserva consideraciones especiales al tratado de la CE, en virtud de los acuerdos bilaterales firmados en la materia y particularmente con los estados ACP, pero también deja abierta la puerta a otros acuerdos de integración, más allá de las consideraciones que le pudieran merecer los casos puntuales, respecto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en relación a dichos acuerdos.

En este punto debemos volver nuevamente sobre la Res. 3281 (XXIX), en la necesidad de cooperación Norte – Sur pero también Sur – Sur, en este caso como una forma de cooperación que se evidencia, entre otros, en el Informe sobre la Ejecución del Plan estratégico de Cooperación Solidaria para el Desarrollo Integral 2006 – 2011, particularmente en la atracción de recursos destinados a apoyar el traspaso de capacidades entre los países de la región²⁸.

Al respecto algunos autores²⁹ sostienen que se estaría ante un debilitamiento de la autoridad estatal dentro de sus fronteras, otros sostienen que no cesa el intento de recuperar esa autoridad estatal, a lo que contribuyen marcadamente los procesos de integración regional, particularmente en la cooperación Sur-Sur, con un destacado rol en tal sentido.

²⁸ Consultado el 12.04.13. Disponible en:
<http://scm.oas.org/pdfs/2011/CEPCD03064S.pdf>

²⁹ BENZI, D. “Una mirada a la política exterior estadounidense hacia América Latina y el Caribe desde la asunción de Obama. ¿Continuidad sin cambios?”, en: *Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina*, Número 6, Gennaio 2012, Issn 2035-6633 20. Pág. 2.

Graciela R. Salas

V. Relación soberanía – desarrollo en una visión americana

Nos avocaremos ahora a analizar la relación existente entre soberanía y desarrollo, desde una visión americana.

Debemos destacar que no se trata aquí de identificar una posición americana que difiera de la teoría o la doctrina general del DI sino que simplemente nos interesa indagar sobre la posición particular de los países americanos en este punto.

Iniciando estas reflexiones vemos que luego de la 2ª. Guerra Mundial ya se vislumbran nuevas acepciones del concepto de soberanía y se avanza en sus relaciones, en este caso la relación soberanía – desarrollo, particularmente en las Naciones Unidas a partir de la Resolución 1515 (XV) de 15 de diciembre de 1960 y la Resolución N° 1803 (XVII) del 14 de Diciembre de 1962³⁰.

En esta última se reconoció:

“... el derecho inalienable de todo Estado a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales en conformidad con sus intereses nacionales, y en el respeto a la independencia económica de los Estados...”

Ahora bien, en párrafos posteriores fue precisando esos alcances, ya no como un derecho emanado exclusivamente de su carácter de Estado, sino de un pueblo organizado en Estado.

³⁰ Con fundamento en sus resoluciones 523 (VI) de 12 de enero de 1952 y 626 (VII) de 21 de diciembre de 1952, resolución 1314 (XIII) de 12 de diciembre de 1958, resolución 1515 (XV) de 15 de diciembre de 1960.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

A partir de esta resolución encontramos el reconocimiento de la soberanía sobre los recursos naturales en numerosísimos tratados³¹.

³¹ **Tratados que se refieren a este concepto en su preámbulo:** Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono (1985); Acuerdo sobre la Calidad del Aire (Canadá y Estados Unidos) (1991); Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992); Convenio sobre Diversidad Biológica (1992); Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África (1994), y Convenio para el Desarrollo Sostenible del Lago Tanganica (2003).

Tratados que mencionan el concepto en sus disposiciones: Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados (1978); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Banjul) (1981); Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982); Convenio para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente de la región del Pacífico sur (1986); Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias (1995); Protocolo relativo al agua y la salud del Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de aguas transfronterizos y de los lagos internacionales, de 1992 (1999), y Convenio Africano sobre la Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003).

Instrumentos internacionales no vinculantes que mencionan el concepto: Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (aprobado por la CDI en su 53º período de sesiones, 2001); Acción concertada en pro del desarrollo económico de los países económicamente poco desarrollados, resolución 1515 (XV) de la Asamblea General (1960); Soberanía permanente sobre los recursos naturales, resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General (1962); Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Declaración de Estocolmo) (1972); Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General (1974); Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, resolución 41/128 de la Asamblea General (1986), y Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992).

Graciela R. Salas

Se abren así otras relaciones que se identificarían con posterioridad:

“El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado”.

Advertimos entonces que se van abriendo camino los conceptos de desarrollo, ya no sólo como un derecho del Estado sino en relación a los pueblos³² y a las personas, en este caso ya dentro del campo de los derechos humanos.

Surge a continuación que la soberanía sobre los recursos naturales de un Estado se encuentra unida a su independencia

Otros tratados que tienen que ver con este tema: Acuerdo de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN) sobre la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales (1985).

Tratados que mencionan el concepto del derecho de los pueblos sobre los recursos naturales.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Banjul) (1981).

También en regiones puntuales: Convenio Africano sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (2003). Convenio para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente en la región del Pacífico sur (1986), entre otros.

http://www.unwater.org/downloads/chp4_es.pdf

³² La “soberanía del pueblo” es la expresión adoptada por el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana. A esto se refirió El Embajador Chileno, Heraldo Muñoz en un artículo publicado en 1998 sobre “The Right to Democracy in the Americas” (...) *el concepto de soberanía ha evolucionado, por lo menos en el hemisferio occidental, desde una autoridad jurisdiccional considerada en algún momento como suprema, absoluta e ilimitada, hacia una autoridad percibida como equivalente a aquella de cualquier otro Estado independiente, regida por el Derecho Internacional y basada en la voluntad del pueblo de ese territorio específico.*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

económica, lo que va reforzando el concepto de soberanía al que hacíamos referencia en párrafos anteriores.

En este punto vemos que nuestro continente americano no ha perdido de vista el principio de soberanía al que hacíamos referencia más arriba, aunque con características particulares, de las que da cuenta la tarea del Comité Jurídico Interamericano³³.

Lo multifacético de la soberanía a su vez nos permite precisar algunos temas que se vinculan con él como es el concepto de desarrollo³⁴, ya mencionado más arriba y que se fue abriendo camino, en una vinculación especial con los derechos de los pueblos aborígenes. Si bien este punto merecería un mayor desarrollo es importante mencionar que esta relación se va profundizando e inclusive va dejando en un segundo plano la referencia a la soberanía, a estas alturas ya indiscutible, para enfocarse en el contenido social del aprovechamiento de los recursos naturales.

Por otra parte la AG/Res. 3281 (XXIX) de las Naciones Unidas, entre cuyos principios se enuncia la soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados, muestra una visión política y económica del tema que nos ocupa. Parecería necesario entonces detenernos en los vínculos existentes entre soberanía e independencia. Para ello recurrimos nuevamente a lo establecido por el Juez Max Huber del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya en el caso Isla de Palmas (Estados Unidos c/ Países Bajos):

³³ Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano (CJI) al cuadragésimo segundo período ordinario de sesiones de la Asamblea General. OEA/Ser.Q/IV.42 I al 6 de agosto de 2011 CJI/doc.399/11

³⁴ En efecto, con un origen esencialmente económico, el concepto de desarrollo se fue profundizando en otras áreas como los derechos humanos, la seguridad, y luego de la Conferencia de Río de Janeiro (1992) surgió el concepto de desarrollo sustentable.

Graciela R. Salas

“La soberanía en las relaciones interestatales equivale a independencia. La independencia respecto a una parte del globo (terrestre), es el derecho a ejercer en dicho lugar las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado...”.

“La soberanía territorial es, en general, una situación reconocida y delimitada en el espacio...”.

Entendemos así que la soberanía y la independencia constituyen dos caras de la misma moneda ya que al mismo tiempo que reconoce derechos al Estado, excluye el ejercicio de cualquier derecho por parte de otro sujeto³⁵, especialmente de otros estados.

Ahora bien, esa soberanía requiere de un ejercicio permanente por parte del Estado. Se le reconoce a éste su integridad territorial, que se presume en situaciones normales, no así en casos particulares³⁶, y es este ejercicio el que en la actualidad viene mostrando la necesidad de volver la mirada sobre los recursos naturales estatales. Es más, en muchas ocasiones no podríamos pensar en el ejercicio efectivo de la soberanía sin vincularla necesariamente con los recursos naturales, dado que no es pensable un concepto de soberanía que no se vincule necesariamente con el territorio, en el que se encuentran los recursos naturales.

³⁵ El principio de soberanía es excluyente también del accionar de las organizaciones internacionales, tal como surge del art. 2 inciso 7 de la Carta de las Naciones Unidas.

³⁶ En caso de situaciones de colonialismo como el de las Islas Malvinas, en el que la toma por la fuerza de Gran Bretaña en 1833 implicó la ruptura de la integridad territorial de la República Argentina al momento de su nacimiento. Fue así que la posibilidad de que potencias europeas intentaran adquirir nuevos enclaves coloniales en América durante el Siglo XIX motivó la enunciación de la Doctrina Monroe (1823), que no se aplicó en ocasión de la agresión británica a las Islas Malvinas.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Por otra parte esos recursos naturales carecen de mayor trascendencia si no se los vincula con otro de los elementos constitutivos del Estado y que en nuestro continente se vienen destacando: las personas, los pueblos, a los que se agrega el desarrollo. Esta situación es particular a América por encontrarse unida por situaciones similares en las que la existencia de grandes recursos naturales hace que el reconocimiento de la necesidad del desarrollo se transforme en vital para la persona humana concreta que habita en un Estado, que es soberano e independiente, pero que en ocasiones no alcanza a cubrir las necesidades básicas de una población, en definitiva pobre en cuna de oro.

Esta interrelación quedó evidenciada en nuestro continente en ocasión de la convocatoria a la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, mediante la AG/Res/44/228 de la Asamblea General de 22 de diciembre de 1989, cuyo punto 7 dice:

“...Reafirma que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y los principios aplicables del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos...”.

Vemos que no se trata del simple reconocimiento de la soberanía sobre los recursos naturales, sino del derecho a explotarlos en forma excluyente. Este avance se había hecho patente, por ejemplo, en la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar al reconocer derechos a los estados ribereños sobre la Zona Económica Exclusiva.

A partir de allí podemos analizar, por ejemplo, el Principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo:

Graciela R. Salas

“De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo”.

Se entiende este principio en el marco de los derechos reconocidos por la Res. 3281 (XXIX) respecto de la independencia política de los estados que incluye el derecho a elegir libremente su política económica.

También lo encontramos en lo programado por la Agenda 21, que surgiera como resultado de la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) y que encuentra fundamento en lo establecido por la ya citada AG/Res/44/228.

Sin embargo, ya no es suficiente disponer de recursos naturales y de ejercer la soberanía sobre ellos sino que se hace necesario hablar de desarrollo y más aún de un *desarrollo sustentable*³⁷. Este concepto a nuestro entender abre dos vías absolutamente complementarias: por un lado la visión económica, por el otro la social. De allí la trascendencia de las tareas emprendidas por la Organización Mundial del Comercio o las organizaciones internacionales orientadas a la protección de los derechos humanos.

En nuestro continente se firmó la Declaración de Panamá sobre la Contribución al Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional (AG/DEC. 12 (XXVI-O/96) en vista del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional interamericano en el marco de la Organización de los Estados Americanos. Ahora bien, este marco debe entenderse en un orden

³⁷ Simposio de Oslo de 1994.-OCDE-Organización de Cooperación y Desarrollo: Programa de Trabajo sobre Consumo y Producción Sustentable.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

internacional que está constituido esencialmente por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados “*como medio idóneo para afianzar las relaciones de paz y solidaridad entre los Estados americanos, con pleno respeto a su soberanía y al principio de no intervención*”. Se desprende de lo citado que el principio de soberanía se constituye en un eje fundamental en América, en ocasiones y más recientemente, en una visión desde la vigencia de las instituciones democráticas.

En la misma línea de acción se dictó la AG/RES. 2201 (XXXVI-O/06) sobre el Plan Estratégico de Cooperación Solidaria para el Desarrollo Integral (2006-2009), en este caso se menciona la gestión de los recursos naturales aunque más no sea incidentalmente. También en la Declaración de Santo Domingo para el Desarrollo Sostenible de las Américas (19 de noviembre de 2010). Este hecho evidencia que la soberanía sobre los recursos naturales constituye un verdadero telón de fondo siempre presente.

Otra relación que se observa, particularmente en nuestro continente americano³⁸, es la que vincula a la soberanía con la libre determinación de los pueblos. Desde luego que en este punto corresponde ser muy cautos, ya que, previo a avanzar sobre el punto es necesario precisar el concepto de *pueblo*³⁹, lo que aún no se ha logrado. Superado éste y advirtiendo que en los documentos oficiales citados se lo aplica en un sentido amplio, podemos efectuar una interpretación que lo integre al concepto de Estado, y en forma conjunta con el principio de integridad territorial de éste.

³⁸ Cabe mencionar la tarea que ha venido cumpliendo el Comité Jurídico Interamericano. http://www.oas.org/es/sla/cji/informes_anuales.asp

³⁹ Al respecto remitimos a nuestro trabajo *El concepto de pueblo*. En Recordip: <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/1959/961>

Graciela R. Salas

Más recientemente en la Declaración de Mendoza sobre Uso, Conservación y Aprovechamiento soberano y Sustentable de los Recursos Naturales de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados asociados⁴⁰ se reafirma nuevamente la apuntada relación entre soberanía, integridad territorial e independencia política de los estados y que los derechos soberanos de los Estados sobre sus riquezas y recursos naturales constituyen un principio de Derecho Internacional. Pero a renglón seguido agrega la responsabilidad estatal en el aprovechamiento de esos recursos. Y a partir de allí comienza a hablar de su aprovechamiento *soberano y sustentable*.

Como es dable observar, nos encontramos así ante una vinculación innegable entre los conceptos de soberanía sobre los recursos naturales, la sustentabilidad y la responsabilidad internacional del Estado, en este caso en su aprovechamiento.

Es así que en nuestro continente se encuentran en el centro del debate político las discusiones precisamente sobre la soberanía, los recursos naturales e hidro-energéticos, la preservación de la biodiversidad y los recursos bio-genéticos, la Amazonía como área de preservación y de disputa, los humedales o los acuíferos. Estos temas están colocando a América Latina en la mira de los intereses internacionales por la combinación y abundancia de recursos considerados estratégicos⁴¹.

Ahora bien, en la actualidad ya no se trata de la posesión de los recursos naturales, sino esencialmente de su utilización soberana

⁴⁰ Mendoza, Rca. Argentina 29 de junio de 2012.
<http://www.mercosur2012.prensa.gob.ar/2012/06/29/13571-documentos-finales-de-la-cumbre-de-jefes-de-estado-del-mercosur.php>

⁴¹ BRUCKMANN, M. *Recursos naturales y la geopolítica de la integración Sudamericana*. <http://alainet.org/active/45772>

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por los estados, que se enfrentan a la necesidad de su defensa⁴², no sólo a través de los medios tradicionales sino también de la capacidad de producir conocimiento y desarrollo científico y tecnológico a partir de una mayor comprensión de la materia, de la vida, de los ecosistemas y de la bio-genética.

Para ello, con base en la Declaración de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Agenda 21, recurrimos a reuniones regionales de las que emanaron las declaraciones y planes de acción⁴³, e instrumentos emanados de nuestra organización regional⁴⁴, particularmente la Declaración de Principios de la Tercera Cumbre de las Américas, Quebec, Canadá (2001)⁴⁵.

Entre los mandatos encontramos a la Base Ambiental para el Desarrollo Sostenible de la Tercera Cumbre de las Américas emanados de la XXXI Asamblea General de la OEA celebrada en San José, Costa Rica, entre el 3 y el 5 de junio de 2001 y el Plan de Acción que surge del Informe de la Tercera Reunión Ordinaria de la Comisión Interamericana para el Desarrollo Sostenible⁴⁶. Es a partir

⁴² La mera posesión actualmente coloca al Estado ante la necesidad de su defensa frente a las apetencias de las grandes potencias industriales, que no sólo actúan con el uso de la fuerza sino que se sirven de conflictos locales o empresas multinacionales para lograr los mismos objetivos. Aunque más no sea a modo ejemplificativo no podemos dejar de citar la presencia de los señores de la guerra o la *privatización de la guerra* que implican grandes cambios en la visión sobre los recursos naturales.

⁴³ Cumbres americanas de Miami (1994), Desarrollo Sostenible, Santa Cruz de la Sierra (1996), Santiago de Chile (1998).

⁴⁴ AG/DEC. 27 a AG/DEC. 30 (XXXII-O/02), AG/RES. 1840 a AG/RES. 1909 (XXXII-O/02), correspondientes al trigésimo segundo período ordinario de sesiones, Bridgetown, Barbados, del 2 al 4 de junio de 2002. AG/RES. 1857 (XXXII-O/02). Informe de la Tercera Reunión Ordinaria de la Comisión Interamericana para el Desarrollo Sostenible.

⁴⁵ http://www.science.oas.org/espanol/Quebec_princ.htm

⁴⁶ Disponible en:

Graciela R. Salas

de esta última que se hace notoria la relación entre medio ambiente y recursos naturales como esenciales para “*generar prosperidad y para la sostenibilidad de nuestras economías así como para la calidad de vida y salud de las generaciones presentes y futuras...*”.

En efecto, si partimos de lo que desarrolláramos en los puntos anteriores vemos que en nuestro continente este tema excede el aprovechamiento de los recursos naturales por razones meramente económicas y transita hacia la relación con el desarrollo sustentable.

Así, la Declaración de Principios de Quebec habla del “*uso sostenible de los recursos naturales con miras a asegurar un equilibrio entre el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente, en virtud de su interdependencia y refuerzo mutuo*”, con el objetivo de alcanzar el desarrollo sostenible en todo el Hemisferio⁴⁷.

Para ello el sistema interamericano, a través del Departamento de Desarrollo Sustentable⁴⁸ viene instrumentando una serie de principios derivados de la cuarta Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible⁴⁹. En esta conferencia, conocida como Rio+20, más allá de las acciones en común se reafirma que las políticas de la economía verde en el contexto del desarrollo sustentable debe “*respetar la soberanía nacional de cada país sobre sus recursos naturales, teniendo en cuenta sus circunstancias, objetivos, responsabilidades y prioridades nacionales y el margen de acción de sus políticas con respecto a las tres dimensiones del desarrollo sostenible*” (punto 58).

<http://www.summit-americas.org/Documents%20for%20Quebec%20City%20Summit/planofaction-template-span.htm#DesarrolloSostenible>

⁴⁷ http://www.science.oas.org/espanol/Quebec_princ.htm

⁴⁸ www.oas.org/dsd y en cumplimiento de resoluciones del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral.

⁴⁹ Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/66/288>.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Así lo resolvió al establecer su Plan Estratégico de Cooperación Solidaria para el Desarrollo Integral (2006-2009)⁵⁰, en el que se reconoce que *la protección del medio ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales son esenciales para el desarrollo sostenible*, para lo cual se estima necesario apoyar a los Estados Miembros en sus esfuerzos por integrar *la protección del medio ambiente dentro de las políticas, normas y proyectos relacionados con la gestión de los recursos naturales*. Sin embargo, el concepto de soberanía se va ocultando tras la acción conjunta y la permanente referencia a las políticas nacionales, emanados ya del informe “Nuestro Futuro Común” de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1987), continuado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), la Cumbre de las Américas sobre Desarrollo Sostenible (1996) y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (2002).

Como puede observarse fácilmente, el tema se desplazó hacia el desarrollo sustentable y el medio ambiente, y los retos que enfrenta la región en materia de uso de la tierra y cambio climático, lo que lo ubica en una visión humana indiscutible.

⁵⁰ AG/RES. 2201 (XXXVI-O/06). Fue objeto del Informe sobre Plan Estratégico de Cooperación Solidaria para el Desarrollo Integral 2006-2009. Fue adoptado por la Asamblea General mediante la resolución AG/RES. 2201 (XXXVI-O/06) y cuya vigencia se extendió hasta el 31 de diciembre de 2012. Este plan estratégico fue prorrogado por las Resoluciones AG/RES. 2474 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2583 (XL-O/10) y AG/RES. 2641 (XLI-O/11). Disponible en:
<http://www.search.ask.com/web?q=INFORME+SOBRE+LA+EJECUCI%C3%93N+DEL+PLAN+ESTRAT%C3%89GICO+DE+COOPERACI%C3%93N+SOLIDARIA+PARA+EL+DESARROLLO+INTEGRAL+2006+-+2011&o=100000027&ctpr=2&gct=sb>

Graciela R. Salas

VI. Conclusiones

Decíamos al comienzo de este trabajo que existe un vínculo ineludible entre la soberanía y la fundación de nuestra Universidad Nacional de Córdoba hace hoy 400 años. De allí la relación con el tema que nos ha ocupado en esta oportunidad, y si es posible formular algunas conclusiones nos inclinaremos a puntualizar sólo algunas que por su particularidad podrían destacarse, en el ámbito americano.

Por un lado que en nuestro continente coexisten grandes potencias, productoras de tecnología y por lo tanto consumidoras de recursos naturales estratégicos y aún críticos, con productores de estos últimos y es, posiblemente el único continente en el que se da esta conjunción.

Por otra parte que, más allá de la visión estratégica en sí misma, en América se viene observando un tránsito desde lo estrictamente relacionado con la soberanía sobre los recursos naturales, a estas horas absolutamente indiscutida, hacia la visión social de la explotación de esos recursos naturales.

Finalmente que esa visión no escapa a cuestiones estratégicas a nivel internacional, sean éstas económicas o geopolíticas, ni al peso ineludible del medio ambiente internacional.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

SIGLO XXI Y SEGURIDAD ALIMENTARIA

TWENTY-FIRST CENTURY AND FOOD SECURITY

*Marta Susana Sartori**

En las próximas décadas, para poder alimentar a una población mundial cada vez mayor y garantizar la seguridad alimentaria y nutricional para todos será necesario aumentar la producción de alimentos. Esto, a su vez, significa que nuestro recurso finito más importante, el agua, deberá utilizarse en forma sostenible.

Ban Ki-moon, Secretario General de las Naciones Unidas.

Resumen: Uno de los objetivos de la Declaración del Milenio es reducir a la mitad el porcentaje de la población mundial que no tiene acceso al agua potable y saneamiento, la que a su vez está aumentando en forma considerable requiriendo cada vez más alimentos que para ser producidos consumen un elevadísimo nivel de agua potable. Uno de los desafíos de este siglo es justamente generar alimentos con mecanismos y técnicas que permitan bajar considerablemente ese consumo de agua, y aún producirlos casi prescindiendo de este recurso y a la vez poder brindar seguridad alimentaria y nutricional para alcanzar el nivel de alimentación saludable y sostenible.

* Abogada, Magíster 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 Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. E-mail: susanasartori@arnet.com.ar

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Palabras - clave: Medio ambiente – Recursos naturales – Agua – Derechos humanos – Seguridad alimentaria – Alimentación saludable – Desarrollo sostenible.

Abstract: One of the goals of the Millennium Declaration is to halve the proportion of the global population without access to safe water and sanitation, which in turn is increasing considerable increasingly requiring to be produced foods consumed a very high level of drinking water. One of the challenges of this century is just generate food mechanisms and techniques to significantly lower the water consumption and still produce almost regardless of this resource while still being able to provide food and nutritional security to reach the level of healthy and sustainable food.

Keywords: Environment – Natural resources – Water – Human rights – Food safety – Health eating – Sustainable development.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Evolución del derecho al agua potable como derecho fundamental. Su incorporación en normativa nacional. - III. Agua y Seguridad Alimentaria. - IV. Normativa Internacional. - V. Reflexiones Finales.

I. Introducción

Transcurridos ya catorce años de este nuevo siglo 21, podemos aseverar sin lugar a dudas que uno de los grandes y graves problemas a enfrentar es el de la seguridad alimentaria.

Y atenderlo conlleva - además de analizar y solucionar los conflictos que atentan contra ella - el gran desafío de lograrla y desarrollarla a partir de un uso racional de los recursos naturales aún más allá de generar un cambio radical en la utilización de los mismos.

Marta Susana Sartori

II. Evolución del derecho al agua potable como derecho fundamental. Su incorporación en normativa nacional

Hablar de seguridad alimentaria nos conecta directamente con el Medio Ambiente y como núcleo central, medular, con los recursos naturales.

Y así el Principio II de la Declaración de Estocolmo¹ señala:

Principio II: Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

Como ya lo señaláramos en trabajos anteriores referidos a estos recursos naturales y también a Soberanía Alimentaria², la

¹ La Conferencia de Estocolmo también llamada Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano fue convocada por la Organización de Naciones Unidas y celebrada en Estocolmo, Suecia, entre el 5 y 16 de Junio de 1972. Asistieron representantes de 113 países y un importantísimo número de representantes de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Se la considera como el inicio del Derecho Medioambiental, generando una toma de conciencia política sobre las amenazas al medio ambiente y de la necesidad de introducir en los ordenamientos internos de cada Estado los principios y recomendaciones que la Declaración proclama.

De esta Conferencia nace también el PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, para coordinar acciones y cuestiones del medio ambiente dentro del sistema de Naciones Unidas.

² SARTORI, M. S. *Seguridad Alimentaria y Medio Ambiente*, a publicar en el año 2013 en *Cuaderno de Derecho Ambiental*, publicación del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y *Organismos y entidades internacionales dirigidas a la protección de los bosques*, publicación del citado Instituto, año 2012.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

interrelación entre ellos, su mal uso y abuso, su contaminación, su degradación determina justamente lo que podemos calificar de factores que generan lo que se ha dado en llamar Inseguridad Alimentaria.

En esta oportunidad centraremos la atención en el recurso Agua por entender su prioritaria importancia y protagonismo en la temática que abordamos.

El recurso Agua considerado hasta no hace mucho ilimitado, absolutamente renovable, ha tornado a escaso últimamente por diversos factores tales como el cambio climático, el aumento de la población, su consumo excesivo entre otros, preocupando sobremanera su escasez.

El agua, indispensable para la vida ha tenido su reconocimiento por la Asamblea General de Naciones Unidas la que el 28 de Julio de 2010³:

Reconoció el acceso al agua potable como un derecho humano básico y urgió a garantizar que los casi 900 millones de personas que carecen del líquido vital puedan ejercer ese derecho. Asimismo el acceso a los servicios sanitarios básicos es un derecho en vista que la contaminación del agua es una de las principales causas de mortalidad en los países más pobres.

El enfoque dado por la Asamblea General de las Naciones Unidas está concentrado en los derechos individuales por lo que deja de lado la temática de las aguas transfronterizas que son objeto de legislación internacional ya consagrada, por lo que afirma la necesidad de enfocar el tema desde lo nacional y lo local por cuanto la protección y promoción de todos los derechos humanos es de

³ Asamblea General de Naciones Unidas, resolución A/RES/64/292.

Marta Susana Sartori

responsabilidad de cada Estado y reclama cooperación internacional y transferencia de tecnología para hacer posible el derecho al agua y al saneamiento para todas las personas^{4,5}.

Este reconocimiento es fruto de varios acuerdos, Resoluciones y Decisiones de Organismos relacionados con Derechos Humanos, y proyectos de Directrices que se fueron dando con anterioridad referidos a la temática Agua ya sea en forma directa o bien a través de la valoración de otros derechos de los que es importante señalar y destacar:

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, realizada en Mar del Plata en Marzo de 1977: en esta Conferencia se reconoció por primera vez al agua como derecho humano. En ella se declaró que *todos los pueblos, cualquiera que sea el nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas.*
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de Diciembre de 1979: El artículo específico expresa *Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular, le asegurarán el derecho a ...h) gozar de condiciones de vida adecuadas,*

⁴ Extracto ponencia de mi autoría presentada en el Congreso realizado en México DF, con motivo del 10º Aniversario del Anuario Mexicano de Derecho Internacional, titulada: Los principios generales del Derecho Internacional Ambiental. Reflexiones sobre su cumplimiento en la República Argentina con especial referencia a la protección del recurso agua.

⁵ SARTORI, M. S. *El agua como derecho humano. Nuevas acciones para asegurar su protección y consolidación en el marzo del desarrollo sostenible*, Junio 2011.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios de saneamiento, la electricidad y el abastecimiento de agua, los transportes y las comunicaciones.

- Convención sobre los Derechos del Niño: de Noviembre de 1989: el Artículo 24 establece: *Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y en particular, adoptarán las medidas apropiadas para (...) c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente... e) asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los hijos, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos.*

- Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible: Conferencia de Dublín, Enero de 1992. En forma imperativa el Principio 4 establece: *(...) es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible.*

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Cumbre de Río, Junio de 1992: *el capítulo 18 de la llamada Agenda 21 refrenda la Resolución de la conferencia de Mar del Plata que reconoció el derecho de todas las personas al acceso al agua potable.*

- Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, Setiembre de 1994: En el Programa de Acción señala: *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluidos alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento.*

Marta Susana Sartori

- Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas El Derecho al Desarrollo, Diciembre de 1999⁶: El Artículo 12 establece: *En la total realización del derecho al desarrollo, entre otros: (a) el derecho a la alimentación y a un agua pura son derechos humanos fundamentales y su promoción constituye un imperativo moral tanto para los gobiernos nacionales como para la comunidad internacional.*

- Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Setiembre de 2002: Así establece la Declaración de la Cumbre Política: *Nos felicitamos que la Cumbre de Johannesburgo haya centrado la atención en la universalidad de la dignidad humana y estamos resueltos, no solo mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios sino también mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención a la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad.*

- Observación General N^o 15 El acceso al agua, de Noviembre de 2002 referida al Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966: En sus artículos establece:

I.1. El agua es un recurso natural limitado y un bien fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos...la polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente. Los Estados Partes deben adoptar medidas eficaces para hacer efectivo el derecho al agua sin discriminación alguna, como se establece en la presente observación general.

⁶ Resolución A/Res/54/175.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

1.2. *El fundamento jurídico del derecho al agua: El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.*

1.3 *En el párrafo I del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanar del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia... El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 11). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana.*

1.4. *El derecho al agua ha sido reconocido en un gran número de documentos internacionales, tales como tratados, declaraciones y otras normas. Por ejemplo en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se dispone que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de[...]el abastecimiento de agua”. En el párrafo 2 del artículo 24 de la convención sobre los Derechos del Niño se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”*

Marta Susana Sartori

I.6. El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse medios de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debe darse prioridad a los recursos hídricos para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto.

- En julio de 2005 el Proyecto de Directrices para la realización del Derecho al Agua Potable y al Saneamiento⁷ incluido en el informe del Relator Especial para el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y solicitado por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos tiende a proporcionar orientación para la ejecución del derecho al agua y el saneamiento, y en Noviembre de 2006 el Consejo de Derechos Humanos⁸ solicitó a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que teniendo en cuenta las opiniones de los Estados y otros interesados, efectúe, dentro de los límites de los recursos existentes, un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, que incluya conclusiones y recomendaciones pertinentes al respecto, para su presentación al Consejo antes de su sexto período de sesiones.

⁷ E/CN4/Sub.2/2005/25.

⁸ Decisión 2/104.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Siguiendo un orden cronológico, la referencia es también a:

- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Diciembre de 2006: Muy importante el artículo 28 de esta Convención por el cual *los Estados Parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: (a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad.*

En el mismo tenor, el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de agosto de 2007⁹ señala: *es ahora el momento de considerar el acceso al agua potable saludable y al saneamiento como un derecho humano, definido como el derecho a un acceso equitativo y no discriminatorio a una cantidad suficiente de agua potable saludable para el uso personal y doméstico que garantice la conservación de la vida y la salud*

Asimismo en marzo de 2008 el Consejo de Derechos Humanos mediante la Resolución 7/22 designó a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento y en octubre de 2009 mediante Resolución 12/8 tras el análisis del informe anual recibido elaborado por dicho experto *reconoce por primera vez que los Estados tienen la obligación de abordar y eliminar la*

⁹ Informe sobre El Alcance y los Contenidos de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionados con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

Marta Susana Sartori

discriminación en materia de acceso al saneamiento, instándolos a tratar de forma efectiva las desigualdades a este respecto.

Como corolario de este largo accionar la Asamblea General de las Naciones Unidas en Julio de 2010, mediante la Resolución ya citada, *reconoce oficialmente el derecho humano al agua y al saneamiento y asume que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos, instando a los Estados y a las organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a apoyar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los en vías de desarrollo, a suministrar servicios de agua potable y saneamiento seguros, limpios, accesibles y asequibles para todos.*

Agregamos a este sintético detalle otra Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Setiembre de 2010¹⁰ por la cual afirma que *el derecho al agua y al saneamiento es parte de la actual ley internacional y confirma que este derecho es legalmente vinculante para los Estados¹¹.*

¹⁰ A/HRC/RES/15/9.

¹¹ "...reaffirming the fact that international human rights law instruments, including the international Covenant on Economic, social and cultural Rights, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Convention on the Rights of the Child and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities entail obligations for States parties in relation to access to safe drinking water and sanitation,..3. Affirms that the human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, as well as the right to life and human dignity;...6. Reaffirms that States have the primary responsibility to ensure the full realization of all human rights, and that the delegation of the delivery of safe drinking water and/or sanitation services to a third party does not exempt the state from its human rights obligations...8.Calls upon States...(e)To adopt and implement

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

El derecho al agua potable y saneamiento como tal es esencial para la vida. Sin este elemento agua no hay vida. Está ínsito e implícito como elemento imposible de escindir cuando nos referimos a la vida, más aún, no necesita incluirse específicamente como tal porque sin agua, ni siquiera puede llegar a existir la vida.

Desde esta perspectiva todas las declaraciones, documentos, resoluciones, directivas, y cláusulas que podamos mencionar implícitamente lo consideran al referirse a los derechos humanos tales como la salud, el nivel de vida adecuado, vida digna, y demás aspiraciones que deben alcanzarse para realizarse acabadamente como persona.

Y así señalamos a nivel de la Organización de Naciones Unidas, que ya la propia Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 estableció: *El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.*

Desde este documento internacional –señalado como punto de partida de estas consideraciones sin dejar de lado la existencia que pueda haber de otro anterior en el mismo sentido-, se fueron dando otros con reconocimiento absoluto de los derechos humanos pero sin incluir el derecho al agua como tal, por ello consideramos

effective regulatory frameworks for all service providers in line with the human rights obligations of states, and to allow public regulatory institutions of sufficient capacity to monitor and enforce those regulations...”

Marta Susana Sartori

pertinente hacer mención a los distintos momentos detallados en el punto anterior.

Entendiendo la conveniencia de destacar de qué manera todo el accionar comentado tuvo acogida en los Estados ya sea en su normativa nacional como en sus compromisos internacionales, cabe realizar un breve repaso sistematizado en relación a organismos y acuerdos regionales y legislaciones nacionales tanto de Europa, como de Asia, Africa, Medio Oriente y Latinoamérica.

Así la Carta Social Europea de 1961 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 tienen referencia explícita la primera a garantizar el derecho a la protección de la salud y el Convenio el derecho a la vida que requieren necesariamente para su concreción el acceso al agua.

El Parlamento Europeo mediante Resolución del 12 de Marzo de 2009 *señaló que el agua es un bien común de la Humanidad y que el acceso al agua potable debería ser un derecho fundamental y universal.*

Ya específicamente señalando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como lo expresáramos en trabajo que nos pertenece¹² hay una defensa de los derechos humanos lesionados por degradación del medio ambiente y también la protección del medio ambiente en sí mismo como hábitat natural de la persona humana a la que llega el Tribunal con una interpretación que va más allá de la normativa específica consagrada en el Convenio

¹² SARTORI, M. S. "Dimensión Medioambiental en la protección de los Derechos Humanos: Tribunal Europeo de Derechos Humanos", para publicar en *Cuadernos de Derecho Internacional* año 2013, publicación del Instituto de Derecho Internacional y de Integración de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Europeo, y si bien no hay referencia directa al derecho humano al agua lo ha hecho pronunciándose respecto al agua contaminada que vulnera los derechos consagrados como tal.

En cuanto a las legislaciones nacionales de los distintos países de Europa algunos han incluido en sus constituciones nacionales el derecho al agua tales como Bélgica que fue el primero que lo incorporó a su constitución.

Señalamos el caso de Francia que votó favorablemente la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 2010 y además la incorporó a su legislación interna, para comentar en sentido contrario la actitud del Reino Unido que se abstuvo de votarla argumentando razones sustantivas y procesales¹³.

En Africa, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no lo contempla explícitamente lo hace al proteger el derecho a la vida y el derecho al mejor estado posible de salud física y mental mientras que en la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño el artículo 14 de la misma garantiza el derecho al mejor estado posible de salud física, mental y espiritual y obliga que los Estados garanticen el suministro de una alimentación adecuada y de agua potable.

En referencia concreta a la seguridad alimentaria el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en Africa señala la obligación de los

¹³ Interesa llamar la atención sobre lo expresado por el representante del Reino Unido quien manifestó que no había base jurídica suficiente para declarar o reconocer el agua o el saneamiento como derechos humanos independientes, y no había evidencia de que existían en el derecho consuetudinario.

Marta Susana Sartori

Estados Miembros de proporcionar a las mujeres el acceso al agua potable.

En Asia señalamos a China con voto favorable a la Resolución de la Asamblea General y la India que también votó favorablemente la citada Resolución.

Casi haciendo un parangón con el Tribunal Europeo si bien la Constitución de la India no incluye expresamente el derecho al agua pero sí protege el derecho a la vida, el Tribunal Superior de Madhya Pradesh¹⁴ dictaminó la violación de las obligaciones constitucionales por cuanto el exceso de fluor en el agua potable había causado enfermedad a sus ciudadanos, y por ende que el derecho al agua está incluido entre los derechos garantizados por la Constitución de la India señalando de esta manera el Tribunal que el derecho al agua está incluido en el derecho a la vida¹⁵.

En cuanto a Latinoamérica varios países ya han incorporado en sus constituciones nacionales el reconocimiento a este derecho humano al agua, otros lo han hecho mediante leyes internas, o incorporando tratados internacionales de derechos humanos que lo contemplan otorgándoles jerarquía constitucional.

Así podemos señalar a Argentina incluida en el último párrafo mencionado que le ha permitido incorporar el derecho al

¹⁴ 1996, caso Hamid Khan v. State of M.P. and Ors.

¹⁵ Referencia obligada relacionada con la India es el cierre de la planta de Coca-Cola en Kerala. Coca Cola había establecido en el año 2000 una planta de embotellado en Kerala con licencia autorizada por la autoridad local. Como la planta consumió grandes cantidades de agua muy rápido además del agotamiento de los suministros también generó contaminación por lo que los pobladores quedaron sin poder consumir agua potable y adecuada para el baño e higiene personal, esto generó reclamos importantes que lograron que las autoridades cerraran dicha planta en el año 2005.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

agua en legislación nacional, reforzada podríamos decir por la disposición del artículo 41 que permite interpretar la inclusión del derecho al agua en la misma¹⁶.

En este breve análisis comparativo podemos agrupar en forma positiva a:

Bolivia que en la reforma constitucional de 2009 consagra el derecho al agua como un derecho fundamental; a Ecuador cuya nueva constitución de Setiembre de 2008 reconoce el derecho al agua como derecho humano afirmando además que este derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable; Uruguay incluyó el derecho al agua como derecho humano mediante enmienda constitucional de 2004; Perú lo reconoce en su Ley de Aguas de 2009 que establece que el acceso al agua para satisfacer las necesidades humanas básicas es una prioridad sobre cualquier otro uso, incluso en épocas de escasez; igualmente Paraguay lo hizo en la Ley Nacional del Agua de 2007 que establece que todo el agua en el territorio del país es propiedad del Estado y el acceso al agua es un derecho humano fundamental; Venezuela lo hace a través de la Constitución Nacional cuyo artículo 127 establece la obligación fundamental del Estado de asegurar que la población se desarrolle en un ambiente libre de contaminación donde el agua es objeto protegido en forma especial por la ley.

En sentido contrario agrupamos a Chile que no ha reconocido este derecho humano al agua aún, Costa Rica ha hecho lo mismo, Guatemala por el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene el compromiso internacional que no ha avanzado en su desarrollo en el ámbito interno; Honduras

¹⁶ Art. 41: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Marta Susana Sartori

tampoco lo ha implementado, México no ha avanzado en dicho reconocimiento.

En el ámbito americano, el Protocolo Adicional N° 11 a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos incluyendo en estos el derecho al agua¹⁷.

También debemos tener en cuenta al Parlamento Latinoamericano (Parlatino) que en su XXVII Asamblea Ordinaria el 2 de Diciembre de 2011 realizada en Caracas, reafirmó su Declaración AO/2011/09 reconociendo el derecho al agua como derecho fundamental e inalienable, inherente a la vida, integridad y dignidad humanas, toda vez que el agua es un bien común universal de carácter natural, tangible y vital para la supervivencia de la diversidad biológica en el planeta. La población de la región latinoamericana y caribeña es titular del derecho fundamental al agua en adecuada cantidad, calidad y su sistematización.

En esta primera parte hemos tratado de destacar la evolución del derecho al agua potable como derecho fundamental y el desarrollo que como tal ha alcanzado a partir del compromiso de los Estados de hacer efectivo este derecho y su incorporación paulatina en las constituciones estatales.

¹⁷ Como simple mención señalamos al Tribunal Latinoamericano del Agua creado en 1998 por una coalición de organizaciones no gubernamentales de países centroamericanos en colaboración con abogados y científicos internacionales para contribuir a solucionar los conflictos relacionados al agua en América Latina.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

III. Agua y Seguridad Alimentaria

Paralelo a ello la crisis de agua y saneamiento se intensifica, es de destacar los Objetivos de Desarrollo del Milenio¹⁸ entre los cuales el Objetivo 7 con su meta 10 tiene como prioridad reducir a la mitad el porcentaje de la población mundial sin acceso seguro al agua potable.

Señalamos sin lugar a dudas que el agua es tema central para la seguridad alimentaria.

La realidad muestra un crecimiento poblacional previsto para el año 2050 de aproximadamente nueve mil millones de personas las que deben tener garantizada la disponibilidad de agua tanto en cantidad como en calidad suficiente y adecuada¹⁹, estimándose un aumento del 70% en la producción mundial de alimentos que ese crecimiento demandará.

A su vez, dichos alimentos requieren para su producción un mayor incremento del recurso agua; la agricultura es el mayor consumidor de agua dulce a nivel mundial provista por los lagos, ríos, glaciares²⁰ acuíferos²¹. Igualmente la producción de lácteos.

¹⁸ En setiembre de 2000 se reunió un vasto número de líderes mundiales los que aprobaron la Declaración del Milenio de la que surgen los Objetivos del Milenio.

¹⁹ En el año 2012 la FAO ha señalado que cada persona requiere de dos a cuatro litros de agua por día para satisfacer sus necesidades de ingesta, requiriendo los alimentos diarios también por persona de 2000 a 5000 litros diarios para producirlos.

²⁰ SARTORI, M. S. "Acuífero Guaraní, nuevo acuerdo de cooperación internacional y normativa interna en materia de aguas subterráneas/acuíferos de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay", en *Cuaderno de Derecho Ambiental, El Agua*, Número II,

Marta Susana Sartori

La gran problemática entonces es poder cubrir ese acceso al agua potable y saneamiento, ese derecho humano al agua por un lado, como también atender las exigencias en aumento del consumo de este recurso para producir los alimentos necesarios para cumplir con el otro derecho que es el de la alimentación, más aún, el de la seguridad alimentaria.

El desafío entonces es poder producir más alimentos con menos agua, tratando de reducir el desperdicio y las pérdidas avanzando hacia una alimentación más sostenible^{22,23}.

El recurso agua está sometido también a otras variables además de los usos señalados tales como la incidencia que en él tiene el Cambio Climático provocando sequías extremas como inundaciones excesivas las que ponen en peligro la producción de alimentos, asimismo el agotamiento de este recurso en el subsuelo.

del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, octubre 2011.

²¹ De estos últimos destacamos también la gran preocupación en su protección y preservación puesta en evidencia en los últimos años, tema también objeto de trabajo anterior: SARTORI, M. S. "Cambio Climático su impacto en los glaciares", en *Cuaderno de Derecho Ambiental*, del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, marzo de 2011.

²² En tal sentido se destaca la llamada "agricultura de secano" en la que no se hace aporte de agua por parte del hombre, utilizando únicamente la proveniente de la lluvia, así se ha señalado que las aceitunas provenientes de olivos de secano tienen mayor rendimiento que las de regadío. Entre los producidos podemos mencionar: cereales tales como trigo, cebada, centeno, girasol; legumbres: garbanzos, guisantes, habas; árboles frutales: almendro, olivo; hortícolas: cebolla, melones, tomates, entre otros.

²³ Se habla de Huella Hídrica: es una forma de medir el consumo directo e indirecto de agua en el total del volumen de agua que se utiliza para producir los bienes y servicios consumidos por persona, por comunidad o empresa.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Hay otros usos muy importantes que requieren cantidades importantes de este recurso tales como la producción de energía hidroeléctrica, sanidad, actividades recreativas entre otras.

Un factor determinante es la posibilidad de su contaminación por el exceso del uso de productos químicos.

Hay necesidad entonces de propiciar una gestión integrada del recurso agua, generándose técnicas de irrigación convenientes a nivel de tecnología apropiada, combinar los distintos sistemas que producción que permitan mejorarla; si bien los costos son sumamente importantes se debería hacer transferencia de tecnología de países desarrollados a países en vías de desarrollo para la reutilización de las aguas con procedimiento de tratado de desalinización, destinar los residuos agrícolas para generar bioenergía, implicando todo ello una acción común de todos los sectores vinculados.

La importancia del recurso agua fue reconocida como tal por la Asamblea General de Naciones Unidas la que por Resolución 55/196 de 20 de Diciembre de 2000 proclamó el año 2003 Año Internacional del Agua Dulce, reforzando su accionar con la Resolución 58/217 del 9 de Febrero de 2004 por la cual declara Decenio Internacional para la Acción “El agua, fuente de vida” 2005-2015²⁴, en esta Resolución decide que el Decenio:

Tenga como objetivos ocuparse más a fondo de cuestiones relativas al agua en todos los niveles y de la ejecución de los programas y proyectos relativos al agua y que al mismo tiempo se trate de asegurar la participación en intervención de la mujer en las medidas de desarrollo relacionadas con el agua, y promover la cooperación en todos los niveles, para ayudar a alcanzar los objetivos relativos al

²⁴ Decenio que comenzó el 22 de Marzo de 2005 Día Mundial del Agua.

Marta Susana Sartori

agua convenidos internacionalmente y contenidos en el Programa 21 y en el Plan para su ulterior ejecución, la Declaración del Milenio y el Plan de Aplicación de Johannesburgo, y según proceda, los objetivos determinados durante los períodos de sesiones 12º y 13º de la Comisión de Desarrollo Sostenible, ... Exhorta a los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, los organismos especializados, las comisiones regionales y otras organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a que den una respuesta coordinada, utilizando los recursos y fondos voluntarios existentes, para hacer que el decenio titulado “El agua, fuente de vida” sea un decenio para la acción.

En relación a la alimentación, la premisa es combinar alimentación sostenible con saludable.

Se señala problemas tales como un mismo índice importante tanto desnutrición como de sobrepeso con consecuencias de enfermedades crónicas, por lo que alcanzar el nivel de alimentación sostenible es el óptimo ya que es la que produce pocos efectos ambientales, que contribuye a la seguridad alimentaria y nutricional y a una vida sana para las generaciones de hoy y mañana.

Una alimentación sostenible protege y respeta la biodiversidad y los ecosistemas, es aceptable culturalmente, accesible económicamente justa y asequible, es adecuada nutricionalmente, inócuo y saludable, a la vez que optimiza los recursos naturales y humanos.

El 22 de Marzo de 2012 el tema fue el Día Mundial del Agua y Seguridad Alimentaria, al conmemorarse el 16 de Octubre de 2013 el Día Mundial de la Alimentación, el tema central será “Los Sistemas Alimentarios Sostenibles para la Seguridad Alimentaria y la Nutrición” como tema oficial dispuesto por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO) cuyo objetivo rector relacionado con la Nutrición es tratar de construir Medidas Integradas e Intervenciones Complementarias en la Agricultura y el Sistema

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Alimentario, en la Ordenación de los Recursos Naturales, en la Sanidad Pública y la Educación, así como en Ambitos de Políticas más amplios, todo ello tendiente a crear el Futuro que queremos.

IV. Normativa Internacional

En líneas generales y siguiendo la enumeración detallada de los instrumentos básicos contenida en las Directrices Voluntarias²⁵ referidos a la realización progresiva del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación adecuada, mencionamos:

Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 25;

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. II y artículo 2²⁶,²⁷;

Carta de Naciones Unidas, artículos 55 y 56;

Otros Instrumentos Internacionales como:

Convención sobre los Derechos del Niño;

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer;

²⁵ Directrices Voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional: aprobadas por el Consejo de FAO, en noviembre 2004.

²⁶ Observación General N^os 12 y 15.

²⁷ Como dato importante señalamos que en 5 de mayo de 2013 entró en vigor el Protocolo Facultativo de este pacto, el que otorga a las personas o grupos de personas bajo la jurisdicción de un Estado Parte, el derecho a presentar demandas sobre presuntas violaciones de cualquier derecho económico, social y cultural.

Marta Susana Sartori

Cuatro Convenios de Ginebra y los Dos Protocolos, entre otros²⁸.

V. Reflexiones Finales

Próximos a conmemorar el Día Mundial de la Alimentación y tal lo señaláramos al inicio como uno de los grandes desafíos que plantea este siglo XXI, y en virtud de los instrumentos internacionales citados los Estados Parte -en particular en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen la obligación de respetar, promover y proteger el derecho a la alimentación adecuada pero además promover acciones para su plena consecución, obligación extensiva a todos los sectores y actores involucrados, incluidos los propios destinatarios. Obligación de participar, deber de participar tomando parte en la medida permitida en la gestión de las políticas públicas, de expresarse, de buscar y recibir información.

No hay sujeto pasivo en este desafío, este entramado de recursos naturales, con su justa utilización y gestión integrada para satisfacer y cumplir con el derecho humano fundamental de la vida requiere acción, acción que nos compete y que desde esa perspectiva excede tanto la norma jurídica internacional como nacional por su contexto global multidimensional que nos involucra a todos nosotros ahora y a las generaciones futuras.

²⁸ También se han tenido en cuenta los compromisos asumidos en la Declaración del Milenio incluidos los objetivos de desarrollo, así como los resultados y compromisos de las principales conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en los ámbitos económico y social y en otros campos conexos, varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Comisión de Derechos Humanos y las observaciones Generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

DEUDA EXTERNA, BONOS, BIENES Y RECURSOS
NATURALES

FOREIGN DEBT, BONDS, PUBLIC PROPERTY AND NATURAL
RESOURCES

*María Cristina Rodríguez de Taborda**

Resumen: El presente artículo contiene una serie de reflexiones sobre abordajes teórico-jurídicos en una materia tan compleja como lo es la deuda soberana de los Estados. Han sido ordenadas cronológicamente de manera enlazar hechos históricos, respuestas políticas, enfoques económicos y reglas jurídicas.

Palabras - clave: Deuda externa – Bonos – Bienes – Recursos naturales.

Abstract: This article contains a series of reflections on theories and legal approaches in a matter as complex as the sovereign debt of the States. They have been chronologically ordered in way to link historical facts, policy responses, economic approaches and legal rules.

Keywords: Foreign debt – Bonds – Public property – Natural resources.

SUMARIO: 1. Los recursos naturales americanos durante el período colonial. - 2. Nacimiento de la doctrina de la deuda odiosa

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Profesora de Derecho Internacional Público en la referida institución. Miembro titular de los Institutos de Derecho Internacional Público y de la Integración y de Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

y su proyección internacional. - 3. Los primeros endeudamientos de gobiernos latinoamericanos. - 4. La crisis del 30' y el endeudamiento de los países europeos. - 5. Deuda por industrialización. - 6. Especulación y extranjerización. - 7. Bienes y recursos naturales. - 8. Los actores y las reglas. - 9. La fragata Libertad. - 10. Responsabilidad compartida.

1. Los recursos naturales americanos durante el período colonial

Como la expulsión de musulmanes y judíos había retrasado el ingreso de España a la revolución industrial poco o nada impulsaría tal modelo de desarrollo en América. De manera tal que, durante el período que transcurre desde la conquista hasta la emancipación de las colonias, el Imperio español se sostuvo con la extracción de metales existentes en los territorios coloniales, el cobro de derechos aduaneros y préstamos solicitados a banqueros alemanes y genoveses. El oro y la plata¹ americanos, que contribuían a solventar sus guerras, mantener a una vasta capa parasitaria en la Metrópoli y a las autoridades que controlaban los territorios de ultramar, con el tiempo se convirtieron en factores inflacionarios por el aumento de la masa monetaria frente a la escasa producción de bienes manufacturados. A esta dificultad se sumaron los elevados intereses moratorios aplicados por la demora en la llegada de los galeones cargados con plata, al punto que en 1575 España amenazó con decretar su primera quiebra financiera.

En un principio el desarrollo de las colonias fue disparate y se vio afectado por políticas monopólicas que impidieron el libre comercio de productos con países rivales, lo que para España implicó un ingreso de divisas asegurado. Más adelante los borbones buscarían explotar al máximo los recursos de las colonias americanas, promoviendo la liberalización del comercio e incentivos a la

¹ Representaba el 75% del valor de lo exportado.

María Cristina Rodríguez de Tabora

minería tendientes a incrementar la extracción de plata para acuñar moneda. Sin embargo, estas medidas no pudieron equilibrar la balanza fiscal o aumentar considerablemente la recaudación de impuestos. Como resultado del proceso independentista España pierde una importante fuente de recursos económicos al suspenderse el comercio con América¹, lo que aceleró su decadencia como potencia europea quedando totalmente desplazada por Inglaterra, país que se convertiría en el principal acreedor de los países latinoamericanos. A partir de aquí las cuentas públicas se separan y, como veremos en el siguiente punto, los nuevos estados no siempre reconocieron el deber de asumir los compromisos de administraciones coloniales predecesoras. Los fundamentos jurídicos son obvios: no haber existido autonomía financiera y tratarse de obligaciones no suscritas con otros Estados sino con privados. En los hechos sólo Bolivia asumió incondicionalmente la deuda española en 1844², en tanto que México reconoció aquella que había beneficiado a su propio pueblo.

¹ “La pérdida de las colonias americanas originó un deterioro de las cuentas externas y un drástico cambio en el panorama monetario español (del fuerte crecimiento del stock de oro y plata en el periodo 1770-1796 se pasó a una fase de descenso apreciable del mismo, especialmente a partir de 1811). Los gobiernos liberales tuvieron que emprender una política de reequilibrio de la balanza de pagos y el prohibicionismo constituyó, aparte de una medida trascendental de la política comercial decimonónica, un elemento esencial de la misma” (Cf. ENRIQUE LLOPIS AGELÁN. *Las crisis económicas en España (1000-2000)* en “*España entre la Revolución Francesa y la Era Ferroviaria: convulsiones, crisis y crecimiento económico*”, 2011 (disponible en: <http://www.aehe.net/xcongreso/pdf/sesiones/sesion-plenaria-b/llopis-enrique%20ponencia.pdf>).

² Bolivia lo hizo con la ley de 1844 y fue ratificado en el Tratado de reconocimiento, paz y amistad firmado con España en 1847.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

2. Nacimiento de la doctrina de la deuda odiosa y su proyección internacional

Para fines del siglo XIX los últimos resabios del colonialismo español en América eran Cuba y Puerto Rico, territorios que debe ceder a Estados Unidos como resultado de la guerra de 1898³. Durante la conferencia de París, celebrada ese mismo año para poner fin al conflicto, el gobierno estadounidense repudia la deuda cubana contraída por España -calificándola como *deuda hostil*- con el argumento que la había tomado en su propio interés (reconquistar Santo Domingo y reprimir los movimientos revolucionarios en Cuba) y sin el consentimiento del pueblo cubano. Aunque este sea el primer antecedente citado por la doctrina, hubo similares decisiones en otros países latinoamericanos. Por ejemplo, como “Protector de la Libertad del Perú” San Martín promulgó una norma que prohibía pagar los créditos contraídos por España para luchar contra los movimientos independentistas (1821)⁴; las deudas de Maximiliano I con bancos franceses e ingleses tampoco fueron reconocidas por México en el entendimiento que los préstamos fueron solicitados para sofocar a las fuerzas republicanas (1867)⁵. En los tres casos se trataba de deudas de guerra.

³ Con el Tratado de París también debe ceder Filipinas y la isla de Guam.

⁴ La primera disposición de los artículos adicionales del Estatuto Provisional de 1821 rezaba: “Animado el Gobierno de un sentimiento de justicia y equidad, reconoce todas las deudas del gobierno español que no hayan sido contraídas para mantener la esclavitud del Perú, y hostilizar a los demás pueblos independientes de América.

⁵ México debió hacer marcha atrás con su decisión, pues si no pagaba a los acreedores ingleses no obtendría nuevos créditos. Finalmente se pactó una quita de intereses.

María Cristina Rodríguez de Tabora

La expresión *deuda odiosa*⁶ fue acuñada en 1927 por Alexandre Sack en su estudio sobre los efectos de las transformaciones de los Estados sobre sus deudas públicas y otras obligaciones financieras. Para este jurista ruso-americano la legitimidad de la deuda está dada por el beneficio que pueda aportar al Estado, pero aclara que los empréstitos pactados con particulares son obligaciones regidas por el derecho privado. Explica que aquellas deudas contraídas por gobiernos legítimos son válidas y obligan al Estado, caso contrario son “personales”. Ilustra esta afirmación con la decisión de la Comisión Mixta Estados Unidos-Gran Bretaña (1871), encargada de resolver la deuda de las fuerzas confederadas con acreedores ingleses, cuando señaló que estos últimos habían actuado a su propio riesgo. Recuerda la decimocuarta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de 1868 que estipula que ni el gobierno federal ni estatal puede asumir o pagar ninguna deuda u obligación incurrida para ayudar una insurrección o rebelión en el país, y aclara que si un movimiento revolucionario llega al poder será responsable de los compromisos económicos tomados para el triunfo de su causa, transformando sus deudas personales en deudas del Estado⁷.

El concepto de la deuda odiosa irrumpió en el análisis de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tópico sucesión de estados en materia de bienes, deudas y archivos. Si bien el noveno reporte del Relator Especial Bedjaoui (1977) se limita a considerar las deudas contraídas por el Estado predecesor, también explica que “situándose desde el punto de vista de la comunidad internacional,

⁶ Actualmente se distingue entre deuda ilegítima (concertada por fuera de los procedimientos legales), odiosa (sin el consentimiento y beneficio de la población) y onerosa (excesiva por su irracionalidad).

⁷ Véase: ALEXANDRE SACK. *Les effets des transformations des États sur leurs dettes publiques et autres obligations financières*. Traité juridique et financière, vol. II, Recueil Sirey, 1927.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

podría entenderse por ‘deuda odiosa’ toda aquella contraída para fines no conformes al derecho internacional contemporáneo y, más concretamente, a los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas⁸.

A partir del nuevo milenio el debate fue reabierto. Algunos juristas indican que una deuda odiosa se caracteriza por la ausencia de consentimiento y beneficio para la población y el conocimiento del acreedor de estas circunstancias, e incorporan dentro de estos compromisos a aquellas contraídas por países del Tercer Mundo sin que la población reciba algún beneficio⁹. No obstante, contemporáneamente el caso más estudiado ha sido el de Irak luego de la invasión y ocupación en 2003. Al respecto se ha señalado que durante las negociaciones con el gobierno provisional iraquí los acreedores temieron que, por aplicación de la teoría de la deuda odiosa, éste repudiara los compromisos financieros contraídos por Saddam Hussein y contagiara a regímenes similares al de gobierno derrocado. Los temores de los acreedores eran ciertos, porque en 2005 Nigeria obligó al Club de París a realizar una quita del setenta por ciento de la deuda contraída por dictaduras militares a partir de 1999. La amenaza del parlamento nigeriano de desconocerla en su totalidad torció el brazo de los acreedores¹⁰.

⁸ Noveno informe sobre la sucesión en lo que respecta a materias distintas de los tratados, por el Sr. Mohammed Bedjaoui, Relator Especial. *Proyecto de artículos, con comentarios, sobre la sucesión en las deudas de Estado*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1977, vol. II, p. 72.

⁹ Véase: SABINE MICHALOWSKI. *Unconstitutional regimen and the validity of sovereign debt*. Ashgate Publishing Ltd, 2007, P. 41 y ss.

¹⁰ JAI DAMLE. *The Odious Debt Doctrine after Iraq*. Law and Contemporary Problems, vol. 70, 2007, p. 152 (disponible en:

<http://www.law.duke.edu/journals/lcp>). PATRICIA ADAMS. *Iraq's Odious Debt* (disponible en: <http://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa526.pdf>).

María Cristina Rodríguez de Tabora

La deuda externa es una problemática compleja que muchas veces perturba el desarrollo de los pueblos en vez de promoverlo y, aunque surja de decisiones adoptadas desde las esferas gubernamentales, no todo niño que nace en un país con altos compromisos financieros internacionales lo hace “con un pan bajo el brazo”, sino con una deuda con acreedores extranjeros que puede condicionar su futuro. Esto ocurre porque se socializan las pérdidas aunque no haya existido ningún beneficio para la población. En efecto, a decir de Alexandre Sack “la deuda pública está garantizada por todo el patrimonio del Estado” y “sus derechos soberanos se extienden a todo aquello que se encuentra dentro de los límites de su territorio y a la población de ese territorio que el gobierno hace participar por medio de impuestos, monopolios, etc., en los gastos del Estado”¹¹.

También es bien sabido que los gobiernos generalmente emiten bonos a cambio de préstamos internacionales con la esperanza de pagarlos a corto plazo y, para ello, suponen que obtendrán suficientes ingresos a través de la balanza comercial y de políticas de auténtica inversión extranjera. Como hay diferencias entre países según el grado de desarrollo alcanzado los bienes que favorecen el ingreso de divisas pueden ser numerosos o pocos, de capital o materia prima y, muchas veces, su valor es fijado por mercados internacionales. En cuanto a la inversión extranjera su arribo dependerá del grado de seguridad jurídica vigente en un Estado.

Por otro lado, mientras el dilema de los países es cómo cancelar la deuda externa los tenedores de bonos siempre han buscado garantías de cumplimiento, establecido reglas para su reembolso e intentado cobrarla por diversas vías. Como el derecho

¹¹ *Ibid.*, *Les effets...*, p. 72 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

internacional ya no permite el cobro compulsivo a través del uso de la fuerza, el conflicto se zanja en estrados judiciales foráneos, lo que implica que muchos bienes fuera del país puedan verse afectados por medidas cautelares.

3. Los primeros endeudamientos de gobiernos latinoamericanos

Los primeros endeudamientos latinoamericanos se originan en la necesidad de sostener la lucha emancipadora. Cumplido este objetivo pasaron a solventar los ejércitos que lucharían en conflictos internos o con países vecinos, pero escasamente alcanzaron a promover un genuino desarrollo nacional.

El empréstito contraído por Rivadavia en 1824¹² constituye el primer antecedente de deuda exterior argentina. Fue otorgado por la Casa Baring-Brothers por un millón de libras esterlinas, al seis por ciento de interés anual, garantizado por rentas y tierras públicas. Entre comisiones e intereses por adelantado quedaron sólo 500 mil libras, las que fueron depositadas en Inglaterra, llegando al país 200 mil en monedas de oro y 270 mil en letras de cambio. La deuda estaba instrumentada en un bono general. La transacción fue ratificada por la llamada *Ley de Enfiteusis* de 1826¹³ que permitía su

¹² En 1822 la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires aprobó una ley que facultaba al gobierno a negociar, dentro o fuera del país, un empréstito de tres o cuatro millones de pesos valor real, que sería empleado para la construcción de puertos, la fundación de tres ciudades y la provisión de agua corriente. Todas estas obras a realizarse en la provincia de Buenos Aires.

¹³ El nombre correcto es *Ley de consolidación de la deuda interna* y fue aprobada el 15 de febrero de 1826. En el decreto de 16 de marzo del mismo año Rivadavia la reglamentó estableciendo que “los gobiernos de las provincias pasarán a la mayor brevedad al ministerio de hacienda, una razón en cuanto pueda ser circunstanciada de las tierras y demás bienes inmuebles de propiedad pública, existentes en sus territorios respectivos” y “se expresará igualmente el producto que por ahora rindan dichos bienes: los que estén actualmente

María Cristina Rodríguez de Tabora

explotación a cambio del pago de un canon¹⁴. Cuando en 1828 no se pudo desembolsar el tercer servicio de la deuda, pactado en oro, fue ofrecido ejecutar las tierras públicas. Como los acreedores no aceptaron, se debieron vender dos fragatas de guerra -*Asia* y *Congreso*- en construcción en el puerto de Londres. No se realizaron las obras convenidas y la deuda recién fue totalmente cancelada en 1904.

A pesar de adeudar parte del empréstito Argentina volvió a contraer otros créditos, encontrándose en la imposibilidad de pagarlos en 1873 y en 1890¹⁵. El nuevo endeudamiento fue fruto de malas políticas que alentaron la especulación en vez de la inversión, llegándose a proponer la venta de un millón de hectáreas en la Patagonia para no caer en bancarrota. Como la oferta no se concretó fue ideado un plan de ajuste¹⁶.

La *doctrina Drago* es contemporánea de los últimos pagos hechos por nuestro país a la banca Baring, período en el cual las naciones europeas acreedoras consideraban legítima la intervención armada para el cobro de la deuda pública¹⁷. Esta doctrina nace con la intervención armada en Venezuela durante 1902, república que, al no

destinados a objetos del servicio público, y si hay algunos que en consideración a su estado, convenga enajenar, para obtener al efecto del congreso general la autorización especial que se exige por el artículo 5 de la ley de 15 de febrero”.

¹⁴ Los principales productos de exportación eran el tasajo y la lana de oveja, esta última hacia Gran Bretaña.

¹⁵ EUGENIO ANDREA BRUNO. *The Failure of Debt-Based Development: Lessons from Argentina*. *Cato Journal*, vol. 26, n° 2, 2006, p. 362 y ss.

¹⁶ FELIPE PIGNA. *Los mitos de la historia argentina*, vol. 2, de San Martín a “El Granero del Mundo”. Ed. Planeta, 2005, p. 340.

¹⁷ En el clave enviado al gobierno estadounidense Drago afirmó que “El principio que quisiera ver reconocido, es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea”.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

querer entrar en conversaciones con el Comité de Tenedores de Bonos Extranjeros de Gran Bretaña¹⁸, recibió como respuesta de los estados acreedores (Inglaterra, Alemania e Italia) el envío de fuerzas navales encargadas de bloquear y bombardear sus puertos¹⁹. Tales hechos motivaron un reproche por parte del Ministro de Relaciones Exteriores argentino Luis María Drago al gobierno de Estados Unidos por no haber actuado a favor de un Estado americano. Lo cierto es que para el ejecutivo de ese país la doctrina Monroe condenaba la intervención europea en América sólo si se trataba de recuperar territorios y colonizarlos, mas no en caso de cobro de deuda pública.

El gobierno estadounidense estaba tan convencido de la legalidad de la medida que por cuarta vez intervino militarmente en Nicaragua²⁰, esta vez con la finalidad de obligarle a cancelar la deuda con un grupo de acreedores alemanes y estadounidenses y convertirla en acreencias a favor de una sociedad de su nacionalidad²¹. Uno de los militares que combatió y murió enfren-tando a las tropas conservadores nicaragüenses y norteamericanas fue

¹⁸ Entidad establecida en Londres en 1868 y que había intervenido en la deuda egipcia por la construcción del canal de Suez.

¹⁹ El caso llegó a la Corte Permanente de Arbitraje en virtud de un acuerdo firmado en 1903. La Corte se expide en 1904 a favor del reclamo de los estados que habían orquestado el bloqueo (*Asunto relativo al derecho de preferencia reclamado por las potencias bloqueantes a Venezuela*. Serie B, 1904).

²⁰ Tropas norteamericanas habían invadido Nicaragua en 1853, 1854 y 1894.

²¹ El enviado estadounidense Dawson llegó a Nicaragua en 1910 a bordo de un buque de guerra obligando a firmar un acuerdo que lleva su nombre por el cual se establecía un nuevo empréstito destinado a pagar las deudas con nacionales de Estados Unidos y de otros países garantizado con un porcentaje de los derechos aduaneros. El Pacto Dawson fue reemplazado por el Tratado Castillo-Knox del año siguiente y la mayor parte del empréstito fue depositado en la banca de Nueva York, mientras que los ferrocarriles y los bancos nacionales nicaragüenses pasaron a manos de los financistas norteamericanos Brown Brothers.

María Cristina Rodríguez de Taborda

Benjamín Zeledón Rodríguez, quien había sido juez en la Corte Centroamericana de Justicia.

La carga de este empréstito derivó en la firma del *Tratado Chamorro-Bryan* de 1914, por el que se acordó que Nicaragua concedería a Estados Unidos el derecho exclusivo y propiedad de un canal interoceánico, de las islas Great y Little Corn sobre el Caribe y permitiría el establecimiento de una base militar en el golfo de Fonseca, afectando derechos de Honduras y El Salvador en la región²². En el artículo II quedó expresamente convenido que el territorio arrendado y la base militar quedarían exclusivamente sujetos a las leyes y soberanía de los Estados Unidos²³. Aunque el acuerdo era contrario a la prohibición constitucional de ceder parte del territorio nacional, el dinero obtenido sirvió para pagar su deuda externa.

Otro resonante caso de principios del siglo XX -pero que felizmente no conllevó el uso de la fuerza- fue el de las reclamaciones británicas por deudas del gobierno del general Tinoco, gobernante de facto en Costa Rica (caso *Tinoco*, Gran Bretaña-Costa Rica, 1923). El árbitro Taft indicó que un Estado no puede excusarse de cumplir con sus obligaciones bajo pretexto de ilegitimidad del gobierno anterior pero, como se probó que el Royal Bank of Canadá conocía que el préstamo otorgado sería utilizado por Tinoco para su sostenimiento personal durante su refugio en el exterior, decidió que

²² El conflicto fue llevado por Honduras y El Salvador ante la Corte Centroamericana de Justicia, la que en sendas sentencias de 1916 y 1917 afirmó que se trataba de una venta de derechos reales y que Nicaragua había violado los derechos adquiridos por esos dos países en el Tratado Cañas-Jerez, aclarados en el laudo Cleveland. No pudo pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo por verse implicado Estados Unidos en el asunto.

²³ Art. II *in fine* del tratado.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

las negociaciones de la entidad bancaria con el anterior gobierno costarricense eran nulas.

Para aquella época el jurista argentino Podestá Costa formuló la *teoría de la comunidad de fortuna* entre acreedores y deudores (1926), la que sostenía lo siguiente: “el extranjero obra en virtud de una resolución personal cuando él mismo o sus bienes se sitúan en otro Estado. Esta resolución debe ser considerada consciente y deliberada porque no le son desconocidas las características del medio: sabe cuáles son las ventajas y los inconvenientes previsibles, pesa sus determinaciones y actúa en consecuencia”. No obstante, tiene presente que los bonos públicos son transferibles por lo que el acreedor no siempre está individualizado y en este caso “el repudio de la deuda pública en todo o en parte violaría la buena fe que debe regir en las relaciones humanas”²⁴. Esta posición es coincidente con la de algunos relevantes internacionalistas que le fueron contemporáneos. Por ejemplo, Politis y de Lapradelle afirmaban que, al tratarse de contratos aleatorios, los acreedores conocen la posibilidad de que el Estado difiriese el pago, modificara las condiciones o redujera el monto²⁵.

Otra problemática planteada a principios de siglo XX fue la de las excepciones al pago de deuda, por ejemplo, la fuerza mayor. En el asunto las *indemnizaciones rusas* llevado ante la Corte Permanente de Arbitraje (1912) el Imperio Otomano intentó hacer valer tal excepción para no sufragar los intereses que habrían incrementado groseramente lo adeudado, a lo que el tribunal respondió que para

²⁴ PODESTA COSTA/RUDA. *Derecho Internacional Público*, Ed. TEA, 1985, tomo II, p.228 y ss.

²⁵ *Ibid.*, *Les effets...*, p. 69.

María Cristina Rodríguez de Tabora

que fuera receptada debería haber estado en peligro su existencia o gravemente comprometida su situación interior o exterior²⁶.

4. La crisis del 30' y el endeudamiento de los países europeos

Años más tarde un documento analizado por la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, realizada en La Haya durante 1930, admitió el estado de necesidad como excepción al pago de la deuda pública. En éste se afirmaba que “el Estado incurre en responsabilidad, si mediante una disposición legislativa, desconoce o pretende dar por anuladas deudas que le obligan. El Estado incurre en responsabilidad si, aún sin desconocer la deuda, mediante una disposición legislativa suspende o modifica su servicio en todo o en parte, salvo que se vea forzado a ello por necesidades financieras”. Disposición análoga se proponía para actos del poder ejecutivo²⁷.

Curiosamente este documento es coetáneo de la crisis de económica mundial a cuya consecuencia ciertos estados no pudieron honrar su deuda externa²⁸. Alemania había dejado de pagar las reparaciones de guerra, lo que resintió la economía de países europeos cuyo principal acreedor era Estados Unidos. Ante el fracaso del Plan Young²⁹, que acordaba facilidades al gobierno alemán hasta 1931, en 1931 el Congreso estadounidense aprobó la *moratoria Hoover*, aplicable a los estados europeos con dificultades

²⁶ CPA. *Asunto de las indemnizaciones*. Sentencia arbitral de 11 de noviembre de 1912, p.8.

²⁷ Bases de discusión nº 4 y 5 elaboradas en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional (La Haya 1930) y citadas en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 1956, p. 220 (A/CN.4/Ser.A/1956/Add.1).

²⁸ En 1932 fue creada en Estados Unidos una suerte de asociación de tenedores de bonos latinoamericanos.

²⁹ Con el Plan Young se pactó una reducción de la deuda alemana a 9.000 millones al 5% por un plazo de 60 años.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

económicas para solventar sus compromisos financieros³⁰. El tema luego sería abordado en la Conferencia de Lausana de 1932, promoviéndose la condonación de las deudas entre estados aliados durante el conflicto bélico mundial y las correspondientes a reparaciones de guerra alemanas. Con el arribo de Hitler al poder Alemania decide suspender los pagos que restaban.

Ciertamente el sistema financiero internacional había colapsado, pues se abandonó el patrón oro y las principales monedas de intercambio internacional fueron devaluadas, circunstancias que condicionaron el reembolso de lo adeudado o bien se lo canceló con moneda depreciada. Incluso llegó a admitirse que no se sufragara bajo determinadas circunstancias. Pese a los esfuerzos para sostener algunas economías, más adelante Gran Bretaña y otros estados europeos se declararon en cesación de pagos³¹.

La problemática llegó a los estrados judiciales, pues en 1932 la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo oportunidad de analizar la moratoria Hoover en la opinión consultiva relativa a la *interpretación del acuerdo greco-búlgaro* de 1927. En la controversia

³⁰ “La depresión mundial ha afectado más severamente a países europeos que al nuestro. Algunos de estos países están sintiendo de manera muy seria el drenaje que causa esta depresión sobre la economía nacional. La estructura de las deudas intergubernamentales, soportable en tiempos corrientes, es muy pesada en medio de esta depresión. Como consecuencia de una variedad de causas que surgen de la depresión, tales como la caída en el precio de las materias primas extranjeras y la falta de confianza en la estabilidad política y económica en el extranjero, hay un movimiento anormal del oro hacia los Estados Unidos que está disminuyendo la estabilidad del crédito de muchos países extranjeros” (Congreso de los Estados Unidos, 72do Congreso, Primera sesión, H.J.Res. 123, 1931:2).

³¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. *Informe sobre el comercio mundial 2007*, p. 45.

(disponible en: http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/wtr07-2b_s.pdf).

María Cristina Rodríguez de Tabora

Grecia pretendía compensar los créditos de guerra contra Bulgaria con el remanente de los bienes de los nacionales de cada país radicados en el otro³². Argumentaba que podía aceptar la moratoria de la deuda alemana pero no la búlgara³³. Ese mismo año la Corte debió entender en el asunto concerniente a los *empréstitos serbios* emitidos en Francia, volcando su análisis en la excepción de fuerza mayor invocada para no satisfacer los créditos de los tenedores de bonos franceses³⁴.

Argentina, como acreedora de Gran Bretaña³⁵ -país que había empleado la mayor parte de sus recursos en el esfuerzo bélico y adoptado varias medidas económicas, como la no convertibilidad de la libra- debió suscribir el *acuerdo Eady-Miranda* en 1943. En dicho tratado se estableció que los saldos previos quedarían bloqueados, excepto para la repatriación de la deuda pública y de inversiones inglesas. La solución para el cobro vendría con la compra de los ferrocarriles ingleses, en su momento construidos en compensación

³² Los bienes de nacionales griegos y búlgaros se habían visto afectados por el acuerdo de 1919 sobre intercambio de poblaciones.

³³ CPJI. Serie A/B. *Interpretación del acuerdo greco-búlgaro de 1917*. Opinión de 8 de marzo de 1932, p. 17 y ss.

³⁴ Los acreedores querían cobrar sobre el valor del franco oro, pretensión que resultaba muy gravosa para el demandado.

³⁵ “Estos saldos no fueron oportunamente pagados ni convertidos a oro sino mantenidos en cuenta en libras, sin intereses, a nombre del Banco Central en el Banco de Inglaterra. Tales saldos eran indisponibles para su utilización fuera del área de la libra y estaban garantizados en oro. La Argentina y el Reino Unido estaban vinculados por el Acuerdo Comercial Anglo-Argentino de 1936, sucesor del pacto Roca-Runciman de 1932; dentro de este marco, en 1941 se acordó entre los bancos centrales el procedimiento descrito, que no incluía cláusula alguna referida a la fecha de pago” (Cf. JUAN VITAL SOURROUILLE. La posición de los activos y pasivos externos de la República Argentina entre 1946 y 1948. CEPAL. Serie Estudios y Perspectivas, n° 29. 2005, p.11).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

del envío de materia prima hacia el viejo continente (*Tratado Andes de 1948*)³⁶.

Convenios similares fueron suscriptos con España (Protocolo Perón-Franco de 1948), Italia (Convenio Comercial y Financiero de 1947), Francia, Bélgica, Rumania, Checoslovaquia, Yugoslavia, Dinamarca, Suecia y Finlandia, previendo el envío de alimentos (cereales, oleaginosas y carnes) a cambio de bienes de capital necesarios para la industrialización de Argentina. Como los países europeos aún no se hallaban en condiciones de entregar maquinaria, el compromiso fue asumido por Estados Unidos, quedando como principal beneficiario de la operación.

5. Deuda por industrialización

La situación de Argentina no era de las mejores, pues Estados Unidos la había presionado para que completara los embarques de trigo que enviaba a Europa Occidental. Debía hacerlo a bajo precio, caso contrario no sería incluida en el *Plan Marshall* que le garantizaba el ingreso de dólares en vez de las inconvertibles monedas europeas y la adquisición de bienes norteamericanos, a precios de mercado, necesarios para el proyecto industrializador³⁷.

³⁶ La compra totalizó 150 millones de libras esterlinas (600 millones de dólares), las que se correspondían con la deuda británica. Los ferrocarriles ya no resultaban rentables para Inglaterra y debía hacerse de capital líquido para pagar su deuda con Estados Unidos, pero este país presionó para que la operación no se realizara en dólares. Argentina debió efectuar fuertes inversiones para la recuperación del sistema ferroviario.

³⁷ MARIO RAPOPORT-CLAUDIO SPIGUEL. *La Argentina y el Plan Marshall: promesas y realidades*. Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 52, n°1. (disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292009000100001&script=sci_arttext).

María Cristina Rodríguez de Taborda

Por motivos políticos Argentina no ingresó al Plan Marshall. A este hecho se agregaron la sequía y el control monopólico de la compra y venta de productos primarios por parte del Instituto Argentino de la Promoción del Intercambio (IAPI), situación que impactaría en los compromisos financieros que el gobierno nacional contraía para su proyecto industrializador. Ello llevó a que en 1950 el gobierno de Perón solicitara al Eximbank un préstamo por 152 millones de dólares, únicamente destinado a sufragar lo adeudado a acreedores estadounidenses. A esta deuda se sumó la contraída en 1955 por el gobierno de facto, esta vez con bancos europeos. A partir del año siguiente se advirtió la imposibilidad de pago, motivo por el cual el ministro de finanzas francés reunió a los acreedores planteándoles la refinanciación y de esta manera evitar la bancarrota de nuestro país. El Club de París había nacido y Argentina había participado en sus orígenes.

Para la década de los 60' algunos economistas latinoamericanos (Prebisch, Furtado, Cardoso, Ferrer, Pinto y Urquidí) se habían enrolado en la llamada *corriente estructuralista*, sector que actuaba dentro de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) creada por las Naciones Unidas. Ellos advertían las dificultades que se presentaban para el desarrollo, en particular por el desequilibrio entre los precios de adquisición de bienes importados destinados a la industrialización y los de los productos primarios de exportación. Indicaban, además, que había una transferencia de recursos desde la periferia hacia los países desarrollados sometiéndolos a una continua descapitalización, fruto de la manera en que había sido organizado el sistema multilateral de comercio³⁸.

³⁸ Bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de la ONU en 1947 se adoptó la Carta de La Habana, cuyo objetivo fue crear una organización

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Tal posición rompió con la tradicional teoría de división internacional de trabajo, que postulaba que cada país debe especializarse en producir aquello en lo que tuviese más ventaja. Fue de gran interés para los dirigentes políticos de la época, pues entendieron que para superar dicha concepción era necesario el autoabastecimiento de petróleo, carbón y acero y sustituir las importaciones a través de la industrialización regional. Proponían que, aunque tuviera un elevado costo, la promoción industrial sería inicialmente sostenida por los gobiernos. La inestabilidad política en numerosos estados latinoamericanos, indirectamente vinculada a la Guerra Fría, impidió que el proyecto se concretara de manera adecuada.

6. Especulación y extranjerización

La nueva deuda exterior de importancia surge de políticas económicas insostenibles vigentes a mediados de los 70', las que implicaron una gran exportación de capital desde Latinoamérica hacia los centros financieros internacionales. No son ajenos a esta situación nuevos actores internacionales y reglas de juego impuestas por los acreedores, públicos y privados, trastocándose la bilateralidad y debilitando la capacidad negociadora de cada Estado.

mundial de comercio y postular el multilateralismo y la igualdad de trato, beneficiando de esta manera a los estados en vías de desarrollo al asegurárseles el acceso a los mercados internacionales. De su lectura se desprende que también estaba orientada a la reconstrucción de la economía de los países afectados por la Segunda Guerra Mundial (Doc. E/CONF.2/78, abril 1948). Fue ratificada por Estados Unidos y Líbano. Nuestro país no asistió a la Conferencia. Ese mismo año el vacío fue cubierto por el GATT, acuerdo negociado independientemente de las Naciones Unidas, que se limitó a la liberalización del comercio de mercaderías con la excepción de áreas sensibles, como la de los productos agrícolas, que quedaban fuera de cualquier negociación provechosa para los países latinoamericanos.

María Cristina Rodríguez de Tabora

Ninguno de estos dos aspectos –actores y reglas– tuvo relación con la *Declaración para el establecimiento de un nuevo orden económico internacional* (Resolución de Asamblea General 3201 de 1974) que buscó la equidad en las transacciones internacionales y un desarrollo equilibrado para todos los estados. Tampoco pueden soslayarse hechos ocurridos en el ámbito interno, como la corrupción de gobiernos de países en vías de desarrollo o la absorción por el Estado de la deuda externa privada, tal como sucedió en Argentina³⁹, donde no se explica que el endeudamiento del sector industrial coincidiera con el estancamiento productivo.

El alza del precio del petróleo en la década de los 70' fomentó liquidez en el mercado financiero por colocaciones realizadas por los miembros de la OPEP, pero, a decir verdad, parte de los créditos otorgados a países en vías de desarrollo estuvieron

³⁹ “Que a partir de 1982, se transformaron las operaciones del sector privado, en deuda pública, pero sin tener en cuenta los requisitos mínimos para otorgarlos y en algunos casos ni siquiera se exigieron las contragarantías necesarias e indispensables para su cumplimiento, sin registrarse los destinos para los que fueron empleados los fondos, que al otorgarse avales con contragarantías de la Secretaría de Hacienda de la Nación, fueron cancelados por el Tesoro Nacional sin que se hayan efectuado los posteriores reclamos a los favorecidos por los mismos”(…)“El régimen legal tiene su origen en leyes de promoción industrial, entre las que se destacan las del sector petrolero, papeler y siderúrgico, elaborándose un conjunto de subsidios, desgravaciones y diferimientos impositivos para financiar el aporte de capital privado y garantizar, a los bancos internacionales, la deuda por el financiamiento externo que le otorgan a las empresas privadas mediante la figura del aval. Dado que la titularidad estaba en cabeza del sector privado se logró ocultar el gasto público, recién advertido cuando hubo que abonar los avales por falta de pago del sector privado” (Extractos del fallo del juez en autos “Olmos, Alejandro S/dcia” de 13 de julio de 2000. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federal).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

orientados a saldar sus compromisos económicos externos⁴⁰. La deuda pública argentina fue incrementándose paulatinamente, trepando a 45 mil millones dólares hasta el advenimiento de la democracia en diciembre de 1983, para multiplicarse exponencialmente y pasar los 146 mil millones a fines de 1999. Pese a la reestructuración en 2005 y 2010⁴¹ la deuda pública representa 180 mil millones de dólares⁴² (41,5% PBI) y hasta 2012 ya se han pagado 270 millones⁴³. Lo saldado suma un monto claramente superior al capital, reembolsándose anualmente alrededor de 40 mil millones de dólares en concepto de servicio de la deuda mientras que su incremento durante el mismo período alcanza a 10 mil millones⁴⁴. Manifiestamente el gran negocio de los acreedores ha sido mantener la deuda estatal.

Varios factores contribuyeron a aumentarla. Algunos exógenos, como la suba unilateral de intereses por el acreedor en función de mercado financiero durante los años 80⁴⁵ (del 6% al

⁴⁰ “Que de los comentarios y lo expuesto respecto de la acción del FMI y la banca extranjera, se concluye que los organismos acreedores también actuaron con imprudencia en todo el manejo del endeudamiento externo, que ellos aceptaron movidos por un afán desmedido de colocación de fondos provenientes de la época del auge de la explotación mundial del petróleo”. *Ibid. Extractos...*

⁴¹ Algunos bonos fueron canjeados a los tenedores privados e institucionales y otros adquiridos por Venezuela a una tasa anual del 10,6%, los que luego vendería en el mercado.

⁴² No incluye la deuda con los que no entraron en la reestructuración.

⁴³ El INDEC informaba que en 2009 la deuda alcanzaba a 123 mil millones, lo que da cuenta que a 2012 había crecido más de un 40%.

⁴⁴ Los intereses forman parte del gasto corriente de presupuesto nacional porque se pagan, a diferencia de los vencimientos de capital, que no figuran como gasto sino como amortizaciones y nuevo endeudamiento debido a que se refinancian en su totalidad.

⁴⁵ En el Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional de 1989 fue presentada la ponencia del jurista argentino

María Cristina Rodríguez de Tabora

8,9%⁴⁶) y la caída del valor de bienes tradicionales exportables que desequilibró la balanza comercial. Otros endógenos, como la absorción por el Estado de la deuda privada, la no diversificación de la producción exportable y la falta de inversión productiva en consonancia con la fuga de capitales.

En el crecimiento de la deuda participaron gobiernos democráticos y no democráticos, autodenominados nacionalistas, progresistas o liberales, los que no pudieron compensar con las exportaciones o con la venta de importantes activos nacionales (Yacimientos Petrolíferos Fiscales, Aerolíneas Argentinas, Ferrocarriles Nacionales, Flota Fluvial del Estado Argentino, Empresa Líneas Marítimas Argentinas, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Gas del Estado, Hidroeléctrica Norpatagónica/HIDRONOR, SOMISA, Área Material Córdoba Aviones, etc.) la carga que la deuda externa representaba⁴⁷. Tampoco fue suficiente la concesión de servicios relativos a correos,

Miguel Ángel Espeche Gil que consideraba violación flagrante de principios básicos de derecho universalmente reconocidos y aceptados la inserción en los contratos de cláusulas que permitieran la alteración del valor de las obligaciones y de las condiciones de su cumplimiento, por la voluntad unilateral de uno de los contratantes, como ocurre con el cobro de tasas de interés variables, que son fijadas por la parte acreedora. También postulaba la solicitud de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia para que dilucidara el tema.

⁴⁶ EDUARDO CONESA. *El déficit fiscal estadounidense y la crisis de la deuda externa latinoamericana*. INTAL. Estudios, 1988.

(disponible en:
http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/139-Estudios_3.pdf)

⁴⁷ Se obtuvieron más de 20.000 millones de dólares, parte de los cuales eran bonos de la deuda pública. En el caso de Aerolíneas Argentinas el comprador hipotecó los aviones para garantizar el pago del préstamo bancario otorgado a Iberia para sus inversiones, luego fue transferida al Grupo Marsans -de capital español- quien la empleaba para solventar los costos de las otras aerolíneas que explotaba en España y Latinoamérica.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

producción y distribución de energía y gas, provisión de agua, etc., a inversionistas extranjeros⁴⁸. Además, tanto en la venta como en la concesión, los pasivos fueron garantizados por el Estado Nacional al momento de la transferencia, lo que significó una importante merma de recursos⁴⁹. Todas estas modalidades respondieron a los lineamientos del *Consenso de Washington* de 1989 y fueron seguidos disciplinadamente, no sólo por nuestro país sino también por varios países latinoamericanos.

En cuanto a los efectos sobre el espectro socioeconómico puede decirse que son numerosos. Las recetas de organismos internacionales consistentes en políticas de ajuste fiscal y, simultáneamente, en la apertura de la economía, llevaron a una importante caída del sector industrial (representaba un 35% del PIB en 1970 para pasar al 16% en 2001), desempleo y desigualdad social. En consonancia con otros estados de la región Argentina se endeudó para pagar deuda externa con mayores intereses, que a su vez fueron cubiertos con más deuda, llevando a la suspensión en el pago a fines de 2001, de manera similar a lo sucedido en México en 1994 (*Efecto Tequila*).

7. Los actores y las reglas

Respecto a los actores y reglas merecen citarse el Fondo Monetario Internacional⁵⁰, el Banco Mundial y las asociaciones de

⁴⁸ En la mayoría de los casos consistió en pasar a manos privadas el monopolio que detentaba el Estado.

⁴⁹ Leyes de Reforma del Estado (23696) y de Emergencia Económica (23697).

⁵⁰ Es elocuente el papel del FMI en relación a nuestro país cuando ponderaba las medidas adoptadas por el gobierno del presidente Menem y que terminarían aumentando considerablemente la deuda externa. Al parecer cuando a un país le va bien considera que parte del éxito se debe a su asesoramiento, en tanto que cuando está en crisis la responsabilidad es

María Cristina Rodríguez de Tabora

acreedores (Club de París y de Londres, fondos de inversión especulativos), la elaboración de sucesivos planes destinados a resolver la deuda impaga bajo condiciones de desregularización de la economía, pasar de la financiación bancaria al mercado internacional de valores (e. ej. refinanciación con los bonos Brady) y la imposibilidad de emitir o renegociar deuda pública si no se prorrogaba la jurisdicción a fueros extranjeros. Por lógica, tal modalidad contractual llevaría a que una emisión de bonos soberanos fuera considerada una actividad comercial del Estado sin que cupiera alegar defensa alguna, mucho menos al tratarse de instrumentos negociables en el mercado financiero (v.g. casos *Weltover Inc.*⁵¹ y *NML Capital, Ltd.*⁵²). Por otro lado, llamaba la atención que el ímpetu de los países latinoamericanos por crear organizaciones de integración no se replicara en constituir algún ente que agrupase a países deudores.

Otro importante aspecto a tener en cuenta lo constituye la actuación de la justicia, tanto extranjera como nacional. La primera discurre entre la normativa comercial internacional, las reglas del *common law* y el análisis judicial del impacto de la cesación de pagos

puramente nacional. Al respecto en 2004 reconocía lo siguiente: “En octubre de 1998, los resultados registrados por la economía argentina merecieron atención mundial cuando el Presidente Carlos Menem compartió el podio de las Reuniones Anuales con el Director Gerente del FMI, que caracterizó la “experiencia argentina de los últimos años” como “ejemplar.” El Director Gerente señaló además que “Argentina tiene una historia que contar al mundo: una historia sobre la importancia de la disciplina fiscal, el cambio estructural y el riguroso mantenimiento de la política monetaria” (Cf. FMI. Oficina de evaluación independiente. *Informe sobre la actuación del FMI en Argentina, 1991-2001*, 30 de junio de 2004).

⁵¹ Corte de Apelaciones. Segundo Distrito. *Republic of Argentina et al. v. Weltover, Inc.*, sentencia de 12 de junio de 1992- (91-763), 504 U.S. 607 (1992).

⁵² Ha entablado acciones de diverso tipo en varios países, principalmente Estados Unidos, Gran Bretaña, Bélgica, Alemania y Francia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sobre terceros estados. Por ejemplo, en el asunto *Elliott v. Perú* (1999) la Cámara de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York realiza un sugestivo razonamiento vinculado a los efectos que el desconocimiento de la obligación de pago tendría para el Estado demandado y en países en vías de desarrollo, pronosticando que serían negativos en el sentido de privarlos del acceso a nuevos créditos⁵³. Tal enfoque judicial hace pensar que determinados fueros no son apropiados, ya sea porque la imparcialidad no puede estar asegurada o porque las reglas internacionales generalmente han sido establecidas por juristas, jueces y la práctica de los Estados acreedores⁵⁴. Lejos quedaron los “compromisos de honor” a los que aludió la justicia británica en 1877 cuando declinó admitir una

⁵³ “While the district court's rule might benefit the Debtors in the short run, the long term effect would be to cause significant harm to Peru and other developing nations and their institutions seeking to borrow capital in New York. The district court's interpretation would mean that holders of debt instruments would have substantial difficulty selling those instruments if payment were not voluntarily forthcoming. This would therefore add significantly to the risk of making loans to developing nations with poor credit ratings. The additional risk would naturally be reflected in higher borrowing costs to such nations. It could even make loans to some of them unobtainable in New York. A well-developed market of secondary purchasers of defaulted sovereign debt would thereby be disrupted and perhaps destroyed even though its existence provides incentives for primary lenders to continue to lend to high-risk countries” (Cf. Corte de Apelaciones. Segundo Distrito. *Elliott Associates v. Banco de la Nación and the Republic of Peru*. Nos. 98-9268, 98-9319).

⁵⁴ JEFF A. KING. *The Doctrine of Odious Debt in International Law: A Restatement*. Extractos del artículo ‘Odious Debt: The Terms of the Debate’ publicado en North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 2007, vol. 32, n°4, pp.605-668.

María Cristina Rodríguez de Tabora

demanda por el no pago de los bonos peruanos, dando preeminencia a la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados⁵⁵.

Si bien esta regla ha sido superada en derecho internacional actual por vía de la distinción de los actos *iure imperii* de los *iure gestionis*, no siempre permite el juzgamiento de un Estado. Por ejemplo, en el asunto *Borri c. Argentina* (2005) la Corte de Casación italiana consideró que, aunque la obligación estatal de pagar los bonos que había adquirido un ciudadano italiano a través de un banco de su país fuera una actividad comercial, eran preeminentes de manera absoluta los intereses de la colectividad organizada en Estado, particularmente en un contexto de grave emergencia nacional⁵⁶. En cambio, en el juicio de los bonistas alemanes contra Argentina la Corte Constitucional Federal de Alemania (2007) no compartió esta posición por entender que se trataba de una operación privada del Estado, no siendo posible transferir un estado de emergencia económica a las relaciones con particulares. Un sólo juez votó en disidencia, poniendo énfasis en que el estado de necesidad como defensa era un principio general del derecho y la inmunidad de jurisdicción protegía los bienes requeridos para cumplir con los deberes estatales respecto de sus ciudadanos.

⁵⁵ CESAR MOYANO BONILLA- LORETTA ORTIZ AHLF. *La deuda externa y la responsabilidad internacional del Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, 1994, p. 95.

⁵⁶ “La preminenza assoluta degli interessi della collettività organizzata a Stato, che con i provvedimenti indicati si è esteso tutelare, esclude, pertanto, la valutabilità degli stessi sotto il profilo della eventuale violazione del regime giuridico di atti negoziali posti in essere ‘iure privatorum’. Il che, appunto, comporta il riconoscimento della immunità dalla giurisdizione della Repubblica Argentina, in relazione alle pretese nei suoi confronti azionate dal B. nel giudizio a quo” (Corte de Casación, sentencia de 21 de abril de 2005).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Si nos situamos en el ámbito de la justicia nacional argentina puede constatarse que no estuvo muy empuñada en investigar el origen legítimo o ilegítimo de la deuda y castigar a los responsables, contentándose con señalar su ilegalidad parcial (causa “*Olmos, Alejandro S/dcia*”). Este hecho perjudica la posición argentina en foros internacionales, pues no puede formular una condena moral respecto de los “fondos buitres” y a la vez desconocer que parte de la deuda es ilegítima.

8. Bienes y recursos naturales

Alguna suerte de división internacional del trabajo persiste al momento de atender las obligaciones financieras internacionales. Si nos remitimos a la información del Ministerio de Economía y de Finanzas Públicas de Argentina veremos que el mayor ingreso de divisas, necesario para pagar la deuda pública u otros compromisos internacionales, deriva de la exportación de productos primarios o derivados de los mismos (mineros y agropecuarios) y de aquellos beneficiados por los regímenes de integración económica (automotores)⁵⁷.

Por otro lado, aunque el derecho internacional reconoce la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, algunos países latinoamericanos pudieron cancelar parte de sus compromisos financieros colocando zonas de su territorio - particularmente cubiertas con bosques tropicales- bajo un novedoso régimen jurídico internacional. Se trata de los *convenios sobre canje de*

⁵⁷ “Los principales productos exportados en términos de valor absoluto fueron: harinas y pellets de soja, vehículos automóviles terrestres, porotos de soja, maíz, trigo, aceite de soja, piedras y metales preciosos, biodiesel, mineral de cobre y sus concentrados y partes y piezas de vehículos y tractores” (Fuente: INDEC- Buenos Aires, período 2011/2012 informe de 12 de agosto de 2012).

María Cristina Rodríguez de Tabora

*una porción de la deuda externa por conservación de naturaleza*⁵⁸, tales como los firmados por Estados Unidos con Perú, Brasil y Costa Rica⁵⁹ (2010). Otros países que han seguido esta modalidad son Belice, Colombia, El Salvador, Guatemala, Jamaica, Panamá, Paraguay y Perú⁶⁰. Parte de estos acuerdos benefician a entidades privadas extranjeras interesadas en la conservación de los recursos naturales⁶¹, particularmente multinacionales farmacéuticas para realizar actividades de bioprospección⁶².

⁵⁸ Si bien son importantes sumas las aportadas no son demasiado significativas en relación a la deuda externa de estos países (del 5% al 20% según los parámetros de endeudamiento), los que para cumplir con su compromiso se hacen cargo de los gastos que la conservación y reforestación de los bosques requiere.

⁵⁹ Costa Rica lleva firmados diecisiete convenios de canje de deuda por conservación de la naturaleza. En caso del formalizado con Noruega implicó la venta de 200 mil toneladas métricas de reducción de carbono por 2 millones de dólares, suma bastante baja considerando que emite anualmente 55 toneladas métricas.

⁶⁰ En el marco del Tratado de Libre Comercio (TLC) de 2009 entre Perú y Estados Unidos, el gobierno del primero aceptó la inclusión del Anexo 18.3.4, titulado “Anexo sobre el manejo del sector forestal” y más ampliamente conocido como el Anexo Forestal. A través del mismo se compromete a cumplir con una serie de requisitos y estándares mínimos para la transparencia y gobernabilidad forestal. Según el acuerdo, el Perú tenía un plazo de 18 meses desde el inicio del TLC para cumplir con todos estos requisitos. El plazo venció a fines de julio del 2010. Si el Perú no cumple con implementar el Anexo Forestal a tiempo, podría haber varias consecuencias incluyendo un proceso formal de disputa o ser suspendido en varios aspectos, incluidos todos los productos que el Perú exporta a los Estados Unidos.

⁶¹ La automotriz Range Rover ha invertido en reforestación de especies nativas en Chile para compensar las emisiones de carbono y Chrysler en el santuario de la mariposa Monarca en México. Mientras mayor sea el combustible que consume un vehículo por kilómetro se requiere adquirir más bonos de carbono.

⁶² En Costa Rica las empresas Merck y Diversia han suscripto acuerdos con el Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), entidad privada que realiza

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el juicio *Kensington International Ltd.*⁶³ v. *Republica de Congo* (2005), llevado ante la justicia británica, muestra a las claras que los fondos financieros privados han puesto su mirada en el producido por la venta y explotación de recursos naturales de países en vías de desarrollo. En esta controversia intentaron embargar los pagos de Estados Unidos por sus compras de petróleo a Congo, cuya producción representa el 95% de sus exportaciones. La Corte aplicó la teoría del *alter ego* para condenar al país africano, indicando que la Société Nationale des Pétrole du Congo había constituido otra empresa (Cotrade) para eludir el reembolso de la deuda contraída con acreedores privados⁶⁴. Similar fundamento fue el del fondo *holdout* MNL Ltda. para pedir el embargo de fondos de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) a la justicia norteamericana (2009).

La importancia del recurso petróleo tiene varias facetas en las relaciones internacionales, puestas de manifiesto no sólo con la deuda pública iraquí o la de los países africanos, sino también por las repercusiones judiciales originadas con la expropiación del paquete accionario de YPF propiedad de la española Repsol (2008). Una de ellas está vinculada a la manera de resolver la disputa. Al principio España intentó ejercer la protección diplomática a favor de la empresa Repsol, para luego advertirse que la sociedad debía buscar la solución por otra vía y derivar la controversia al Centro

las bioprospecciones iniciales y cede a las multinacionales los derechos de propiedad sobre las muestras obtenidas de áreas públicas de conservación.

⁶³ Es una filial del fondo Elliot Associates.

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia, División Comercial. *Kensington International Limited Claimant - and - Republic of the Congo (formerly the People's Republic of the Congo)*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005 ([2005] EWHC 2684 (Comm)).

María Cristina Rodríguez de Tabora

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁶⁵. Otra, pone en evidencia los intereses corporativos en las relaciones económicas internacionales, pues a fines de 2012 Repsol demandó ante la justicia de Nueva York y de Madrid a la petrolera Chevron, acusándola de competencia desleal, de intentar quedarse ilícitamente con sus “activos” en Argentina, bajo argumento de tener derechos sobre las reservas no convencionales de Vaca Muerta descubiertas antes de la expropiación, que considera ilegal, y de haber firmado un acuerdo con autoridades ilegítimas de YPF.

La interacción de España en el caso Repsol es contemporánea al inicio de la crisis financiera en Europa Occidental a partir de 2007, problema que años más tarde va a poner sobre el tapete que las soluciones son desparejas entre los países, aún cuando sea igualmente pesado afrontar obligaciones económicas externas. Inclusive, ha movido a los países desarrollados a aceptar reglas que antes no eran de todo su agrado. Una de ellas es la *cláusula de acción colectiva*, que se activa cuando es necesario modificar las condiciones de un instrumento financiero evitando la necesidad de unanimidad entre los acreedores, pues basta la decisión de una mayoría

⁶⁵ Así, por ejemplo, en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. RDC)*, la Corte Internacional de Justicia determinó que “en el derecho internacional contemporáneo, la protección de los derechos de las sociedades y de sus accionistas y la resolución de las controversias relativas a tales derechos se rigen esencialmente por acuerdos bilaterales o multilaterales para la protección de la inversión extranjera, tales como los tratados para la promoción y protección de inversiones extranjeras y el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados mediante el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), además de los contratos entre Estados e inversores extranjeros” (CIJ, Asunto *Ahmadou Sadio Diallo*, sentencia de 24 de mayo de 2007, párrafo 88).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sustancial para que sea vinculante para todos. Pero ella no alcanza más que a los bonos renegociados⁶⁶.

Esta cláusula comenzó a ser incorporada con la reestructuración de la deuda argentina en la emisión de los nuevos instrumentos con los canjes de 2005 y 2010, lo que no impidió que los tenedores de bonos que no entraron en el mismo (*holdouts*) accionaran contra nuestro país por el total de la deuda, amparándose en la *cláusula pari passu* incluida en los instrumentos originales de la deuda y obtuvieran que la justicia de Nueva York hiciera lugar a sus reclamos (*NML Capital Ltd. y otros c. Republica Argentina*)⁶⁷. A estos fondos se les llama “oportunistas”, porque adquieren la deuda soberana impaga de los países pobres en el mercado secundario a un precio muy inferior a su valor nominal y después accionan judicialmente embargando activos, o con presiones políticas buscan obtener el reembolso del valor nominal total de la deuda junto con los intereses, sanciones y honorarios de asesoramiento jurídico⁶⁸.

⁶⁶ “The illusion of priority treatment still circulated, even as a manifest risk of inclusion in restructuring grew with the bonded debt stock. UACs made perfect sense in that context because they enhanced the probability of exclusion by adding to the frictions of restructuring. The *pari passu* clause, broadly read, did the same thing. Under it, a holdout excluded from the payment stream by the sovereign could accelerate its own bond and then use litigation to force its point. The better stocked the holdout’s contractual arsenal, the greater the likelihood of exclusion (Cf. WILLIAM W. BRATTON. *Pari Passu and A Distressed Sovereign’s Rational Choices*, 53 Emory L.J. 823-867 (2004).

⁶⁷ Según la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York Argentina no puede excusarse de pagar simultáneamente a los reclamantes el 100% y a los acreedores que entraron en la reestructuración de acuerdo al tipo de bono (*NML Capital Ltd. v. The Republic of Argentina*. Sentencia de 26 de octubre de 2012).

⁶⁸ Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados

María Cristina Rodríguez de Tabora

Uno de sus primeros recursos fue solicitar la interrupción del canje y embargar los bonos depositados en el Banco de Nueva York, lo que a juicio de Argentina no era correcto por no ser propietaria de los bonos sino de un derecho a canjearlos, el que no tenía valor económico alguno por representar sólo un pasivo. El tribunal resolvió esta controversia a favor de nuestro país, pues entendió que los bonos únicamente hubieran sido de propiedad del Estado argentino a la culminación de la operación de canje (*E.M. Limited et al. v. the Republic of Argentina*⁶⁹). Varios fueron los motivos que fundaron la petición del fondo acreedor, entre ellas el retiro de las reservas del Banco Central de la banca neoyorquina, la repatriación de fondos de la sucursal del Banco Nación, los pagos de sueldos a diplomáticos en el exterior a través de la valija diplomática, el no uso del avión presidencial en viajes donde pudiese ser embargado y el cambio de trayectoria en los viajes de la Fragata Libertad⁷⁰.

Con el tiempo las acciones judiciales obtuvieron sentencias favorables para los acreedores, salvo en lo que hace a su ejecución, de

para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephas Lumina. Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos (Doc. A/HRC/20/23 de 10 de abril de 2011).

⁶⁹ *E. M. Limited v. the Republic of Argentina*. Sentencia de 15 de mayo de 2006 de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York.

Véase también: Informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al Senado, que da cuenta de 800 juicios iniciados contra Argentina en Estados Unidos, Alemania, Bélgica, Francia, Japón, España y Gran Bretaña y los intentos de embargar bienes de nuestro país en el exterior (disponible en: http://tmp.jgm.gov.ar/Paginas/InformeSenado/Informe%2079/Anexos/101-70_AyB/procuracion_resp_170a_y_b/170a/Anexo.pdf).

⁷⁰ En 2005 Bélgica aprobó una ley por la cual los *holdouts* no pueden perseguir los fondos que Argentina deposita en Euroclear para pagar a los tenedores de bonos que entraron en la restructuración.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

lo que da cuenta la frustrada persecución de bienes en el exterior⁷¹. Un caso particular es el de la fragata Libertad, que recuerda el problema suscitado entre la Federación Rusa y la empresa suiza Noga ante el incumplimiento de sendos acuerdos suscritos en 1991 y 1992. Dichos convenios, firmados con la ex República Federativa Socialista de Rusia y la Federación Rusa, previeron que éstas otorgarían combustible y materias primas mientras que Noga les financiaría la compra de alimentos y agroquímicos. Aunque en 1997 la empresa había obtenido un fallo a su favor, emitido por un tribunal arbitral internacional constituido en Estocolmo, tres años más tarde llevó su reclamo a la justicia norteamericana del Estado de Kentucky. Los motivos eran obvios: allí estaba localizado el uranio enriquecido extraído del armamento nuclear soviético y su interés era cobrarse con el mismo. Tal pretensión fue oportunamente bloqueada por orden del presidente Clinton en 2001⁷².

Noga no cesó en sus intentos de cobrar sus créditos, pues en 2000 se presentó ante la justicia francesa a fin de ejecutar la sentencia del tribunal arbitral internacional. Para ello solicitó embargo sobre las cuentas bancarias de la embajada rusa y sobre el velero escuela *Sedov* que se encontraba en el puerto de Brest. Al año siguiente solicitó un interdicto para impedir la partida de aviones de alta tecnología militar presentes en el salón de exposiciones Bourget en París. En cada oportunidad la justicia gala trabajó las medidas cautelares sobre dichos bienes, pero también ordenó la liberación de dos de ellos: el velero por no pertenecer al Estado demandado, sino a la universidad rusa de Mourmansk, y los fondos de la embajada por

⁷¹ *MNL Ltd. c. Argentina*. Sentencia n° 867 de 28 septiembre de 2011 (09-72.057) de la Corte de Casación Francesa, Primera Cámara Civil.

⁷² *Compagnie Noga Importation et Exportation v. the Russian Federation*. Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de Nueva York, Sentencia de 16 de mayo de 2004.

María Cristina Rodríguez de Tabora

estar amparados por la *Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas* de 1961. Por el contrario, los aviones de la fuerza aérea rusa regresaron a su país sin esperar ninguna decisión judicial y la autoridad aeroportuaria no pudo, o seguramente no quiso, evitar que partieran.

9. La fragata Libertad

En lo que hace a la fragata insignia de la Armada Nacional *Libertad* el 22 de octubre de 2012 la presidente Cristina Fernández de Kirchner usó una desafortunada frase (“podrán quedarse con la fragata, pero no con la soberanía y la dignidad de este país”⁷³) para referirse a la orden de embargo e interdicción, emitida por un juez ghanés, en ejecución de una sentencia de la justicia neoyorquina de 2006 que favorecía al fondo acreedor MNL Ltd.⁷⁴ La fragata ARA *Libertad* estaba realizando su 43vo.viaje de instrucción, el que incluía una visita a Ghana convenida a mediados de año a través del intercambio de notas diplomáticas entre las correspondientes representaciones diplomáticas acreditadas en Abuja (Nigeria). En ellas se mencionaba que era un navío de guerra y el carácter oficial de la visita. Los preparativos finales con las autoridades navales datan del 26 de septiembre de 2012 y ya previenen que el día de arribo sería el 1 de octubre y el de partida el 4 de ese mismo mes. Al arribo al puerto de Tema fue visitada por fuerzas armadas ghanesas,

⁷³ Presidencia de la Nación. Secretaría de Comunicación Pública. (<http://www.prensa.argentina.ar/2012/10/22/35233-fragata-libertad-cristina-aseguro-que-mientras-sea-presidenta-no-acceptara-extorsiones-y-defendera-la-dignidad-del-pais.php>)

⁷⁴ MNL Capital Ltd., compañía registrada en las Islas Caimán con filial en Nueva York, es sindicada como “fondo buitres” en Argentina y en la justicia europea. Entre junio de 2001 y septiembre de 2003 adquirieron a menos de la mitad del valor los bonos argentinos valuados en 172 millones de dólares. No entró a la restructuración de la deuda que, entre 2005 y 2010, alcanzó el 93%. El reclamo es por 375 millones.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

autoridades gubernamentales y miembros del personal diplomático. A las veinte horas del 2 de octubre el capitán de la *Libertad* recibe el referido mandamiento judicial, emitido por el juez en lo comercial Adjei-Frimpong, activándose las comunicaciones diplomáticas entre el gobierno argentino y ghanés para solucionar la controversia.

El 4 de octubre un representante de la autoridad portuaria, acompañado por un agente marítimo, le comunica al capitán que, en ejecución de una medida adoptada por el referido juez, va a tomar posesión de los documentos de la nave y del cofre donde se hallaba la bandera. El oficial argentino responde negativamente a esta petición. Nuevamente el gobierno argentino le solicita al ghanés tomar las medidas urgentes del caso, pero como no obtiene respuesta se dirige al magistrado señalándole la falta de jurisdicción sobre el navío y la inmunidad de la que gozaba.

Si bien en la audiencia fijada por el tribunal el consejero jurídico de la cancillería de Ghana expresó que la nave argentina gozaba de inmunidad de jurisdicción la justicia confirmó las medidas adoptadas, argumentando que el hecho de que el bien tuviera inmunidad según la ley norteamericana no significaba que lo fuera bajo la ley ghanesa, aplicando el derecho interno en vez del internacional.

Argentina no cesó en sus esfuerzos diplomáticos para liberar a la fragata y envía una misión de alto nivel que, entre el 16 y 19 de octubre, se reúne con los ministros de relaciones exteriores, defensa y justicia de ese país sin ningún resultado. Por esta razón, el 24 de octubre debe repatriar a gran parte de la tripulación (281 personas) permaneciendo sólo cuarenta y cuatro marinos.

Con el correr de los días la problemática se va complicando. En vista de los perjuicios económicos causados por la permanencia del navío en el muelle más importante del puerto de Tema la

María Cristina Rodríguez de Tabora

autoridad portuaria solicita a Frimpong que autorice su desplazamiento. Pese a que Argentina le recuerda al gobierno ghanés que la fragata goza de inmunidad de jurisdicción, el 5 de noviembre el juez autoriza el traslado. Frente a esta decisión Argentina apela ante un tribunal superior. Dos días más tarde, y pendiente este recurso, la autoridad portuaria intenta desplazar la nave abordándola por la fuerza, actitud que es resistida por el capitán, lo que le vale una acusación de desacato. Luego el magistrado fija una fianza para liberar a la fragata por veinte millones de dólares, valor que coincide con la cotización del bien. El 11 de noviembre se resuelve la apelación sobre la misma base jurídica tenida en cuenta para la traba de medidas cautelares y, lógicamente, en contra de Argentina.

Atento a la imposibilidad de resolver la disputa por medios diplomáticos y que Ghana no había realizado ninguna declaración sobre la opción del foro en caso de verse involucrada en una controversia prevista en la *Convención sobre el Derecho del Mar*, Argentina ofrece ir a un arbitraje internacional. Como tal ofrecimiento no es respondido, el 26 de noviembre Argentina recurre al Tribunal Internacional del Derecho del Mar solicitando medidas provisionales que ordenen a Ghana la liberación incondicional de la Fragata Libertad, restaurándole su derecho a la libre navegación. Para ello se basa en el art. 290, inc. 5, que fija como obligatoria la competencia de la Corte para decretar medidas conservativas en situaciones de urgencia tendientes a preservar los derechos respectivos de las partes y siempre que, *prima facie*, considerara que el tribunal que intervendría sería competente y que la urgencia de la situación así lo requiriese.

Argentina fundamenta su pretensión en: 1) la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra; 2) el derecho de pasar y de salir de las aguas interiores; 3) la libertad de navegación; 4) la inexistencia de excepciones a la inmunidad de jurisdicción de la Fragata Libertad;

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

5) el agravamiento de la situación; 6) el peligro para los tripulantes que restan; y, 7) el peligro inminente de ejecución de la nave. Cita importante jurisprudencia (v.g. la sentencia de la Corte de Casación francesa de 28 de septiembre de 2008 que reconoce inmunidad de fondos destinados a misión diplomática y enviados a UNESCO y agregados militares argentinos en Francia⁷⁵ y el fallo de la Corte Internacional de Justicia recaída en el asunto sobre inmunidad de bienes alemanes en territorio italiano de 3 febrero de 2012⁷⁶). Recuerda también la *Convención sobre inmunidad de los Estados y sus bienes*, que recoge derecho internacional consuetudinario en la materia, y los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional que confirman que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción de los bienes militares no es presumible.

En las audiencias orales hace mención al artículo 300 de la *Convención sobre Derecho del Mar*, que fija que las partes deben guiarse por el principio de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos, y que cuando los dos estados acordaron la visita de la fragata se reconoció el derecho de paso, de lo que surge de la comunicación que informaba que el día 4 de octubre dejaría del puerto de Tema y el 5 de octubre a las quince horas saldría del mar territorial según coordenadas prefijadas.

Son interesantes los argumentos de Ghana, porque sostuvo que el tribunal arbitral que Argentina pretendía se constituyera no sería competente, que las medidas solicitadas no eran necesarias y tampoco existía urgencia. Indicó que no habría sido competente porque el buque se hallaba en aguas interiores y la Convención no se

⁷⁵ *La société NML Capital Ltd c. La République Argentine*. Arrêt n° 867 du 28 septembre 2011 (09-72.057) - Cour de cassation - Première chambre civile.

⁷⁶ CIJ, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia), Sentencia de 3 de febrero de 2012.

María Cristina Rodríguez de Tabora

aplica en ese espacio marítimo, que no existe ninguna norma convencional que determine que en aguas interiores los buques militares son inmunes a la jurisdicción y que el artículo 32 en el que Argentina se funda es únicamente aplicable al mar territorial, mientras que en las aguas interiores existe un derecho soberano absoluto. A su juicio nuestro país sólo podría basarse en el derecho internacional consuetudinario. En realidad, Ghana tergiversa lo dispuesto por el artículo 32, que es una disposición transversal, pues fija que “ninguna disposición de esta Convención afectará a las inmunidades de los buques de guerra y otros buques del Estado destinados a fines no comerciales”. Además el acuerdo también se aplica a aguas interiores en otras situaciones, por ejemplo, cuando se refiere a la protección del medio marino (art. 236).

Asimismo, los representantes ghaneses argumentan que Argentina ha renunciado ampliamente a la inmunidad de jurisdicción cuando emitió los bonos en 1994, por lo que tampoco sería competente el tribunal arbitral, cuestión que pertenecería al derecho internacional privado y no al ámbito de la Convención. Aquí omite referirse a otros artículos que indican que el tribunal arbitral, o la misma Corte, también deben aplicar las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles. De esta manera la convención faculta la competencia. Por otro lado, tal como lo afirmara nuestro país, lo que Ghana pretendía era que el tribunal interviniente dejase que sus órganos judiciales decidieran el futuro de la nave, los que eran sin lugar a dudas incompetentes.

Respecto a la necesidad y urgencia curiosamente expresa que la autoridad portuaria intentó cumplir la orden de desplazamiento del tribunal evitando el recurso a una “fuerza excesiva” y que si Argentina depositaba los veinte millones de dólares podía recuperar la libertad de su buque. Intenta asimilar el pago de la fianza de pronta liberación, prevista para buques mercantes que cometen alguna infracción, a la liberación

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

incondicional de un buque de guerra que goza de inmunidad de jurisdicción. En efecto, en caso de incumplimiento de leyes y reglamentos del estado ribereño por un buque de guerra la convención prevé que puede exigirle el abandono inmediato de su mar territorial, más no retenerlo⁷⁷.

En las últimas instancias orales Ghana agrega otros fundamentos: 1) la inexistencia de una controversia con Argentina sino de un diferendo entre el fondo MNL Ltda. y Argentina; 2) que como se trata de la ejecución de una sentencia que reconoce un crédito el tribunal ghanés es competente, materia de derecho privado no regida por la Convención; y, 3) el respeto a la independencia del poder judicial por el ejecutivo ghanés, quien no tendría nada que ver en la disputa.

En lo que hace al primer razonamiento puede decirse que no es legalmente correcto, porque la inmunidad de una nave de guerra es materia de derecho internacional y la responsabilidad internacional surge cuando alguno de los poderes de otro Estado no la respeta. El segundo argumento es igualmente erróneo, porque la inmunidad de jurisdicción también cubre la inmunidad de ejecución y ambas deben ser expresamente renunciadas. En cuanto a la tercera argumentación al derecho internacional no le interesa si el poder judicial es independiente o no, sino los efectos internacionales de las decisiones de cualquier órgano de un Estado. Al respecto, cabe

⁷⁷ En el art. 95 habla de completa inmunidad de jurisdicción, en tanto que el art. 32 exceptúa dos situaciones a esa inmunidad: el incumplimiento de leyes y reglamentos del Estado ribereño, quien solo puede exigirle que abandone inmediatamente su mar territorial (art. 30) y cuando incurre en responsabilidad internacional por pérdida o daño sufrido por el Estado ribereño (art. 31) por incumplimiento de las leyes y reglamentos del Estado relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de esta convención u otras normas de derecho internacional.

María Cristina Rodríguez de Tabora

recordar el comentario del relator especial para el tema *inmidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes* que expresa: “en muchos países es interesante observar la función cada vez más importante que desempeña el poder ejecutivo en cuanto asesor del poder judicial en cuestiones de inmidades del Estado, o como autor de declaraciones o de certificados destinados a sus propios tribunales y en los que se confirma el estatuto de una entidad o la existencia de un Estado, o cualquier cuestión de hecho de pertinencia internacional, que pueda influir directamente en la demanda de inmunidad presentada por el Estado extranjero en un caso determinado”⁷⁸.

Finalmente el Tribunal Internacional del Derecho del Mar se expide el 15 de diciembre de 2012 y por unanimidad ordena a Ghana que proceda inmediatamente y sin condición a la liberación de la fragata Libertad, que facilite que ésta, su comandante y tripulación puedan dejar el puerto de Tema y las zonas marítimas bajo jurisdicción ghanesa, y asegure que sea aprovisionada a tal fin.

10. Responsabilidad compartida

Siendo la deuda soberana una obligación financiera de un Estado la cuestión no puede sustraerse al derecho internacional y a las reglas establecidas por este ordenamiento. No por caso la protección diplomática es una de las primeras acciones que emplean los países de los inversionistas para garantizar su pago. Tampoco impide que los bonos incluyan una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, quedando el Estado sometido al juzgamiento por tribunales de otro país.

⁷⁸ Comisión de Derecho Internacional. *Informe preliminar sobre las inmidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes*, por el Sr. Sompong Sucharitkul, Relator Especial, de 18 de junio de 1979, párrafo 34 (Doc. A/CN.4/323).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En lo que hace a la situación de desprotección del país deudor y, ante la ausencia de normativa convencional o consuetudinaria, la regulación vendría dada por los principios generales del derecho (principio de buena fe, no abuso del derecho, enriquecimiento injusto). Inclusive se ha señalado que “en una situación de sobreendeudamiento, el derecho del acreedor a recibir los pagos colisiona con el principio universalmente reconocido -no sólo en el caso de deudas- por todos los sistemas legales civilizados de que nadie debe ser forzado a cumplir un contrato si eso le conduce a una situación inhumana, si pone en peligro la vida o la salud, o si viola la dignidad humana”⁷⁹. También, que podrían aplicarse disposiciones relativas a los vicios del consentimiento, penalizando con la nulidad del acto de asunción de la deuda por gobiernos ilegítimos⁸⁰ así como sobre aquél que socializa la deuda privada⁸¹.

Por otro lado, hay cierta responsabilidad en los organismos internacionales cuando conceden préstamos a gobiernos ilegítimos o a países donde no se respetan los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo III, sección 9, del *Convenio Constitutivo de la Corporación*

⁷⁹ KUBINERT RAFFER. *Deuda externa y procedimiento de arbitraje internacional*. Friedrich-Ebert-Stiftung Department for Development Policy- Dialogue on Globalization, 2001, p. 9 (disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/02080.pdf>).

⁸⁰ *Ibid.*, p. 10.

⁸¹ “Hay gobiernos forzados por la banca a hacerse cargo de pérdidas originadas en préstamos privados, tomados sin implicación gubernamental alguna. La razón de tal proceder es sencilla y fue parte de la crisis asiática de 1997: los deudores privados pueden declararse en quiebra, en cambio no se permite lo mismo, por parte del Norte, a los deudores oficiales. Este es un claro ejemplo de que la falta de un procedimiento de insolvencia internacional es una imperfección del mercado. Aquella socialización de las pérdidas privadas debe declararse nula y sin efecto - esas deudas deben ser ‘re-privatizadas’. *Ibid.* p. 13.

María Cristina Rodríguez de Tabora

Financiera Internacional del Grupo Banco Mundial, aprobado en 2012, reproduce el artículo IV, sección 10 del anterior tratado, cuando estipula: “Al tomar sus decisiones, la Corporación sólo tendrá en cuenta consideraciones de orden económico, y estas consideraciones se pesarán imparcialmente a los efectos de lograr los objetivos establecidos en este convenio”. Vemos entonces que el organismo financiero no está obligado a analizar a quién le concede el préstamo, sino si lo puede pagar. De manera tal que un gobierno constitucional puede declarar que la deuda es ilegítima, particularmente cuando no ha beneficiado a la población o el crédito ha sido empleado contra dicha población (p. ej. el régimen dictatorial de Mobutu en el ex Zaire recibió durante años préstamos de este organismo, los que utilizó en beneficio propio y para someter a la población).

Lamentablemente la problemática no siempre se sitúa en un marco jurídico. Es habitual que en el lenguaje político latinoamericano se hable de “modelos económicos” los que muchas veces no dejan de ser una posición efímera de cada gobierno frente a la realidad nacional e internacional que conlleva perjuicios a largo plazo. A veces expresan una visión contra el capitalismo de integración vertical (vg. posición de los países miembros de UNASUR y ALBA); otras, de apertura al libre mercado y a la competencia, reproduciendo el paradigma de la división internacional de trabajo (vg. los tratados de libre comercio firmados con Estados Unidos). Esto muestra las dificultades para plasmar una unidad de pensamiento legal válido, o en el mejor de los casos una estrategia común, para solucionar las dificultades que acarrea la deuda externa, con el agregado que no siempre se dispone de una entidad financiera regional que pueda asistir al país deudor.

Bajo estos parámetros es sumamente arduo consensuar reglas generalmente aceptadas como obligatorias y muy lentamente se busca abandonar el crudo liberalismo vigente durante años. Por

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ejemplo, el *Consenso de Monterrey* surgido de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de 2002 se destacó que los deudores y los acreedores deben compartir la responsabilidad de evitar y resolver situaciones en que el nivel de endeudamiento es insostenible.

Asimismo, en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha esbozado una definición de *responsabilidad compartida* que incluye la debida diligencia con que deben actuar el país del acreedor y el del deudor. Para el primero en relación a la solvencia y la capacidad de reembolso del prestatario y el no otorgamiento de créditos en situaciones en que le conste que los fondos se utilizarán para fines personales y no estatales. Incluso, cuando está en juego la legitimidad de un crédito se ha sugerido que la carga de la prueba corresponda al prestamista, no a los gobiernos sucesores del país deudor. La del Estado deudor recae en la obligación de contratar los préstamos y utilizar los fondos en interés de la población, y la de atender puntualmente al servicio de la deuda. La prevención no sólo abarca el momento de acceso al crédito y su otorgamiento, sino también a la transferencia de las obligaciones, y específicamente se aconseja evitar realizarla a favor de fondos oportunistas⁸².

Estas no son más que recomendaciones, pero pueden abrir un gran debate internacional tendiente a la elaboración de reglas de conducta que atemperen los perjuicios para unos y otros. En algunas oportunidades la reducción de deuda externa responde a concesiones graciabiles a fin de que resulte sostenible su reembolso

⁸² Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephás Lumina. Doc. A/HRC/14/21/Add.1 de 27 de abril de 2007, párrafo 63.

María Cristina Rodríguez de Tabora

(p. ej. iniciativa del Banco Mundial y del FMI para los países en vías de desarrollo más endeudados), pero no va más allá de ser una excepción. Cuando un deudor tiene importantes recursos naturales la mirada es diferente y la expectativa es mantener el crédito hasta su total cancelación.

Finalmente, podemos decir que existen otras herramientas que han quedado totalmente relegadas, como pareciera ser el rol del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en materia de cooperación internacional para el desarrollo de los derechos humanos a escala planetaria (Capítulo IX de la Carta o los Objetivos del Milenio), el de las organizaciones de integración económica regional, o bien el valor de la equidad y el equilibrio en las prestaciones⁸³. Recién en 2012 la Asamblea General puso en evidencia que no había correctamente atendido el problema de la deuda soberana y destacó “la importancia de que se concedan y se contraigan préstamos de manera responsable, que los acreedores y los deudores deben compartir la responsabilidad de evitar deudas insostenibles, y alentó a los Estados Miembros, las instituciones de Bretton Woods, los bancos de desarrollo regionales y otras instituciones financieras multilaterales y partes interesadas pertinentes a que continúen los debates sobre este asunto, por ejemplo, en el marco de la iniciativa de la Conferencia de las

⁸³ Prueba de ello es que ni siquiera en modernos acuerdos sobre cooperación económica entre países desarrollados y en desarrollo ha sido plenamente aceptado el principio de reciprocidad (v.g. Acuerdos de Lomé I y II entre la Comunidad Europea y los países ACP, que otorgan a la primera el derecho de modificar unilateralmente los términos de intercambio, levantando la preferencia arancelaria) o pueden contrarrestar los efectos económicos de la caída del precio de las materias primas, cuyo valor ha pasado a verse influenciado por la intervención de fondos de inversión.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, a fin de promover la solicitud y concesión responsables de préstamos soberanos”⁸⁴.

Asimismo, reconoció “la preocupación que suscitan los litigios relacionados con los fondos oportunistas y que algunos países deudores pueden tropezar con dificultades para recibir de acreedores ajenos al Club de París un trato comparable al que se estipula en la cláusula estándar incluida en los acuerdos del Club de París, y alienta a que las instituciones pertinentes sigan proporcionando mecanismos y asistencia letrada a los países deudores para resolver litigios”⁸⁵.

Como resultado de esta iniciativa y siendo órgano subsidiario de la Asamblea General el Consejo Económico y Social comenzó a trabajar sobre la reestructuración de la deuda soberana. Una de las primeras acciones fue designar un grupo de expertos encargado de preparar un informe, el que luego demostraría las dificultades de los países deudores por la diversidad de tenedores de sus bonos⁸⁶. En abril de 2013 el Consejo se reunió en sesión especial a fin de discutir la sostenibilidad de la deuda externa y el desarrollo y, particularmente, las *lecciones aprendidas de la crisis de la deuda y la labor en curso en la reestructuración de la deuda soberana y mecanismos para su*

⁸⁴ A/RES/67/198 de 12 de febrero de 2013. *La sostenibilidad de la deuda externa y el desarrollo*.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ “Recent litigation surrounding the use and interpretation of *pari passu* clauses is a case in point: while individual creditors have a clear interest in enforcing such covenants, their enforcement, as currently subject to judicial interpretation, could gravely undermine the principle of sovereign immunity and impair the ability of severely distressed sovereign borrowers to secure restructuring agreements broadly acceptable to a supermajority of creditors” (Cf. *Report of Experts’ Group Meeting on Sovereign Debt Restructuring*. http://www.un.org/esa/ffd/ecosoc/debt/2013/MeetingReport_London19sep12.pdf).

María Cristina Rodríguez de Tabora

resolución. Durante el evento fue bastante duro con el FMI pues, señalando la pérdida de credibilidad y legitimidad de este organismo, afirmó que las políticas de ajuste eran inconsistentes con su mandato básico⁸⁷. Creemos que, aunque tardío, es un buen comienzo y también esperamos que tenga un justo final.

⁸⁷ ECOSOC. Special meeting on “External debt sustainability and development: Lessons learned from debt crises and ongoing work on sovereign debt restructuring and debt resolution mechanisms”. 23 de Abril 2013 (disponible en: <http://www.un.org/esa/ffd/ecosoc/debt/2013/ConceptNote.pdf>).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

INVERSIÓN EXTRANJERA Y DERECHOS HUMANOS:
CONFLICTOS E INTERACCIONES

*FOREIGN INVESTMENT AND HUMAN RIGHTS:
CONFLICTS AND INTERACTIONS*

Christian G. Sommer*

Resumen: Las inversiones extranjeras han implicado en la última media centuria un cambio trascendental en la economía y las políticas públicas de los Estados en vía de desarrollo que, en diversas circunstancias, han sido relevantes para su industrialización y modernización de la infraestructura de comunicaciones y servicios públicos. Sin embargo, este auge de las inversiones, plasmadas a través de numerosos tratados bilaterales de inversión extranjera, han ocasionados diversas controversias entre los Estados, inversores y la sociedad civil, por los efectos negativos en las inversiones o por violaciones a derechos humanos cometidas por la empresas extranjeras, al no respetar estándares de derechos humanos básicos como el derecho a la vida, la integridad, la salud o el medio ambiente. Frente a esta realidad, es necesario reflexionar sobre la necesidad que los Estados modifiquen los tratados bilaterales de inversión para incorporar normas y estándares internacionales de protección de derechos humanos que posibiliten un mejor control sobre las actividades de los inversores en los territorios donde se desarrollan.

* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba, Católica de Córdoba y Blas Pascal). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional y del Instituto en Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. sommer_g@hotmail.com

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Palabras - clave: Inversión extranjera – Derechos humanos – Tratados internacionales – Arbitraje internacional.

Abstrac: The development of foreign investment has been implicated in the last half century a significant change in the economies and public policy of developing States, which in many instances have been relevant to its industrialization and modernization of the communications infrastructure, and utilities. However, this investment boom, reflected through numerous bilateral foreign investment, have caused many disputes between States, investors and civil society for the negative effects on investment or human rights violations committed by the foreign companies, by not respecting basic human rights standards such as the right to life, integrity, health or the environment. Under these circumstances, it is necessary that States modify bilateral investment treaties to incorporate international standards and certain standards of human rights protection, to enable a better relationship between investor rights and respect for human rights in the communities where they are implemented.

Keywords: Foreign investment – Human rights – International treaties – International arbitration.

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus alcances en las perspectivas de derechos humanos. 3. Normas reguladoras de comportamiento de empresas e inversores en respeto de derechos humanos. - 4. Ciertos abordajes de los tribunales sobre las relaciones entre los derechos de los inversores y los derechos humanos. - 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

Cuando se analizan los nuevos fenómenos y avances del derecho internacional en la última media centuria, se puede apreciar el fortalecimiento de algunas áreas de incidencia, tal el caso del derecho internacional de las inversiones extranjeras y el derecho internacional de los derechos humanos. Estas nuevas perspectivas y

Christian G. Sommer

ámbitos especiales del derecho internacional han implicado un progresivo socavamiento sobre los postulados clásicos de la soberanía absoluta de los Estados en sus aspectos internos que impedía toda posibilidad que los tribunales internacionales pudieran conocer sobre situaciones que se producían en sus ámbitos jurisdiccionales, sean los involucrados tanto nacionales como extranjeros¹. Así, han surgido sistemas de protección que ligan directamente a los Estados con personas físicas o jurídicas y, que constituyen nuevas causales de responsabilidad en caso de vulneraciones de obligaciones internacionales. El primero, es el de la protección internacional de los derechos humanos. El segundo, la protección internacional de las inversiones extranjeras.

A su vez, esta evolución del derecho internacional en ámbitos económicos y de inversiones, fruto del proceso de globalización y expansión del comercio internacional ha posibilitado que los Estados reconozcan derechos a particulares o empresas para reclamar directamente por violación de trato o sus derechos frente a paneles o tribunales arbitrales institucionalizados. Esto en gran parte fue posible gracias al auge de algunos convenios multilaterales, pero sobre todo de acuerdos de tipo bilateral entre los Estados que hicieron más ágiles los compromisos que ambos asumían y que internacionalmente se desarrollaron a través de los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

En el caso de los TBI, tales instrumentos internacionales no escaparon de la lógica propia del comercio internacional de la última media centuria y particularmente de fin de siglo XX con el auge de las políticas neoliberales de apertura de las economías e inversiones

¹ Cfr. CARRILLO SALCEDO, J. A. "Permanencia y cambios en el derecho internacional". *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*. (Castellón, Edit. Aranzadi), Vol. III, Valencia, 1999, pp. 223 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

y reducción de los controles del Estado en la gestión de servicios públicos e infraestructura. Las implicancias económicas, la fluidez y el desarrollo de las inversiones necesitaban sistemas jurídicos ágiles que permitieran dar seguridad jurídica, rentabilidad económica y respuestas oportunas a los conflictos que pudieran suscitarse, a través de una serie de estándares que posibilitaran la protección del inversionista o de la inversión frente a las acciones que emprendieran los Estados una vez efectuada la inversión. La implementación de algunos de esos estándares, en algunas circunstancias, llevó a vulnerar los derechos de los ciudadanos protegidos por tratados de derechos humanos.

En el ámbito internacional, este tópico sobre las relaciones entre protección de las inversiones extranjeras y derechos humanos, está siendo estudiado y hasta ha logrado ser referenciado en algunos considerandos de tribunales arbitrales, tal como se señalará más adelante.

Si bien todo Estado debe respetar los compromisos internacionales que contrajo a fin de incentivar la inversión extranjera en sus territorios, muchas veces esos acuerdos estatales suelen producir vulneraciones de derechos a sus nacionales frente a los privilegios de trato que ostentan los inversores extranjeros. A ello, debe sumarse la problemática de adecuación normativa sobre protección de derechos humanos en ámbitos como las políticas medioambientales o sociales, el acceso a recursos básicos como agua, gas o electricidad, o el derecho de acceso a la información, frente a los compromisos contractuales del Estado de no alterar las normas bajo las cuales el inversor contrató con éste por considerarse una modificación de las cláusulas de estabilización o de vulneración de las cláusulas paraguas. Estas divergencias actuales en las interpretaciones sobre los alcances de protección y regulación de normas de los TBI, están siendo llevadas a los tribunales arbitrales como el Centro para las Disputas sobre Inversiones Extranjeras del

Christian G. Sommer

Banco Mundial (CIADI) o tribunales arbitrales ad-hoc bajo reglas UNCITRAL, cuyas decisiones tienen un trascendental impacto en las políticas públicas de los Estados al ser condenados por millones de dólares, dinero que en muchos casos es el equivalente a la política de salud de un Estado o de una entidad sub-estatal (provincia).

Este artículo pretende reflexionar sobre los conflictos y las interacciones que en la actualidad se están sucediendo entre dos subsistemas del derecho internacional, que ameritan ser profundizados a fin de propender a una necesaria interacción y complementariedad de sus normas que posibilite a su vez, necesarias y sólidas normas jurídicas para la confianza de los inversionistas extranjeros, pero sin que ello implique una suerte de exclusión de responsabilidad de éstos en la violación de derechos humanos. A su vez, que tampoco impida al Estado receptor de la inversión adecuar sus normas para la protección y garantía de los derechos humanos de sus habitantes.

2. Los Tratados Bilaterales de Inversión y sus alcances en las perspectivas de derechos humanos

Aunque desde hace décadas tanto organizaciones regionales e internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Internacional del Comercio (OMC) han procurado establecer marcos jurídicos multilaterales para la promoción y protección de la inversión extranjera, los esfuerzos han fracasado y han prevalecido con una mayor incidencia y éxitos los TBI, ya que los Estados encuentran en este tipo de acuerdos la posibilidad de regular aspectos más específicos que los contemplados en los de carácter multilateral. En la actualidad, existen cerca de 3.196 TBI que se han negociado, junto

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

con otros cientos de Tratados de Libre Comercio (TLC) que contienen diversos tipos de protección a las inversiones extranjeras².

La suscripción por los Estados de este tipo de tratados obedece a una definición ideológica sobre un modelo de libre mercado que pone el énfasis en la internacionalización del capital. En efecto, se ha manifestado que (...) *Los TBI son presentados generalmente como la quintaesencia de un documento liberal. Un típico TBI cita en su preámbulo dos objetivos: la creación de condiciones favorables para las inversiones de nacionales y compañías de una parte en el territorio de la otra, e incrementar la prosperidad de ambos Estados. En suma, el propósito declarado de un TBI puede ser resumido en las siguientes palabras: incrementar la prosperidad a través de la inversión. El preámbulo afirma así la doctrina liberal básica según la cual la libre circulación del capital contribuye a incrementar la productividad*³.

Por regla general, los tratados de inversión suelen ser entendidos como obligaciones unilaterales hacia los Estados receptores de la inversión, ello por las limitaciones que imponen a los gobiernos de adoptar ciertas medidas que pudieran desfavorecer los derechos de los inversionistas extranjeros. Los TBI suelen contener una serie de derechos para la protección del capital del inversor contra la expropiación, garantías de no discriminación y la libertad de transferir fondos hacia el extranjero, entre otros. Aunque establecen ciertas obligaciones sobre los inversores, éstos suelen estar circunscriptas a los aspectos netamente contractuales y no de otra

² Según datos de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD). Disponible en :

<http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=588>
(consulta del 15 de julio de 2013).

³ Cf. VANDELDE, K. J. "The political economy of a bilateral investment treaty". *The American Journal International Law*. n° 92, Octubre de 1998, p. 621 y ss.

Christian G. Sommer

naturaleza, como es el posible impacto de sus actos frente a la sociedad o el medio ambiente en la que desarrollan. En caso de daños causados por el inversor que afecte a los derechos de los individuos o grupos en el territorio donde se realiza la inversión, los tratados ofrecen pocas garantías a las víctimas y suele quedar en manos del Estado el tomar medidas sobre tales vulneraciones. En este contexto, un tema cada vez más debatido en el sector académico y la sociedad civil es si existe la necesidad de un mayor grado de equilibrio entre los intereses legítimos de los inversores, de los países anfitriones en los TBI y de los derechos colectivos y sociales de las comunidades⁴.

⁴ Cf. BACHAND, R “Droit de l’investissement et droits humains dans les Amériques”. *Annuaire français de droit international*, (CNRS Editions), Vol. XLIX, Paris, 2003, pp. 575 y ss; DUPUY, P. M, *et al. Human Rights and International Investment Law and Arbitration*. Oxford University Press, London, 2009; FRY, J. “International human rights law in investment arbitration, evidence of international law’s unity”. *Duke Journal of Comparative & International Law*, Duke University, Durham, 2007, p.77 y ss; FAYT, C. *La Constitución Nacional y los tratados internacionales de arbitraje*. Edit. La Ley, Buenos Aires, 2007; KRIEBAUM, U. “Privatizing Human Rights. The Interface between International Investment Protection and Human Rights”. En REINISCH, A. y KRIEBAUM, U. (Edit), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*. Eleven Publishing, Netherlands, 2007, pp. 165 y ss; PEREZ, J. *et al. Sleeping Lions. Tratados Internacionales de Inversión, conflictos Estado –Inversor y acceso a alimentos, tierra y agua*. Documento de trabajo. OXFAM, Londres, 2011. Disponible en: http://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/dp-sleeping-lions-260511-es_0.pdf, (Consulta del 10 de mayo de 2013); PETERSON, L. E. *Derechos Humanos y Tratados Bilaterales de Inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y estados*. Centro Internacional de Derechos Humanos y Democracia, Montreal, 2009. Disponible en: www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/.../HIRA-volume3-SPAN.pdf, (Consulta del 16 de mayo de 2013); PUVIMANASINGHE, S. F. *Foreign Investment, Human Rights and the Environment*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2007; RUGGIE, J. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*. 7 de abril de 2011. Disponible en:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el caso de Latinoamérica, el ejercicio de ciertas prerrogativas de poder público que implicaron restricciones a las inversiones extranjeras, arrojó un número creciente de condenas provenientes de tribunales arbitrales. Esta es una de las razones por la cual la región latinoamericana alberga hoy una tendencia hostil dentro un grupo minoritario de Estados respecto de los TBI y, en especial, del arbitraje internacional sobre inversiones. Basándose en la necesidad de salvaguardar el interés público y la protección de los derechos humanos por medio de la potestad regulatoria, algunos Estados han decidido excluir del ámbito de competencia del arbitraje a todos los litigios relacionados con los recursos naturales (en noviembre de 2007, el gobierno de Ecuador le notificó a la secretaría del CIADI que excluía de su competencia las disputas relacionadas con los recursos naturales y, en particular, sobre el petróleo, el gas y la industria minera. En otros casos han procedido a la denuncia del Convenio de Washington sobre Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (Bolivia en 2007 y Venezuela en 2010)⁵. En forma paralela, actualmente, también se está planteando la búsqueda de otros foros regionales de solución de

<http://www.business-humanrights.org>, (Consulta del 24 de noviembre de 2013); TZVELEKOS, V. "In search of alternative solutions: Can the State of origin be held responsible for investor's human rights abuses that are not attributable to it?" *Brooklyn Journal of International Law*. Brooklyn Law School, Vol. 35, New York, 2010, pp. 155-232; VAN DEN HERIK, L. y CERNIC, J. "Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again", *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, Vol. 8, pp. London, 2010, 725-743; WEILER, T. "Balancing human rights and investor protection: A new approach for a different legal order". *Boston College International and Comparative Law Review*, (Vol. 27), Boston, 2004, p. 429 y ss.

⁵ Cfr. OLARTE BÁCARES, D. "El derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos". *Realidades y Tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Público. Tomo VI. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá – Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 694-695.

Christian G. Sommer

controversias de inversión como en el marco del UNASUR⁶ a fin de utilizar un mecanismo arbitral alternativo al CIADI en razón de los particularismos latinoamericanos, tema sobre el cual se ha creado un Grupo de Trabajo en el ámbito de dicha Organización Internacional Sudamericana⁷. Dentro de las particularidades del proceso arbitral bajo estudio en UNASUR, se procedería a crear un mecanismo arbitral semejante al CIADI, pero tendiente a resaltar la exclusión de temas sensibles a las políticas públicas de los Estados (salud, distribución de agua potable, energía), la transparencia y modos de elección de los árbitros y, particularmente, la exigencia del previo agotamiento de vías internas en los Estados para el acceso al sistema arbitral regional. Esta última cuestión, en el ámbito americano tiene una particular importancia, (aunque no se ha especificado aún plazos posibles para considerar agotada la vía interna) ya que implicaría un solapado retorno a la denominada “cláusula Calvo”, aunque relativizada en sus alcances⁸, en razón que no excluiría la disputa de inversiones ante tribunales internacionales, pero significaría una postura diferente a la alcanzada por la jurisprudencia

⁶ La UNASUR, fue creada por el tratado constitutivo del 28 de mayo de 2008 y entró en vigor el 11 de marzo de 2011. Reúne a los países de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

⁷ En el mes de junio de 2009, durante la 39ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, Ecuador, propuso que UNASUR crease un centro de arbitraje alternativo al CIADI. En el mes de diciembre de 2010 en Guyana, los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros de UNASUR decidieron de manera unánime que Ecuador debía presidir el grupo de trabajo sobre solución de controversias e inversiones. En la misma reunión, Ecuador presentó un proyecto de reglamentación del centro arbitral. Actualmente, el mencionado grupo de trabajo se encuentra analizando la propuesta, que va a ser presentada ante los países miembros de UNASUR para su posterior aprobación.

⁸ Cfr. SCHREUER, Ch. “Calvo’s Grandchildren: The return of legal remedies in Investment Arbitration”. *The Law and Practice in International Courts and Tribunals*, n° 1, Leiden, 2005, p. 4.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

cia en el marco del CIADI, sobre el acceso a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, cabe resaltar que es poco probable que los Estados de los cuales provienen la mayoría de los inversionistas extranjeros hacia Latinoamérica, firmen TBI o modifiquen los actuales, en los cuales se incorpore a este mecanismo arbitral. La poca o nula confianza de los inversores extranjeros en sistemas de arbitraje regional, (altamente politizados), tornaría dificultosa la viabilidad de esta propuesta.

Los esfuerzos por hacer que la formulación de normas y políticas económicas respondan al marco de los derechos humanos suele enfrentarse a importantes desafíos. Un primer obstáculo se plasma cuando se promueven reclamos basados en derechos (que por definición representa la otra cara de una obligación) en un entorno cada vez más globalizado de la economía y las inversiones en el que los principales actores no son ni partes de los instrumentos de derechos humanos vigentes que crean las obligaciones, ni se sienten obligados por dichos instrumentos. Suele sostenerse que *la eliminación de la toma de decisiones sobre políticas económicas del nivel nacional también hace que resulte más difícil encontrar responsables. Permite que las instancias nacionales y supranacionales comiencen un “juego de culpas”, en el que cada uno hace responsable al otro de un resultado específico y se empaña la responsabilidad por la defensa del derecho en cuestión*⁹.

En diversas situaciones, las actividades empresariales en un mundo globalizado ha servido como catalizador de violaciones de derechos humanos como consecuencia de la ausencia de la protección institucional de los Estados y algunas empresas han explotado los vacíos jurídicos y la falta de protección de los derechos

⁹ CALIARI, A. “Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades”. *Revista Sur*. Vol. 6, n. 11, Sao Pablo, dic. 2009. p. 155-175.

Christian G. Sommer

humanos para ampliar sus ganancias o eliminar opositores a sus actividades en terceros países. Al respecto, suele expresarse que para lograr un cambio paradigmático, se requiere un fuerte énfasis en las obligaciones de las empresas, particularmente en las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos frente a la falta de cláusulas de estabilización en los contratos de inversión extranjera¹⁰.

La presencia de los inversionistas a través de las empresas multinacionales en el mundo actual, cuyo poder en muchas situaciones supera al de los propios Estados, ha ocasionado que el tema de la responsabilidad internacional de las empresas por violaciones de los derechos humanos adquiera relevancia internacional. Para algunos especialistas, es necesario encontrar nuevos caminos para responder a la globalización, dado que es posible sostener que los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos, por lo que la atención debe centrarse en otros actores tales como las empresas transnacionales e instituciones internacionales, en la medida que, en una economía globalizada, el mercado que acompaña la explotación económica y los conflictos armados ya no se encuentra exclusivamente en manos de los gobiernos¹¹.

Sin embargo, porque los tratados no establezcan reglas específicas sobre los derechos humanos, ello no implica que las inversiones no asuman compromisos sobre el respeto de derechos humanos. Estos problemas suelen apreciarse en la falta de reglas precisas que se utilizan en los ámbitos de solución de controversias para aceptar el análisis de posibles violaciones a derechos humanos

¹⁰ ERMIC, J. L. "Corporate Human Rights Obligations and International Investment Law". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Bogotá*, 2010 (II), p. 243 y ss.

¹¹ CLAPHAM, A. *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, Nueva York, 2006. p. 28.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por parte de los inversores que suelen ser argüidas como causas de las finalizaciones de contratos o expropiaciones. Estas posturas en los ámbitos de solución de controversias de las inversiones extranjeras suelen ser controvertidas porque los Estados pueden enfrentar conflictos legales cuando sus compromisos internacionales en materia de protección de la inversión entran en tensión con sus obligaciones internacionales (y nacionales) para proteger los derechos humanos. Un ejemplo de ello suelen ser las disputas entre los inversores extranjeros y los Estados por las concesiones otorgadas para la gestión de agua potable y saneamiento de líquidos cloacales. Diversos arbitrajes en el sector del agua se han presentado en instancias del CIADI y otros tribunales¹². Si bien los detalles de cada controversia difieren y la información pública acerca de algunos de ellos es limitada, los casos han implicado el análisis de temas controvertidos como el estudio y alcance de normas reglamentarias relativas a la calidad del agua, la fijación de precios del agua, el acceso al agua para los que no pueden pagar, y la expropiación

¹² CIADI. “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/97/3)”; “Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/03/17)”; “Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c/ República Argentina, (caso Nº ARB/03/18)”; “Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina, (caso Nº ARB/03/19)”; “Azurix Corp. c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/01/12)”; “Aguas del Tunari S.A. c/ República de Bolivia, (Caso Nº ARB/02/3)”; “Azurix Corp. c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/03/30)”; “SAUR International c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/04/4)”; “Anglian Water Group c/ República Argentina, (caso ante CNUDMI-CPA) 2003”; “Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ República Unida de Tanzania, (Caso Nº ARB/05/22)”; “Impregilo S.p.A. c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/07/17)”; “Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ República Argentina, (Caso Nº ARB/07/26)”.

Christian G. Sommer

pública frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales de las empresas.

La inmensa mayoría de los TBI no contiene referencias explícitas a los derechos humanos y ello ha llevado a laudos relevantes a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos son dos campos herméticamente separados que no necesariamente pueden interactuar¹³. Como resultado de esa visión, laudos claves han ignorado la relevancia que los derechos humanos poseen al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. Son notables las implicancias políticas, sociales y económicas que ello puede acarrear en materia de inversiones extranjeras alojadas en el ámbito de los servicios públicos y los recursos naturales¹⁴.

Particularmente en el ámbito latinoamericano, la expansión de TBI que caracterizó a la década de los noventa no puede ser entendida como una negación, alejamiento o flexibilización de la decisión histórica de los Estados americanos de comprometerse con tratados de derechos humanos y someterse a la competencia de sus órganos de aplicación. Por una parte, suele señalarse que no es correcto leer los TBI de los años noventa en forma desligada de los tratados de derechos humanos ratificados anteriormente. Ciertamente, los pactos de derechos humanos no descansan en propósitos declarativos con pretensiones abstractas sino que poseen una vocación de efectividad que hace a su esencia. Si al momento de

¹³ CIADI “Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/03/19)”; “Azurix Corp. c/ República Argentina, (Caso N° ARB/01/12)”; “Aguas del Tunari S.A. c/ República de Bolivia, (Caso N° ARB/02/3)”.

¹⁴ JACOB, M. *International investment agreements and human rights*, Universität Duisburg-Essen, INEF Research Paper Series Human Rights, N° 03/2010. p. 29.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

la aplicación de los TBI no se computa ese extremo, quien debe encargarse de evitar que se consume el intento de sustraer a los afectados de esa red de garantías es en primer término el funcionario interno como agente inicial del control de convencionalidad¹⁵. Lo cierto es que en esta visión neoliberal de los años noventa con la firma de cientos de TBI, prácticamente desligó esas asociaciones de derechos entre TBI y derechos humanos, a pesar que muchos Estados ya contenían compromisos asumidos de derechos humanos antes de la firma de los TBI o por las condiciones que implicaban las cláusulas de estos tratados de inversión, los gobiernos nada hicieron por adecuar las normas a sus compromisos anteriores en materia de derechos humanos.

Pero esos problemas de falta de compatibilidad de normas internacionales, no solo tiene como potenciales sujetos implicados a los individuos. También los Estados como sujetos primarios de estos tratados se han encontrados constreñidos a la modificación de sus políticas públicas como consecuencia de cláusulas asumidas en los TBI que se asemejan más a condiciones pétreas de garantías a los inversores. Así, por ejemplo, cabe reflexionar si las cláusulas de estabilización previstas en los TBI dejan el suficiente margen al Estado que recibe la inversión para adoptar políticas públicas que progresivamente mejoren el goce de los derechos sociales de la población; si crean incentivos para empresas que aplican la evaluación de impacto a los derechos humanos a sus actividades; y si promuevan un régimen de inversión que permite a Estado, tal como a los países de donde emana la inversión, cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, participación ciudadana, derecho a un medioambiente libre de

¹⁵ BOHOSLAVSKY, J. P. y JUSTO, J. B. *Protección del Derecho Humano al agua y arbitraje de Inversión*. CEPAL – GIZ, Santiago de Chile, 2011. p. 24.

Christian G. Sommer

contaminación, o la salud. Estos debates son los que cada vez más se perfilan en los casos ante tribunales arbitrales.

Si bien se puede considerar que la inversión extranjera, por sus fines, ayudaría a un mayor desarrollo del país posibilitando el mejor desempeño de estándares de derechos humanos, no siempre ese es el resultado. Cabe recordar que la participación de inversores en ámbitos de servicios públicos se suele efectivizar a través de la privatización de los órganos estatales que se responsabilizaban de hacerlo. Con este nuevo cambio en la gestión del acceso al servicio, muchas veces esa nueva política de administración no es acorde a tener una perspectiva de derechos humanos en, por ejemplo, garantizar el acceso al agua potable a ciudadanos que no pueden pagar una tarifa mayor por el servicio. Algunos casos paradigmáticos han sido los planteados ante el CIADI como *Aguas del Tunari c/ Bolivia*, los asuntos *Aguas Argentinas* y *Aguas del Aconquija c/ Argentina* o *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/ Tanzania*¹⁶ entre otros. Diversas situaciones pueden enunciarse en casos donde la inversión extranjera es necesaria para el desarrollo industrial de un sector de la economía nacional pero como producto de no garantizar estándares de calidad en la explotación industrial, los efectos medioambientales en la región y en los habitantes son de relevancia, generando una violación a los derechos humanos de éstos. Casos

¹⁶ CIADI. “Aguas del Tunari S.A. (Bechtel) c/. Bolivia”, (Caso N° ARB/02/3); “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A c/ Argentina”. (Caso N° ARB/03/19); “Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi SA c/ Argentina” (Caso N° ARB/97/3); “Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/. Tanzania”, (Caso N° ARB/05/22). En estos casos se ventilaron cuestiones relacionadas al impacto de las reclamaciones de los inversionistas a tenor de los estándares de salud pública, y el acceso a servicios esenciales, como son el agua potable y la recolección de aguas servidas. También es relevante mencionar el rol desempeñado por la sociedad civil en la utilización del *amicus curiae* como instrumento de participación y de acceso a la información.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

como *López Ostra c/ España o Guerra y otros c/ Italia* ante el sistema de derechos humanos europeo¹⁷; o el asunto *Tecmed c/ México*¹⁸ en el ámbito del CIADI, así lo han señalado. A ello podemos sumar problemáticas más complejas que involucran a los Estados y a los inversores, tal el caso de las concesiones de explotación de recursos naturales no renovables en zonas donde habitan comunidades indígenas, las cuales, en muchos casos ya habían obtenido un reconocimiento formal de sus territorios por parte del Estado. Estos han sido los casos (entre otros) de *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c/ Nicaragua* o *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*, ante el sistema interamericano de derechos humanos¹⁹. O la venta de tierras a inversores donde viven ancestralmente comunidades indígenas como el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/Paraguay*²⁰.

Estas circunstancias recuerdan que no siempre los Estados son proactivos en exigir a los inversores extranjeros estándares de respeto de derechos humanos, conllevando que por acción u omisión, algunos de ellos se tornen responsables de violaciones que van mucho más allá de simples incumplimientos de estándares técnicos,

¹⁷ TEDH. “López Ostra c/ Reino de España”. Sentencia del 9 de diciembre de 1994. Serie A, n° 303, “Guerra y otros c/ Italia”. Sentencia del 19 de febrero de 1998, RJD, 1998-I. Estos casos, relacionados con la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos involucraron sucesivamente causales como polución, el tratamiento de residuos urbanos y fábricas de fertilizantes.

¹⁸ CIADI. “Técnicas Medioambientales (Tecmed), S.A. c/. México”, (Caso N° ARB(AF)/00/2); el tribunal analizó una disputa relacionada a cuestiones de demanda por expropiación frente a graves causales de polución industrial y afectación del medioambiente.

¹⁹ Corte IDH. “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni c/ Nicaragua”. Sentencia de Fondo del 31 de agosto de 2001; “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador”, Sentencia de Fondo del 27 de junio de 2012.

²⁰ CIDH. “Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/Paraguay”. Sentencia de Fondo del 29 de marzo de 2006.

Christian G. Sommer

ya que conllevan la aplicación de detenciones arbitrarias, el financiamiento de grupos armados o el asesinato de dirigentes sindicales o indígenas. Situaciones como estas, a pesar de ser evidentes en algunos casos, no siempre son analizadas por los tribunales arbitrales, en razón de considerarse que (formalmente) tienen una competencia acotada a las normas propias de los TBI y no de otro tipo de regulación de tratados internacionales lo que es claramente criticable con solo leer el alcance de los convenios en lo respectivo al derecho aplicable (Vg. artículo 42 del Convenio de Washington)²¹.

3. Normas reguladoras de comportamiento de empresas e inversores en respeto de derechos humanos

Esta cuestión sobre las relaciones entre inversiones y derechos humanos también es parte de un debate más amplio sobre cómo abordar las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas al hacer negocios o invertir en el extranjero. Aunque algunos instrumentos internacionales, están dirigidos específicamente a las actividades de las empresas y los inversores, las obligaciones contenidas en estos instrumentos son vinculantes para los Estados Contratantes pero no tanto para las empresas. El actual derecho internacional de carácter convencional, generalmente no impone ninguna obligación legal directa a las empresas (salvo excepciones como el ámbito europeo de derechos humanos). Sin embargo, el derecho internacional tampoco impide a los Estados firmar tratados (tales como TBI) que impongan obligaciones de derechos humanos a los inversores.

²¹ Artículo 42. “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Esto es por ejemplo, la conclusión a la que arribó John Ruggie, ex Representante Especial de la ONU para las Empresas y los Derechos Humanos, en una encuesta a representantes de empresas multinacionales²²; una iniciativa no vinculante de cerca de 8.700 participantes corporativos y otros actores involucrados de más de 130 países que se han comprometido a respetar diez principios universales extraídos de cinco instrumentos internacionales de derechos humanos²³. En junio de 2011, Ruggie presentó su informe final al Consejo de Derechos Humanos, el cual incluyó como documento principal los *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*²⁴, como puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar la violación de derechos humanos”. Estos principios aunque no son de naturaleza jurídica, pueden ser aplicados como estándares muy influyentes en la conducta de las empresas²⁵.

²² UN. Report of the High Commissioner for Human Rights, Trade and investment (John Ruggie), February 2006 E/CN.4/2006/97.

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), la Declaración de la OIT relativa a los Principios y derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).

²⁴ Naciones Unidas, New York, HR/PUB/11/4. (2011). Disponible en: www.ohchr.org/Documents/.../GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (consulta del 23 de julio de 2013).

²⁵ Entre estos principios aplicables a las empresas se pueden destacar los siguientes:

- a) Las directrices implican la inhibición de las empresas en relación con actos que pudieran infringir los derechos humanos, pero también requieren acciones para evitar daños. El deber de acción puede también acrecentarse según los contextos, por ejemplo, cuando se trata de empresas de servicios sociales o empresas públicas.
- b) La responsabilidad de las empresas se define con referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho internacional del trabajo.

Christian G. Sommer

Las propuestas del profesor Ruggie también han influenciado en el proceso de “actualización” de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales²⁶. Los Estados miembros de la OCDE decidieron en junio de 2010 incorporar un nuevo capítulo sobre derechos humanos en las nuevas directrices, que son el único instrumento internacional dirigido a las empresas y que cuenta con un mecanismo de promoción y seguimiento (el sistema de Puntos de Contacto Nacional), el cual es muy débil y se limita generalmente a la mediación y conciliación de disputas. Las directrices de la OCDE actualizadas, señalan que las empresas deben respetar los derechos humanos, deben evitar contribuir a las violaciones cometidas por otros, deben llevar a cabo procesos de debida diligencia a nivel interno y deben establecer mecanismos de reparación. En igual línea puede aludirse la utilización de los postulados de los Principios sobre las Empresas Multinacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁷.

c) La responsabilidad está relacionada con las acciones directas de las empresas e inversores y también con los impactos causados por éstas de manera indirecta a través de su contribución o participación en abusos cometidos por otros (sean Estados, otras empresas o grupos armados).

d) La necesidad de adoptar políticas y procesos internos, que incluye la adopción de las políticas, hacerlas operativas, evaluarlas y adoptar acciones reparadoras.

e) La necesidad de conducir procesos de debida diligencia en materia de derechos humanos que incluyan: la evaluación de impactos y riesgos; la integración de los resultados a las políticas empresariales; el seguimiento permanente; la comunicación de resultados mediante informes.

f) Cuando la legislación nacional es débil o inexistente o no es aplicada por las autoridades o cuando hay conflicto armado, las empresas deben seguir el estándar internacional, en la medida de lo posible.

²⁶ Disponibles en <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf> (Consulta del 15 de mayo de 2013).

²⁷ OIT. Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social. Ginebra 2006.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Por su parte, la Unión Europea (UE) adoptó en octubre de 2011 una Comunicación sobre Responsabilidad Social de las Empresas e hizo explícita referencia a varios instrumentos de derechos humanos que consagran la responsabilidad empresarial de respetar y prevenir su violación, además de remediar el daño causado²⁸.

La existencia de estas normas de *soft law* demuestra que a pesar de no existir normas vinculantes en los TBI que establezcan obligaciones directas a los inversores, las empresas radicadas principalmente en los Estados desarrollados, se estarían comprometiendo a llevar adelante conductas que eviten el menoscabo de derechos humanos en terceros países. Aunque algunas empresas hayan expresado su voluntad de respetar estándares de derechos humanos, actualmente se comprueba como poco probable que los Estados estén dispuestos a transformar estos instrumentos jurídicos no vinculantes en vinculantes al incorporarlos simplemente a sus TBI, ya que por más que formalmente se demuestre voluntad de cambio, en la actualidad los Estados desarrollados de los que provienen principalmente los inversores y empresas no son proclives a modificar las cláusulas de los TBI firmados en los años noventa.

Hacer una referencia a tratados internacionales específicos en los TBI es solo el primer paso a considerar cuando se pretende mejorar la protección de los derechos humanos en el contexto de estos tratados bilaterales. La cláusula de solución de diferencias

Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf (Consulta del 15 de julio de 2013).

²⁸ UE. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia 2011-2014 para la Responsabilidad Social de las Empresas. COM(2011) 681 final. Bruselas. 25 de noviembre de 2011.

Christian G. Sommer

entre inversor y Estado contenida en los tratados también debería contener disposiciones donde se indique específicamente la manera en que serán aplicadas las obligaciones de derechos humanos impuestas al inversor ante un tribunal arbitral. O que la protección de un inversor en virtud de un TBI podría verse condicionada por su respeto a las obligaciones de derechos humanos, también denominada como doctrina de manos limpias (*clean hands doctrine*)²⁹. Si un tribunal llega a la conclusión de que un inversor ha cometido violaciones de derechos humanos contrario a sus obligaciones asumidas bajo un TBI, podría encontrar inadmisibles el reclamo del inversor. De hecho, varios tribunales arbitrales ya han hecho uso en forma excepcional, de la doctrina de manos limpias sosteniendo que carecían de jurisdicción o que un reclamo era inadmisibles frente a una conducta ilegal de un inversor, tal como una representación errónea del demandante, fraude o corrupción³⁰. Otra de las opciones en la aplicación de normas de derechos humanos en los TBI, sería de aplicación al momento que, frente a las acusaciones de incumplimiento del TBI por parte del Estado, se esgriman la

²⁹ DUMBERRY, P. y DUMAS-AUBIN, G. “The Doctrine of clean hands and the inadmissibility of claims by investors breaching international human rights law”. *Transnational Dispute Management, Special Issue. Aligning Human Rights and Investment Protection*, 10 (1). 2013. Disponible en:

www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1933

(Consulta del 4 de junio de 2013)

³⁰ CIADI. “World Duty Free Company Limited c/. Kenya”, (Caso N° ARB/00/7), laudo del 4 de octubre de 2006; “Inceysa Vallisoletana, S. L. c/ El Salvador”, (Caso N° ARB/03/26), laudo del 2 de agosto de 2006; “TSA Spectrum de Argentina S.A. c/ Argentina”, (Caso N°, ARB/05/5), laudo del 19 de diciembre de 2008. Cfr. CREMADES, B. “Corruption and Investment Arbitration”, En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication, 2005, p. 216; GODOY, F. “El tratamiento de las denuncias de corrupción en el marco del arbitraje de inversiones extranjeras”. *BA Arbitration Review*. Edición n° II – Junio 2013, Buenos Aires. pp. 4 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

existencia de violaciones de derechos humanos por parte de los inversores, actuando como un mecanismo de compensación de daños mutuos. Un tribunal, por ende, debería tener en cuenta estas argumentaciones al momento de determinar los méritos de la diferencia. Tales alegaciones también deberían tener un impacto en la evaluación de indemnización del tribunal por los daños reclamados por un inversor.

4. Ciertos abordajes de los tribunales sobre las relaciones entre los derechos de los inversores y los derechos humanos

Cuando se analizan los casos llevados ante los tribunales arbitrales, se puede apreciar que uno de los sectores sobre los que más solicitudes de arbitraje se han registrado, está relacionado con el sector de los servicios de agua potable y saneamiento. Durante la última década, se han desarrollado por lo menos una docena de arbitrajes de tratados bilaterales de inversión iniciados contra diferentes gobiernos con respecto a disputas en estos sectores. Como se expresara anteriormente, un número importante fueron presentados contra Argentina³¹, mientras que otros lo fueron contra países como Bolivia (*Aguas del Tunari*)³² y Tanzania (*Biwater*)³³,

³¹ CIADI. “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ Argentina”, (Caso N° ARB/97/3); “Aguas Provinciales de Santa Fe, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua, S.A. c/ Argentina” (Caso N° ARB/03/17); “Aguas Cordobesas, S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. c/ Argentina”, (Caso N° ARB/03/18); “Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c/ Argentina”, (Caso N° ARB/03/19); “Azurix Corp. c/ Argentina”, (Causa N° ARB/01/12); “Azurix Corp. c/ Argentina”, (Caso N° ARB/03/30); “SAUR International c/ Argentina”, (Causa N° ARB/04/4). “Impregilo S.p.A. c/Argentina”, (Caso N° ARB/07/17); “Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c/ Argentina”, (Caso N° ARB/07/26). UNCITRAL Rules. “Anglian Water Group c/Argentina (2003)”.

³² CIADI. “Aguas del Tunari S.A. c/ Bolivia”, (Caso N° ARB/02/3).

Christian G. Sommer

entre otros. En la mayoría de esos casos, a pesar que los Estados habrían efectuado importantes argumentos a favor de establecer una relación entre las medidas estatales adoptadas y el respeto de los derechos humanos de sus habitantes, los árbitros han sido reticentes a seguir esta línea de adecuación entre políticas públicas y derechos humanos como limitación de las responsabilidades frente al inversor.

Diversos casos relevantes se presentaron ante los tribunales del CIADI, tales como los asuntos *Aguas Argentinas (Suez)*, *Grupo AWG*, *Azurix y otros*³⁴, en donde los árbitros sostuvieron que no les correspondía determinar si el inversor había vulnerado los derechos humanos de la población bajo su servicio, al no cumplir con las obligaciones contractuales de la extensión de la red de agua y saneamiento, principalmente a zonas carenciadas o de bajos recursos³⁵. Estos aspectos sobre derechos humanos también han sido invocados por el gobierno en su defensa, en las que argumentó que las medidas tomadas durante la crisis financiera eran necesarias para proteger el derecho humano al agua de la población afectada.

³³ CIADI. “Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c/Tanzania”, (Caso Nº ARB/05/22).

³⁴ CIADI. “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal, S.A. (Aguas Argentinas, S.A.), c/ Argentina”. (Caso No. ARB/03/19), Decisión sobre *amicus* del 19 de mayo de 2005.

³⁵ Las disputas en cuestión surgieron de una serie de inversiones e inversores en donde las empresas extranjeras crearon entidades locales (Aguas Argentinas S.A; Azurix, Aguas del Aconquija) y firmaron contratos para gestionar la concesión del servicio de agua potable y saneamiento. En el transcurso del contrato, los inversores se disputaron con las autoridades locales sobre una gran cantidad de circunstancias sobrevinientes. A medida que la crisis financiera de la Argentina se profundizaba, los inversores se enfrentaron con el Gobierno por el congelamiento de la tarifa de los precios de agua que se cobraban a los consumidores. Los inversores argumentaron que tenían derecho por contrato a modificaciones de las tarifas en caso de inflación o devaluación de la moneda, para mantener el “equilibrio económico” del proyecto durante su duración.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Sin embargo, no debe omitirse, que teniendo en cuenta la obligación de los tribunales de analizar el caso en base al derecho aplicable en la controversia, (artículo 42 del Convenio de Washington), y siendo en la mayoría de los casos tanto el derecho local como el internacional, el derecho a ser aplicado, podrían los árbitros tener en consideración otras normas protectoras de derechos humanos propias del derecho vigente en el territorio de la controversia. El campo de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, los derechos de los pueblos originarios, la salud pública; todos ellos representan en la práctica un desafío para el intérprete que debe decidir qué normas aplicar. Esto presume que los árbitros están facultados para resolver disputas que involucran derechos humanos y que los TBI no excluyen la aplicación de otras normas relevantes del Derecho Internacional³⁶. En ese marco, y teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los TBI no enuncian referencias a los derechos humanos, es que las reglas en materia de conflictos normativos deberían asumir una importancia creciente en los arbitrajes de inversión³⁷.

Sobre este último aspecto, basta recordar que un conjunto de normas de derechos humanos, constituyen obligaciones de *ius cogens* en el derecho internacional, por lo cual, atento a su carácter de normas imperativas, se encuentran en una pirámide superior a otras, entre ellas, las del derecho internacional de las inversiones, aspecto

³⁶ REINER, C. y SCHREUER, Ch. *Human Rights and International Investment Arbitration*, en DUPUY, P. M.; PETERSMANN, E. U y FRANCONI, F. (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp 84 ss. Por ejemplo, en “Maffezini c/ Kingdom of Spain” (Caso ARB/97/7), laudo del 13 de noviembre de 2000, párr. 65-71, los árbitros consideraron argumentos basados en Derecho Ambiental.

³⁷ MANN, H. “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key issues and opportunities”. *Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible*, Canadá, 2008. pp. 25-29.

Christian G. Sommer

que los árbitros no deberían omitir en sus considerandos. Al respecto, los árbitros deberían también tener en cuenta las interpretaciones que los órganos especializados de establecer los alcances de los tratados efectúan. Sobre el derecho de acceso al agua por ejemplo, basta recordar que el Comité de Derechos Sociales y Culturales, en su Observación general N° 15, (aunque una interpretación no vinculante pero fidedigna de los derechos económicos, sociales y culturales), ha establecido una serie de medidas que los gobiernos pueden adoptar, incluyendo la de asegurar que a las terceras partes (inversores) a las que se les confíe el suministro de agua no se les permita comprometer “el acceso físico, en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables”³⁸.

Una particularidad sobre estos aspectos abordados, es que en Latinoamérica, la mayoría de violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales se han cometido en territorios habitados por pueblos originarios o relacionados con dichas comunidades. Esto puede deberse a dos motivos; uno geográfico: estos territorios, generalmente, se encuentran en zonas alejadas que albergan una gran cantidad de recursos naturales; y otro social: son poblaciones en condición de vulnerabilidad por su situación de pobreza y marginación.

Como muestra de las dificultades en el planteamiento de aspectos relacionados por violaciones a derechos humanos en el ámbito de las inversiones extranjeras, muchos de estos casos se han planteado ante organismos regionales de derechos humanos y no primordialmente por los Estados ante órganos arbitrales de inversión. Los organismos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, han conocido varios casos relativos a los

³⁸ UN. Observación general N° 15, párr. 24.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

derechos de los pueblos indígenas. El primer caso que marcó un hito internacionalmente, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana”) determinó violaciones de derechos indígenas, es el asunto de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua*, particularmente bajo una amplia interpretación del derecho a la propiedad y el derecho a la vida³⁹.

Parte de los casos ante la Corte Interamericana están enmarcados en las controversias por la falta de consulta a dichas comunidades por parte del Estado al momento de decidir otorgar derechos de explotación de los territorios donde estos se encuentran a inversores extranjeros amparados en contratos celebrados con el Estado y por las cláusulas de TBI. Aunque no existe norma alguna que faculte a las comunidades indígenas a ejercer un derecho de veto sobre una decisión del Estado respecto a la explotación de sus recursos naturales, en especial aquellos bajo la superficie. En este sentido, los procedimientos establecidos para lograr acuerdos o consensos deben tomar en consideración, en todo momento, la importancia política del derecho a ser consultados para los pueblos indígenas y, de igual forma, el deber que se deriva de esta obligación internacional para los Estados⁴⁰. Consecuentemente, de conformidad con estos criterios, se puede sostener que el derecho a ser consultados no debe ser entendido como un simple procedimiento informativo o una mera formalidad, sino un mecanismo para crear un espacio de diálogo entre los pueblos indígenas y el Estado. Este derecho de consultas a su vez ya se encuentra plasmado en el

³⁹ CIDH. “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”. Sentencia de Fondo del 31 de agosto de 2001.

⁴⁰ WRAY, N. “La Consulta Como un Derecho Político de los Pueblos Indígenas”, *Iuris Dictio* (46). Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, 2002. pp. 20.

Christian G. Sommer

Convenio 169 de la OIT, cuyo instrumento se encuentra vigente en la mayoría de los países latinoamericanos⁴¹.

Este derecho de consulta, ha estado relacionado a otros casos ante la Corte Interamericana. Cabe aludir a los asuntos *Claude Reyes c/ Chile*⁴² en la cual se planteó en instancias jurisdiccionales las violaciones de las normas del Pacto de San José de Costa Rica por parte del Estado chileno, al negarse a la sociedad civil (principalmente a pueblos originarios) el acceso a la información sobre una inversión extranjera de explotación forestal por razones de interés público ya que estas prácticas, a criterio del Estado, vulnerarían el interés colectivo que se había fijado el país respecto a la promoción de inversiones; o más recientemente el fallo del tribunal en el asunto del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*⁴³. Este caso represento un punto de inflexión por parte de cómo los Estados deben respetar y consultar a los pueblos originarios a quienes se les han reconocido derechos ancestrales sobre la tierra, de no disponer de ella sino previo acuerdo de las comunidades. En mayo de 1992 el Estado ecuatoriano adjudicó en la provincia de Pastaza y en forma

⁴¹ Cfr. AMAYA, J. “El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del derecho internacional”. Conferencia en la Jornada: El rol de los Ombudsman en América Latina. Lima, 25 de abril de 2013; Disponible en: <http://unsr.jamesanaya.org/statements/el-deber-estatal-de-consulta-a-los-pueblos-indigenas-dentro-del-derecho-internacional>; OYARZUN, J.A. *Derechos Humanos y Pueblos indígenas*. WALIR-IEI, Temuco, 2004; RODRIGUES GRAVITO, C; MORRIS, M. *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010. “Informe *El Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*”. Due Process of Law Foundation – OXFAM. Washington, 2009;

⁴² CIDH. “Claude Reyes y otros c/. Chile”. Sentencia de Fondo del 19 de septiembre de 2006.

⁴³ CIDH. “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador”, Sentencia de Fondo del 27 de junio de 2012.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

indivisa, un área de cerca de 222.094 hectáreas a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden al pueblo Sarayaku aproximadamente unas 135.000 hectáreas. Sin embargo en 1996 el Estado suscribió un contrato de participación para la exploración de hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el denominado “Bloque 23” entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A. (CGC) (en adelante “CGC” o “compañía CGC” o “empresa CGC”) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. Sin embargo parte de ese bloque comprendía más de la mitad de los territorios reconocidos anteriormente a los pueblos originarios. Frente a la inacción del Estado en rever la medida, el caso llegó al sistema interamericano donde se obtuvo una sentencia favorable a los pueblos originarios y sus derechos de protección del ambiente y su cultura donde allí se desarrollan.

Pero no solo en Latinoamérica se han sucedido estos casos, sino que pueden avizorarse situaciones de vulneración de derechos humanos en otras partes del planeta. En 2005 la empresa canadiense *TVI Pacific Inc.* comenzó a explotar la mina Canatuan en la isla de Mindanao (Filipinas). Las operaciones mineras forzaron el desplazamiento de muchas familias, dividieron al pueblo indígena local conocido como subanon, privaron a miles de pequeños mineros de su medio de subsistencia y afectaron negativamente a los agricultores dedicados al cultivo del arroz y a los pescadores que vivían aguas abajo, debido al aumento de los niveles de sedimentos y metales en los ríos y arroyos próximos. Uno de los aspectos más

Christian G. Sommer

polémicos de la mina es que está situada en la cima del monte Canatuan, considerado sagrado por el pueblo subanon⁴⁴.

Cabe señalar que, como se ha expresado anteriormente, los árbitros suelen ser poco proclives a incorporar análisis de perspectivas de derechos humanos en casos de arbitrajes en donde el Estado procura una justificación de responsabilidad amplia o parcial, pero paradójicamente en ciertos casos, los tribunales arbitrales han enunciado la búsqueda de una interpretación desde una perspectiva de derechos humanos para aludir la protección que tiene todo inversor a que no se le vulneren sus derechos humanos (entendido en su caso como una protección accesoria a la propia garantía de protección del inversor ya incorporada en los TBI).

En diversos casos ante tribunales arbitrales bajo reglas del TLCN o del CIADI se han esgrimido estas solicitudes. Fue llamativo el laudo del asunto *CMS c/ Argentina*, en el cual el tribunal denegó toda argumentación esgrimida por el Estado por la cual había alegado que las medidas adoptadas estaban justificadas en mitigar la crisis económica y social que afectaba derechos humanos de sus habitantes, pero donde se enfatizó en el derecho a la propiedad privada del inversor casi como un derecho humano primordial a ser respetado por el Estado⁴⁵.

En el asunto *Mondev c/ Estados Unidos*⁴⁶ en virtud del TLCAN, el tribunal recibió una demanda de un promotor

⁴⁴ Cf. Informe “Estudio de los impactos de los proyectos de inversión extranjera en los derechos humanos”. Derechos y Democracia. *Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático*. Canadá, 2007, p. 10.

⁴⁵ CIADI. “CMS Gas Transmission Company c/ Argentina”, (Causa N° ARB/01/8), laudo arbitral del 12 de mayo de 2005, párrs. 114-121.

⁴⁶ CIADI. “*Mondev International Ltd. c/ United States of America*”, (Causa No. ARB (AF)/99/2). Laudo del 11 de octubre de 2002.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

inmobiliario canadiense que objetaba el tratamiento que los tribunales estadounidenses habían dado a su reclamación. Durante el curso del proceso de la demanda de Mondev, referida al hecho de que no había recibido “tratamiento según la legislación internacional”, el tribunal examinó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al artículo 6(1), que proporciona, entre otros, el derecho a una audiencia y con ello tomando referencias de estándares internacionales de derechos humanos aplicables en garantía del inversor. En otros casos de arbitraje, incluyendo la causa *Tecmed c/ México*, los árbitros consultaron la jurisprudencia en materia de derechos humanos, buscando asistencia para interpretar las obligaciones que se les deben garantizar a los inversores con respecto a las expropiaciones de propiedades. Los árbitros que deben interpretar las protecciones contra la expropiación o la nacionalización de los tratados de inversión han hecho alusión, por ejemplo, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre “el disfrute pacífico de las posesiones”⁴⁷. En la causa *Azurix c/ Argentina*, el tribunal del CIADI refrendó el enfoque adoptado anteriormente en la causa *Tecmed* en el que se consideraba que un dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos proporcionaba “directrices útiles” para la interpretación de la cláusula de expropiación del tratado bilateral de inversiones entre Argentina y Estados Unidos⁴⁸.

La prohibición de la discriminación es otra herramienta de los derechos humanos que los inversionistas han utilizado en sus dos facetas. En la primera, aparece como un argumento que pretende protegerlos en contra del trato diferenciado con respecto a los

⁴⁷ CIADI. “Técnicas Medioambientales (Tecmed SA) c/ México”. (Caso N° (AF)/00/2). Laudo del 29 de mayo de 2003.

⁴⁸ CIADI. “Azurix Corp. c/ Argentina”, (Caso N° ARB/01/14)”. Laudo del 14 de julio de 2006.

Christian G. Sommer

nacionales y se fundamenta, sobre todo, en la cláusula de trato nacional. En el segundo caso, esto fue así planteado en el diferendo *Grand River Enterprises c/ Estados Unidos*⁴⁹, donde los inversores reclamaban la adopción de medidas afirmativas que los diferencien y beneficien en el trato con respecto a los demás y basaron sus argumentos en la necesidad de interpretar las normas del TLCAN conforme al derecho internacional y, en particular, a la luz de los derechos humanos. En este sentido, se enfatizó en la obligación de los Estados Unidos de adoptar las acciones afirmativas que garanticen los derechos de las poblaciones originarias al momento de interpretar el estándar de trato justo y equitativo.

Otra instancia particularmente notable en la que se mencionaron las obligaciones de la legislación de derechos humanos se dio en el contexto de una disputa por un tratado de inversión en el arbitraje entre *Trinh Vinh Binh c/ Vietnam*, en virtud del tratado de inversión bilateral entre los Países Bajos y Vietnam. Aunque el conocimiento de los alegatos fue limitado por la confidencialidad del caso, se logró conocer que el demandante, una persona con doble ciudadanía de los Países Bajos y Vietnam, utilizó argumentos de derechos humanos⁵⁰. El demandante, Sr. Trinh, que realizó inversiones por millones de dólares en Vietnam, alegó que fue detenido por un período de tiempo excesivo antes del proceso (18 meses) y sometido a “tortura” y “tratamiento inhumano” mientras estaba bajo custodia de las autoridades. Afirmó, además, que la

⁴⁹ NAFTA/UNCITRAL. “Grand River Enterprises Six Nations, Ltd, et al. c/ United States of America.” Award, 12 de enero de 2011.

⁵⁰ Información brindada en el Informe: PETERSON, L. E. *Derechos Humanos y Tratados Bilaterales de Inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y estados*. Centro Internacional de Derechos Humanos y Democracia, Montreal, 2009. Disponible en: www.dd-rd.ca/site/_PDF/publications/.../HIRA-volume3-SPAN.pdf, (Consulta del 16 de mayo de 2011).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

conducta de la policía y las fuerzas de seguridad vietnamitas, que era claramente ilegal y corrompida y se desviaba seriamente de las normas internacionales de garantías procesales debidas, constituía una violación de las obligaciones de “protección y seguridad plenas” y “trato justo y equitativo” que constaban en el tratado entre los Países Bajos y Vietnam⁵¹.

En situaciones semejantes, cabe aludir al asunto *Bozbey c/ Turkmenistán*, en la que se reclamaron ante el Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, las violaciones de derechos humanos a las que fue sometido un inversor turco en ese país⁵². El Comité evaluó las denuncias de un hombre de negocios turco que había sufrido violaciones de los derechos humanos después de ser condenado ilegalmente por la comisión de delitos económicos. Esto llevó a que se presentara una demanda por indemnización bajo el TBI entre Turquía y Turkmenistán. Este caso pone de relieve nuevamente la interacción entre los derechos humanos y los regímenes de protección de inversiones. Omar Faruk Bozbey, el propietario y presidente de una empresa de construcción, se trasladó a Turkmenistán a finales de 1990 para construir un complejo agro-industrial. En virtud de un decreto presidencial, se firmó un contrato entre la empresa y la Fundación del presidente de Turkmenistán, que eximía a la empresa del pago de impuestos y derechos de aduana. El Sr. Bozbey alegó que en 2003 se le pidió pagar un soborno de 200.000 dólares y la construcción de un helipuerto para el Presidente de Turkmenistán, a expensas de la empresa. Tras la negativa del Sr. Bozbey, su oficina fue registrada y todos los documentos de la compañía fueron

⁵¹ UNCITRAL Rules. “Trinh Vinh Binh c/ Vietnam (1976). Laudo del 1 de mayo de 2007.

⁵² UN Human Rights Committee. “Bozbey c/ Turkmenistan” (Communication no. 1530/2006). 3 November 2010.

Christian G. Sommer

confiscados por las autoridades fiscales de Turkmenistán, exigiendo el pago de impuestos y multas por un valor de \$ 1.3 millones de dólares. Se iniciaron acciones penales contra el Sr. Bozbey sin que éste accediera a un traductor. En abril de 2004 el señor Bozbey fue declarado culpable de varios delitos económicos, entre ellos evasión de impuestos, sus propiedades fueron confiscadas y fue condenado a 14 años de prisión. En prisión, el Sr. Bozbey afirmó que estuvo sujeto a condiciones degradantes y humillantes, como el tamaño y las condiciones de su celda, la cantidad de comida y agua y el maltrato por los guardias de la prisión. El Sr. Bozbey alegó que fue torturado en varias ocasiones porque no quiso firmar una confesión. En octubre de 2005, Sr. Bozbey fue puesto en libertad tras la intervención del gobierno turco y un posterior indulto presidencial.

Aspectos relacionados a la protección de la inversión y los derechos humanos de los inversores, también han sido planteados ante la Corte Internacional de Justicia. Recientemente el tribunal dictó sentencia en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo* en el cual el gobierno de Guinea demandó a la República democrática del Congo (Ex Zaire) por graves violaciones contra las inversiones que el Sr Sadio Diallo había efectuado durante 30 años, que le fueron confiscas, a la vez de haber sido sometido a encarcelamiento por parte de las autoridades del Estado y expulsado del territorio⁵³. Más allá de estos casos comentados y las expresiones vertidas sobre la necesaria relación entre inversión y derechos humanos, dichas posturas no son pacíficas.

Para algunos críticos, existirían razones para no integrar estas dos áreas del derecho internacional. La primera es que

⁵³ CIJ. "Case concerning Ahmadou Sadio Diallo. (Guinea Republic c/ Democratic of Congo Republic)". Sentencia sobre objeciones preliminares. 27 de mayo de 2007. *ICJ Reports*, (2007).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

implicaría que en cada litigio en el cual alguna de las partes no quedará satisfecha con el laudo arbitral, se tendría la opción de acudir a los tribunales de derechos humanos para que la decisión tomará otro curso, después de haber agotado los recursos internos del Estado. Podría entonces el Estado terminar acuerdos unilateralmente con el argumento de la salvaguarda de los Derechos Humanos. En este sentido, se desviaría la razón u objetivo último de ser del acuerdo Arbitral o de lo que constituye la solución alternativa de controversias⁵⁴.

Al interior de los tribunales de derechos humanos como es el caso de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha debatido si la aceptación del acuerdo arbitral constituye una renuncia al artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el debido proceso. En el caso *Nordstrom Janzom c/ Países Bajos*, se sostuvo que se había violado dicho artículo, ya que en el proceso los árbitros no habían actuado de manera imparcial e independiente, tema de salvaguarda del interés público del Estado, lo que para el momento demostró que no se estaba renunciado al debido proceso por acudir al tribunal arbitral, ya que se debían seguir la reglas del debido proceso⁵⁵. Pero también se señala que el acuerdo arbitral también puede estar diseñado por las partes en términos diferentes que no entran o no concuerdan con el diseño y objeto del artículo 6 de la Convención, por lo que hay razón para no aplicar dicho artículo a un procedimiento diferente, acordado por las

⁵⁴ IBAÑEZ, P. “¿Existe una posible interrelación entre los derechos humanos y la economía?”. Disponible en:

www.pactoglobal-colombia.org/.../interrelacion-DD-HH-economia-Plira-Ibanez-CIPID.pdf (Consulta del 12 de mayo de 2013).

⁵⁵ Cf. SAMUEL, A. “Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights”, *Kluwer Arbitration*, 2004. pp. 417-418.

Christian G. Sommer

partes⁵⁶. Algunos otros opinan que el debido proceso en derechos humanos tiene su esfera de actuación en el Estado, a diferencia del debido proceso a nivel del arbitraje internacional, donde su esfera de actuación radica en las partes y por ende en el acuerdo arbitral⁵⁷. Podría afirmarse que los árbitros, por tratarse de un acuerdo privado, tienen la discreción de aplicar o no el artículo 6 de la Convención. Pero también es cierto que existe una relación triangular o indirecta entre el Estado, el Árbitro y la Convención, por lo cual, si el tribunal de arbitraje llegase a violar de alguna forma el artículo 6 de la Convención, y dicho laudo fuese ante la autoridad competente del Estado, autoridad que a su vez no lo anula, podría dicha decisión llegar a ser llevada ante la TEDH⁵⁸. Cabe recordar que en el ámbito europeo de derechos humanos, si bien las personas físicas pueden gozar de las protecciones de todo el espectro de tratados regionales e internacionales de derechos humanos, las personas jurídicas también se benefician con algunos de estos tratados, tal el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la luz de esta realidad, los inversores (ya se trate de sociedades o de personas de negocio) a veces presentan demandas por violaciones de derechos humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como mecanismo conexo a las demandas sobre violación al tratado de inversión iniciadas contra un gobierno anfitrión⁵⁹.

⁵⁶ Id., Pág. 426.

⁵⁷ MCDONALD, N. "More Harm than good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration", *Kluwer Arbitration*, 2003, pp. 526-530.

⁵⁸ *Idem*, p. 526.

⁵⁹ Cf. OLARTE BÁCARES, D. "El derecho internacional de las inversiones en América Latina: El reencuentro con los derechos humanos". *Realidades y Tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Público. Tomo VI. Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá – Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 696.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el caso *Taskin y otros c/ Turquía*, los demandantes denunciaron al Estado por la autorización de la explotación de una mina de oro que se encontraba próxima a las viviendas de los denunciados⁶⁰. De este modo, alegaban que el proceso de explotación en el cual se utilizaba cianuro producía una contaminación considerable en la comunidad. El vínculo ya establecido entre la preservación del medioambiente y la protección efectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar por medio de la jurisprudencia del Tribunal permitió que este declare la violación del artículo 8 de la Convención Europea. Asimismo, el Tribunal declaró la violación del derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 de la Convención, dado que las autoridades públicas no ejecutaron las sentencias que los demandantes tenían a su favor.

Muchas son las situaciones planteadas en general, por las cuales se pueden apreciar que existen continuos conflictos entre las normas de derechos de los inversores y los derechos humanos. Sin embargo, salvo la existencia de ciertos tribunales arbitrales o de derechos humanos de carácter regional en el que los particulares deben agotar las vías internas jurisdicciones de los Estados en donde se efectuaron los hechos, los demandados suelen ser los Estados y no las empresas internacionales que efectuaron inversiones y generaron ciertas violaciones a los derechos humanos. Ello trae a colación el problema de la necesaria extraterritorialidad de tribunales para demandar la reparación por violaciones a los derechos humanos, ya que en el país donde fueron perpetrados no es posible el acceso a la justicia.

⁶⁰ TEDH. “Taskin y otros c/ Turquía”, Caso N° 46117/99, ECHR 2004-X, párr 115-125.

Christian G. Sommer

Uno de estos casos por denuncias de violaciones a derechos humanos cometidas bajo la complicidad o acción de empresas multinacionales, ha sido el asunto *Kiobel c/ Royal Dutch Petroleum C.O.*, ante los tribunales de los EE.UU y que recientemente la Corte Suprema de Justicia decidiera su situación denegando jurisdicción por razones de falta de conexión con el país del demandante o del hecho ocurrido⁶¹. Este caso involucraba acusaciones de indígenas Ogoni de Nigeria contra la empresa Shell por complicidad en violaciones graves de los derechos humanos en ese país. En febrero de 2011 la sala de apelaciones decidió, por mayoría, que el derecho consuetudinario internacional no puede aplicarse a las sociedades mercantiles y por lo tanto esas sociedades/empresas no pueden ser demandadas bajo el *Alien's Tort Act*⁶² que data del año 1789. Esta ley permite que personas que no son ciudadanos estadounidenses (extranjeros) presenten demandas civiles en los tribunales estadounidenses por las violaciones manifiestas de los derechos humanos que pudieran haber sufrido, aun si el daño hubiera ocurrido fuera de los Estados Unidos. Esta ley ha sido interpretada de manera uniforme desde 1995 como también aplicable a agentes que no son estatales, es decir de particulares acusados de violaciones graves del derecho de las naciones o del derecho internacional consuetudinario⁶³. Por lo general, cuando se habla de responsabilidad jurídica de las empresas se suele prestar atención a la jurisdicción de los Estados Unidos. Esto se debe a que hay una gran cantidad de casos pendientes ante los tribunales contra empresas multinacionales debido a que las normas procesales son por lo general muy favorables a la interposición de demandas

⁶¹ Supreme Court of United States. “*Kiobel, et al c/ Royal Dutch Petroleum CO*”. Decided, April, 17, 2013.

⁶² Supreme Court of United States. “*Sosa c/ Alvares- Machain*”, 542 U.S. 692 734-37 (2004).

⁶³ US. 2nd Circuit. “*Kadic c/ Karadzic*”. 70 F. 3d 232, 236-37 (1995).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

judiciales. A fin de evitar acciones exorbitantes, algunos jueces de la Corte Suprema de Justicia norteamericana sugirieron (en un voto separado del fallo Kiobel), posibles estándares para que los tribunales tengan en cuenta casos en donde se pretenda aplicar el Alien Tort Act. En particular los votos razonados de los jueces Beyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan expresaron que el ATC podría ser aplicable cuando: a) la violación ocurra en suelo norteamericano; b) el demandado sea norteamericano o; c) cuando se afecte un interés esencial o nacional de Estados Unidos. Por otra parte, recientemente otros tribunales nacionales en Canadá han permitido el acceso a la jurisdicción de ese país por violaciones a derechos humanos cometidos por una empresa canadiense en Guatemala. En julio de 2013, una jueza de la Corte Superior de Justicia de Ontario, aceptó la jurisdicción para analizar las demandas de contra la empresa multinacional HudBay Mineral por las matanzas y torturas cometidas en la región Estol (Izabal) en Guatemala contra miembro de la comunidad local maya⁶⁴.

Recientemente también se han planteado sendas demandas ante los tribunales locales e internacionales por violaciones graves contra el medio ambiente y los pobladores indígenas de zonas selváticas en el caso *Texaco/Chevron* por la contaminación y daño ambiental en la zona de Lago Agrio (Ecuador). Aunque por una parte la empresa multinacional fue demandada y condenada (en sede nacional) a pagar una millonaria reparación por los daños causados⁶⁵, la empresa a su vez demandó al Estado por violación de

⁶⁴ Superior Court of Justice - Ontario. Exp. CV- 411159. “Choc vs Hudbay Mineral Inc”. Decisión del 22 de julio de 2013.

⁶⁵ En 2011 la Corte Superior de Justicia de Sucumbios condenó a la petrolera a pagar 19.000 millones de dólares por la contaminación que había efectuado a la petrolera Texaco entre 1964 y 1990. Texaco fue adquirida por Chevron en 2001 y heredó esta demanda por parte del Estado y de pobladores de la región donde se efectuaron los daños.

Christian G. Sommer

acuerdos de protección de sus inversiones extranjeras en el Ecuador, lo que llevó a que diversos tribunales arbitrales acordaran a favor de la empresa⁶⁶. Estas contradicciones en los tribunales locales e internacionales, pone de relieve lo complejo de las opciones al momento de establecer los grados de responsabilidad de las empresas en temas relacionados con la protección de los derechos humanos, no solo de carácter individual sino también colectivos como son los relacionados con el medio ambiente.

5. Reflexiones finales

Luego de una amplia expansión de los TBI en las últimas décadas, se aprecia como los Estados cada vez más son proclives a establecer excepciones en sus acuerdos o que se garanticen a los países receptores de la inversiones, la posibilidad de ajustar sus normas a los cambios sociales y la necesaria protección de medio ambiente para lograr un adecuado proceso de desarrollo, propio de los objetivos de los TBI.

La potestad reguladora del Estado ya no es apreciada como una situación condicionada por las cláusulas de estabilización o cláusulas paraguas que impacta en la futura protección de los derechos humanos de los ciudadanos frente a situaciones no previstas por las partes. Temas como el acceso básico a la salud, derechos laborales o preservación del medio ambiente frente a inversiones a largo plazo, son cada vez más tenidas en cuenta por los

⁶⁶ Por su parte un tribunal arbitral en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje (La Haya) dictaminó la suspensión de la condena contra la empresa a la vez que consideró en septiembre de 2013 que el Estado al firmar un acuerdo de liberación de responsabilidad con Texaco entre 1995 y 1998, no podía reclamarle en su totalidad esos daños a la nueva empresa (Chevron) que había adquirido las acciones y bienes de la anterior empresa. (PCA. "Chevron Corporation and Texaco Petroleum Co. c/ The Republic of Ecuador". Case n° 2009-23.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Estados y los miembros de la sociedad civil cuando reclaman TBI acordes con normas de derechos humanos. Así, se podría avanzar en la reformulación de TBI al hacer referencia a las responsabilidades de las empresas en el preámbulo del tratado, lo que tendría un impacto positivo. El preámbulo es una parte contextualmente importante de un tratado y podría servir para indicar y dar un guía al objeto y propósito del tratado. Sin embargo, una simple referencia a los derechos humanos en el preámbulo no generaría ninguna obligación sustantiva para los inversores. Una solución más directa sería que en los TBI se efectúen referencias directas a normas de *soft law* reconocidas y aplicadas por las empresas extranjeras y una forma más vinculante, sería hacer una referencia explícita a obligaciones de derechos humanos en el texto principal del TBI. El tipo de lenguaje utilizado es otro tema pertinente e igualmente importante. Meramente alentar a los inversores a hacer algo no ha funcionado en el pasado y es muy poco probable que sea una solución efectiva en el futuro. Por lo tanto, resulta primordial que las disposiciones de un tratado generen obligaciones legales que fueren la adopción de una determinada conducta por parte de los inversores.

A modo de ejemplo, en el modelo de TBI de EE.UU de 2012 se plasman la obligación de las partes de conducir sus compromisos en virtud de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo y reconocer la importancia de los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente. Otros instrumentos como el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia reafirman su compromiso con los principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los efectos que han causado el uso desmedido de cláusulas abusivas o las acciones de inversores que amparándose en vacíos legales o la impunidad frente a actos de corrupción con agentes del Estado, pueden generar (y lo han hecho) graves violaciones a los derechos humanos y como tal, deben ser plasmados en los TBI o la

Christian G. Sommer

obligación de los árbitros de efectuar una interpretación amplia del derecho aplicable a la controversia desde una perspectiva concordante con obligaciones de derechos humanos. El compromiso social y legal del inversor en implementar sus inversiones en concordancia con pautas de derechos humanos, no solo permitirá una mejor inversión y que conlleve a un diálogo cercano con la comunidad en la que se desarrolla, sino que contribuye a una mejor confianza de las inversiones que plasmen un adecuado desarrollo del territorio donde se implementan. Este es el necesario compromiso y desafío de interacción entre inversión y derechos humanos.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS COMO FUENTE DE
OBLIGACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS AS A SOURCE OF
OBLIGATIONS IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS

*Luciano Pezzano**

Resumen: El trabajo analiza la naturaleza de la Carta de las Naciones Unidas como fuente de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos, estudiando sus disposiciones en la materia, su artículo 56, y la práctica de la Organización al respecto.

Palabras - clave: Sistema universal de derechos humanos – Carta de las Naciones Unidas – Obligaciones de los Estados.

Abstract: The article analyzes the nature of the Charter of the United Nations as a source of state obligations in the field of human rights, studying its provisions in the matter, its article 56, and the practice of the Organization in this regard.

Keywords: Charter of the United Nations – State obligations – Universal human rights system.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Obligaciones de derechos humanos en la Carta. - III. Consideraciones finales.

* Abogado (UCES San Francisco, 2007). Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA – UNC). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Profesor adjunto de Derechos Humanos desde la perspectiva internacional (UCES San Francisco).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

I. Introducción

En el mundo actual, no es posible dudar que el respeto, la promoción y la protección de los derechos humanos constituyan obligaciones para todos los Estados, y que su incumplimiento pueda acarrear responsabilidad internacional. También es difícil negar que ello sea la consecuencia del profundo desarrollo operado sobre la materia a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que ha llevado a tales obligaciones a ocupar un importante lugar en el derecho internacional.

Dicho desarrollo tuvo como punto inicial a la Carta de las Naciones Unidas, que desde su Preámbulo expresó la resolución de los pueblos de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre”. Sin embargo, poco se ha advertido en los estudios sobre el tema acerca de la existencia de una fuente de naturaleza convencional que desde 1945 instaló para los Estados la obligación del respeto a los derechos humanos, dentro, naturalmente, de la misma Carta: su artículo 56.

Este trabajo versa, entonces, sobre la importancia –para nosotros trascendental– que reviste el artículo 56 dentro del sistema de promoción y protección de los derechos humanos que delinea la Carta de las Naciones Unidas.

En las siguientes páginas, previa revista sobre las normas de la Carta en materia de derechos humanos, nos adentraremos en el análisis del artículo 56, su interpretación y aplicación por los Miembros y órganos de las Naciones Unidas, para destacar su papel como fuente de las obligaciones de los Estados en esta cuestión, con prescindencia de las demás obligaciones convencionales, por demás firmemente establecidas y reconocidas por los Estados.

Luciano Pezzano

II. Obligaciones de derechos humanos en la Carta

A. Normas de la Carta en materia de derechos humanos

La primera referencia a los derechos humanos en la Carta se encuentra en el segundo párrafo del Preámbulo, cuando dice que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos *«a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos, de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas»*. Es curioso notar que el Preámbulo todavía mantiene la antigua denominación de “derechos fundamentales”, mientras el articulado de la Carta traerá la innovadora para la época noción de “derechos humanos”. Así, el artículo 1.3 incluye entre los propósitos de la Organización: *«Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión»*. El artículo 55 amplía este propósito, al establecer: *«Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades»*. Entre las funciones de la Asamblea General, el artículo 13.1, inciso b) dispone que la misma promoverá estudios y hará recomendaciones con los fines de *«fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión», y entre las funciones del Consejo Económico y Social (ECOSOC) se halla, según el artículo 62.I: «hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades». Por su parte, y de acuerdo al artículo 68, el ECOSOC «establecerá comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos». Finalmente, el artículo 76, inciso c) establece entre los objetivos del régimen internacional de administración fiduciaria: «promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión».

De esta enumeración de normas surge claramente que los derechos humanos constituyeron desde su misma creación uno de los pilares de las Naciones Unidas, a punto tal de incluirlos entre sus propósitos y dotar a sus órganos principales de competencias específicas al respecto. Sin embargo, la Carta no realiza una enumeración de los derechos humanos que reconoce ni establece los medios para su protección. No obstante ello, y como veremos, la falta de formulación de un elenco de los derechos reconocidos por la Carta –tarea que fue completada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales, así como por otros tratados internacionales en la materia surgidos en el seno de las Naciones Unidas– no impidió que la misma estableciera una obligación de naturaleza general sobre la promoción, el respeto y la protección de los derechos humanos. La misma se encuentra en el artículo 56, según se estudiará a continuación.

Luciano Pezzano

B. El artículo 56

1. Interpretación de la norma

Reza el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas:

«Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55».

El interrogante que se nos plantea es si nace de este artículo 56 una obligación para los Estados, en lo que a nosotros interesa, con relación a la promoción del respeto y efectividad de los derechos humanos y libertades fundamentales. Tanto en el ámbito político como en el académico tuvieron lugar interesantes debates sobre esta cuestión, que brevemente reseñaremos aquí.

a. Posturas en contra del carácter obligatorio

Se ha afirmado que las cláusulas de derechos humanos de la Carta no son normas jurídicas ni establecen obligaciones para los Estados Miembros, sino que son un programa de principios, una declaración de propósitos y fines, meramente una obligación de cooperar con la Organización a nivel internacional, y que solo tienen fuerza moral¹.

En apoyo de estas afirmaciones, se ha formulado un conjunto de argumentos interrelacionados, que se focalizan principalmente en: el significado de los términos “se comprometen”, en el artículo 56; el principio de no intervención del Art.2.7; la falta

¹ Esta clasificación se hace cfr. SCHLUTER, B.: “The Domestic Status of the Human Rights Clauses of the United Nations Charter”. *California Law Review* Vol. 61 Nº1 (1973), pp. 110-164, pág. 118 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

de poderes vinculantes de los órganos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos; y la falta en la Carta de una lista que especifique los derechos humanos y libertades fundamentales.

Con relación al primero de estos argumentos, algunos autores han señalado que el compromiso asumido por los Estados se limita a de promover la cooperación internacional, y no el de lograr la realización del respeto y la efectividad de los derechos humanos². En los debates en la Organización, algunos Estados señalaron que el artículo 56 no imponía ninguna obligación jurídica, ya que sólo tenía fuerza moral, y que los pactos internacionales de derechos humanos constituían un reconocimiento del hecho de que había sido necesario traducir las disposiciones de la Carta sobre derechos humanos en términos que permitieran a los Estados aceptar obligaciones jurídicas concretas en esta materia. Afirmaron, además, que no se debían confundir las obligaciones impuestas por la Carta con los objetivos de las Naciones Unidas en ella proclamados, que en los artículos de la Carta se enunciaban determinados principios y que estos principios, que tenían una gran fuerza moral, no imponían a los Estados Miembros obligaciones jurídicas concretas. También se sostuvo que los artículos 55 y 56 podían servir para promover el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como la efectividad de tales derechos y libertades, pero sólo en líneas generales, puesto que esos artículos no imponían a los Estados Miembros obligaciones jurídicas concretas, y que el artículo 56 entrañaba el compromiso de cooperar con otros Estados Miembros para la realización de los derechos humanos

² HUDSON, M. O.: "Charter Provisions on Human Rights in American Law", *American Journal of International Law* Vol. 44, Nº 3 (Jul., 1950), pp. 543-548, pág. 544; KELSEN, H.: *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. Frederick A. Praeger. New York, 1950, pág. 100.

Luciano Pezzano

fundamentales, pero no justificaba las investigaciones ni los intentos de modificar las relaciones entre otros gobiernos y sus pueblos³.

El segundo de los argumentos se funda en lo dispuesto en el artículo 2.7 de la Carta: «*Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII*». Así, algunos Estados sostuvieron que el artículo 2.7 era un factor determinante, que las cuestiones de jurisdicción interna eran de la exclusiva competencia de cada Estado Miembro, que cuando se trataba de los artículos 55 y 56 debía tenerse siempre presente el párrafo 7 del artículo 2, y que los artículos 55 y 56 no excluían de la esfera de la jurisdicción interna de los Estados las pretendidas infracciones de los derechos humanos. El hecho de invocar estos artículos no podía cambiar el claro y categórico sentido del párrafo 7 del artículo 2, que tenía precedencia con respecto al artículo 56, y el dar precedencia al inciso c) del artículo 55 crearía un peligroso precedente⁴.

El tercer argumento apunta que a la Carta no consagra ningún medio para garantizar efectivamente los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda vez que los órganos competentes

³ *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento N°1, Volumen II. Nueva York, 1957. Págs. 39-40; *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento N° 2, Volumen III. Nueva York, 1963, pág.57.

⁴ Ídem.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

en la materia, la Asamblea General y el Consejo Económico y Social carecen de poderes vinculantes al respecto⁵.

El último argumento consiste en que la Carta no especifica cuáles serían los derechos y libertades protegidos, de modo que sólo cabría hablar de obligaciones jurídicas a este respecto si se reformara la Carta o se acudiera a tratados complementarios⁶.

b. Posturas a favor del carácter obligatorio

Para otros autores, en cambio, la interpretación inicial de la Carta indicaba que los Estados se habían obligado jurídicamente a observar y respetar los derechos humanos, y que ese deber se deduce de lo dispuesto por los artículos 55 y 56. La circunstancia de que ese deber esté consagrado en términos generales y poco precisos, si bien puede afectarlo en el plano judicial, no lo desprovee de su carácter esencialmente jurídico⁷.

Jiménez de Aréchaga sostiene que es indudable que el compromiso jurídico *«de promover el respeto y la efectividad universal de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción (arts. 56 y 55), implica el deber jurídico de cada Miembro de respetar en su territorio tales derechos y libertades igualitarias. No tendría sentido, en efecto, sostener que los Miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a promover el respeto y efectividad de los derechos humanos, pero que no han asumido la obligación de*

⁵ KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional Público*. Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1965, págs. 123-124.

⁶ KELSEN, H.: "The Law of the United Nations..." cit., pág.100.

⁷ LAUTERPACHT, H.: "The international protection of human rights", en: RCADI 70. 1947, págs. 13-17, cit. por NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ed. Civitas. Madrid, 1987, pág. 63.

Luciano Pezzano

respetarlos y observarlos ellos mismos»⁸. Continúa el ilustre autor uruguayo afirmando que la exégesis armónica de los artículos 55 y 56 lleva a la conclusión de que el primero de ellos impone una obligación a las Naciones Unidas como entidad colectiva y el segundo impone una obligación a los Miembros de realizar acción conjunta y separada para el logro del respeto universal y efectividad de derechos, y esto, agrega, «*supone la obligación de los Estados Miembros de que sus órganos de gobierno respeten y observen los derechos humanos en su jurisdicción*»⁹.

Carrillo Salcedo opina que «*La Carta de las Naciones Unidas impone obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos tanto a la Organización (en orden a la promoción de los derechos y libertades fundamentales y a la efectividad de tales derechos y libertades, en los términos del artículo 55, c de la Carta), como a los estados miembros (que para la realización de los propósitos anteriores se comprometen, según dispone el artículo 56 de la Carta, a tomar medidas, conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas)*»¹⁰.

Por su parte, la práctica de la Organización registra muchas ocasiones en que se plantearon argumentos favorables a la existencia de obligaciones dimanantes del artículo 56. Son particularmente significativos los primeros debates sobre la situación racial en Sudáfrica, en los que se planteaba que una interpretación que negara la existencia de obligaciones en materia de derechos humanos menoscabaría un compromiso de carácter internacional que las

⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: *Derecho constitucional de las Naciones Unidas*. Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1958, pág. 444.

⁹ *Ibídem*, pág. 445.

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*. Trotta, Madrid, 1999, págs. 41-42.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Naciones Unidas tenían el deber de recordar, que la finalidad de los proyectos de resolución no consistían en imponer el cumplimiento de dicho compromiso, ya que se limitaba a señalarlo a la atención de la Unión Sudafricana. Se negó asimismo la validez de la distinción entre las disposiciones de la Carta que tratan de los propósitos de las Naciones Unidas y las que imponen obligaciones a los Estados Miembros, alegando que los Estados signatarios se habían comprometido a promover los Propósitos y Principios de la Carta, con lo cual habían asumido ciertas obligaciones, entre ellas, la de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza¹¹.

c. Nuestra opinión

Creemos que la clave en la interpretación del artículo 56 consiste en dilucidar qué significan los términos “se comprometen”¹². ¿Significa lo mismo que “se obligan”? Para ello, se debe proceder a la interpretación del artículo, de conformidad a las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que, si bien no es aplicable a la Carta en cuanto norma convencional, sí lo es en cuanto consagra reglas que tienen naturaleza consuetudinaria, según lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia en numerosos precedentes¹³.

¹¹ *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento Nº1, Volumen II. Nueva York, 1957, pág. 40.

¹² En la versión francesa de la Carta, “s’engagent”, y en la inglesa “pledge themselves”. Ambas expresiones pueden traducirse como “se comprometen”.

¹³ V., entre otros, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 21, párr. 41; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999 (II), p. 1059, párr. 18; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Fallo de 20 de abril de 2010, párr. 74-75.

Luciano Pezzano

Así, el artículo 31.1 de la Convención de Viena dispone que «Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Con respecto a los términos del artículo 56, y de acuerdo al Diccionario, “comprometerse” es «Constituir a alguien en una obligación, hacerle responsable de algo»¹⁴. La Corte Internacional de Justicia ha interpretado los términos “se comprometen” con relación al artículo I de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio: «En su sentido ordinario, el término “se comprometen” significa prometer formalmente, obligarse, hacer un voto o una promesa, convenir, aceptar una obligación. Son términos que a menudo son utilizados en los tratados que enuncian las obligaciones de las partes contratantes (cf., por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (7 de marzo de 1966), artículo 2, párr. 1, o el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966), artículo 2, párr. 1 y 3)»¹⁵. Aplicando estas consideraciones a nuestro caso, el “compromiso” del artículo 56 constituye una obligación. A la misma conclusión había llegado Schluter en 1973, cuando afirmó que el sentido ordinario de “se comprometen”, «es una solemne promesa o

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª Edición. Espasa. Buenos Aires, 2001, pág. 411.

¹⁵ «En son sens ordinaire, le terme «s'engagent» signifie promettre formellement, s'obliger, faire un serment ou une promesse, convenir, accepter une obligation. C'est là un terme qui est souvent utilisé dans les traités énonçant les obligations des parties contractantes (cf., par exemple, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (7 mars 1966), article 2, par. 1, ou le pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), art. 2, par. 1, et 3, notamment)». (CIJ: *Affaire relative à l'application de la Convention pour la Prevention et la Repression du Crime de Genocide (Bosnie-Herzegovine C. Serbie-Et-Montenegro)* Arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 43, párr.162). Traducción propia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

garantía que claramente establece alguna obligación jurídica para los miembros»¹⁶.

Por otra parte, y teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado –la Carta– que al respecto es “promover el respeto universal de los derechos humanos” (según se desprende de los artículos 1.3 y 55 inciso c), es lógico afirmar que los Estados, al “comprometerse” a tomar las medidas para la realización de tal objeto, se están obligando a ello.

De otra manera, el artículo 56 no trascendería de una mera “declaración de principios” –que algunos autores y Estados pretendieron ver–. En ese caso, ¿qué sentido tendría fijar el respeto de los derechos humanos como uno de los propósitos de la Organización (artículos 1.3 y 55 inciso c), y facultar a los órganos principales en la materia (artículos 13.1 inciso b) y 62.2) si a la vez los Estados no se obligaran a su cumplimiento?

Schluter presta especial atención al término “separadamente” (“separate action”, en inglés): *«teniendo en cuenta el término “separadamente”, es difícil limitar esta obligación a los actos de cooperación general en el marco institucional de las Naciones Unidas [...]. Sólo una interpretación que apunte a la acción en un sentido amplio, incluyendo en la esfera doméstica, pone en práctica el mayor propósito de las disposiciones, la promoción de los derechos humanos. “Separadamente en cooperación” puede interpretarse en el sentido de “en comunicación con las Naciones Unidas y de conformidad con sus propósitos y principios”. [...] Sin embargo, mientras que el comportamiento de los Estados con respecto a los derechos humanos sería generalmente limitado y regulado por la obligación de lograr el respeto y la*

¹⁶ SCHLUTER, B.: op. cit., págs. 120-121.

Luciano Pezzano

observancia de los derechos humanos, cada Estado sería legalmente libre de aplicar o rechazar recomendaciones específicas de las Naciones Unidas»¹⁷.

El planteo es interesante y debe ser tenido en cuenta. En virtud del artículo 56, los Estados se comprometen a tomar medidas para la realización de los propósitos del artículo 55. Tales medidas pueden tomarse conjunta o separadamente. Es razonable pensar que las medidas tomadas conjuntamente lo son en el seno de la Organización, pero, ¿qué implica que las tomen “separadamente”? ¿Que cada Estado pueda dedicarse a promover los derechos humanos en otros Estados o que tome medidas para el respeto y la realización efectiva de los derechos en su territorio y su población? Al respecto, Quincy Right ha afirmado: «El sentido común indica que la “acción separada en cooperación con la Organización” implica, como mínimo, la abstención de la acción separada opuesta a los propósitos de la Organización»¹⁸.

Simma comparte esta apreciación, y aunque afirma que el artículo 56 tiene una obligatoriedad limitada, reconoce ciertas diferencias cuando se trata de los derechos humanos. Expresa este autor: «Según la redacción del artículo 56, los Estados miembros están obligados solamente a prestar, conjuntamente o por separado, su cooperación a la ONU para alcanzar los objetivos delineados en el artículo 55, según les convenga. El artículo 56 no especifica las modalidades de esta cooperación prevista entre la organización y los Estados miembros. [...] sin embargo, requiere a los Estados miembros cooperar con las Naciones Unidas en forma constructiva, excluyéndose así las políticas obstructivas. La función obligatoria bastante limitada del artículo 56 es el resultado de la redacción del artículo 55, al que remite. Este último sólo describe propósitos (y no obligaciones sustantivas) a lograrse mediante la cooperación. En este sentido, el artículo 56 sólo puede crear

¹⁷ Ibidem, pág. 121.

¹⁸ Cit. por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: op. cit., pág. 444.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

obligaciones sustantivas (opuestas a las obligaciones procesales) en la medida en que el artículo 55 contenga una correspondiente base a ese respecto. Este es en parte también el caso respecto al artículo 55 c). Aunque el “respeto universal y observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales” ha sido formulado como objetivo, las palabras adicionales “sin distinción de raza, idioma o religión” ya circunscriben una obligación fija y directamente ejecutable»¹⁹. Es decir que, al estar la obligatoriedad del artículo 56 limitada por la naturaleza de las disposiciones del artículo 55, sólo si éstas son obligatorias, lo será aquél, pero al revestir el respeto a los derechos humanos “sin distinción” un carácter vinculante, sí existe una obligación para los Estados a este respecto en virtud de ambos artículos.

Por todo ello, resulta forzoso concluir que el artículo 56 de la Carta es fuente de obligaciones para los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Como dice Nikken: «Según la Carta de las Naciones Unidas, los miembros tienen la obligación de adoptar medidas, en cooperación con la Organización, para realizar los propósitos de ésta (artículo 56), entre los cuales está “el respeto universal a los derechos y libertades fundamentales de todos” (artículo 55)»²⁰.

Habiendo asumido que el artículo 56 es fuente de obligaciones para los Estados, ¿cuáles son esas obligaciones? Tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55, ya citado. De conformidad al inciso c), los Estados quedan obligados a promover el “respeto universal a los derechos humanos y a las libertades de todos” sin distinción, así como a “la

¹⁹ SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations. A commentary*. 2ª Edición. Verlag C. H. Beck. Munich, 2002, págs. 942-943.

²⁰ NIKKEN, P.: op. cit., pág. 269.

Luciano Pezzano

efectividad de tales derechos y libertades”, obligación que –huelga afirmarlo– no es menor²¹. Como lo ha sostenido la doctrina: «*El artículo 56 completa los enunciados del artículo precedente en cuanto implica una obligación de los Estados Miembros a comprometerse “conjunta o separadamente” y en cooperación con las Naciones Unidas para concretar en los hechos los Propósitos enumerados en el artículo 55*»²².

2. La aplicación del artículo en la práctica de la Organización

El examen de la práctica de la Organización resulta de particular relevancia en el estudio de esta cuestión, por cuanto permite contar con importantes elementos sobre la interpretación que los órganos de la misma realizan de las normas de la Carta en materia de derechos humanos. Al tratarse de una norma convencional, creemos que es posible considerarla como la “práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado” que habrá de tenerse en cuenta a los fines de su interpretación, según dispone el artículo 31.3 inciso b) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (que, como dijimos, refleja el derecho consuetudinario).

Así, y sin pretensiones de exhaustividad, se analizarán algunas de las resoluciones y decisiones de los órganos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que se refieren explícitamente a la Carta, y en especial al artículo 56, en cuanto fuente de obligaciones para los Estados²³, acompañando, cuando sea

²¹ El contenido y alcance de esta obligación será motivo de un futuro trabajo.

²² DELPECH, M.: *Carta de las Naciones Unidas anotada*. Zavalía. Buenos Aires, 2005, pág. 84.

²³ No incluimos, por lo tanto, aquellas resoluciones y decisiones que se refieren solamente al “compromiso” –que son más numerosas– que los Estados han asumido, sin perjuicio de la interpretación que a tal término cabe asignarse de acuerdo a lo afirmado *supra*.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

necesario, un breve comentario sobre la resolución o decisión bajo análisis.

a. Asamblea General

- Resolución 622 A (VII), sobre el financiamiento del desarrollo económico de los países insuficientemente desarrollados, la Asamblea General actuó «*Teniendo presentes las obligaciones asumidas por los gobiernos de los Estados Miembros en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas*»; aunque no se trata específicamente de una resolución sobre derechos humanos, la misma reviste especial importancia por tratarse de la primera en reconocer la existencia de una obligación emergente del artículo 56;
- Resolución 822 (IX), sobre el establecimiento de un fondo especial de las Naciones Unidas para el desarrollo económico, en la que actuó «*Teniendo presentes la determinación expresada en el Preámbulo de la Carta de “emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos”, así como las obligaciones que incumben a las Naciones Unidas y a sus Miembros en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta*»; nuevamente, la Asamblea General se refiere a las “obligaciones” que incumben a los Miembros y a la propia Organización;
- Resolución 917 (X), sobre el conflicto racial en el África del Sur, resultante de la política de segregación racial (*apartheid*) del Gobierno de la Unión Sudafricana, en la que manifestó «*su preocupación ante el hecho de que el Gobierno de la Unión Sudafricana sigue aplicando la política de segregación racial (apartheid), a pesar de la invitación que le ha hecho la Asamblea*

Luciano Pezzano

General a considerar de nuevo su posición a la luz de los elevados principios que se enuncian en la Carta y teniendo en cuenta el compromiso contraído por todos los Estados Miembros de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de raza» y exhortó «*al Gobierno de la Unión Sudafricana a que cumpla las obligaciones enunciadas en el artículo 56 de la Carta*»; una resolución sobre el *apartheid*, tal vez se trate de la caracterización más explícita que haya hecho la Asamblea General sobre el artículo 56: es fuente de obligaciones, y su cumplimiento es exigible por la comunidad internacional;

- Resolución 1127 (XI), sobre la situación en Hungría, en la que actuó «Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas, en particular el consignado en el párrafo 4 del artículo 2, *las obligaciones contraídas por todos los Estados Miembros en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta...*»; una vez más, en una situación relativa a los derechos humanos en un Estado, la Asamblea General se refiere a las “obligaciones” de los Estados en virtud del artículo 56;
- Resolución 1248 (XIII), sobre el conflicto racial en el África del Sur, resultante de la política de segregación racial (*apartheid*) del Gobierno de la Unión Sudafricana, en la que afirmó que «*toda política gubernamental de los Estados Miembros [...] que tienda a perpetuar o aumentar la discriminación, es incompatible con los compromisos que los Estados Miembros han contraído en virtud del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas*», e hizo «un solemne llamamiento a todos los Estados Miembros para que ajusten su política a la *obligación que les impone la Carta de estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

fundamentales»; aunque no lo cita expresamente, la fuente de la “obligación que impone la Carta” sobre el respeto a los derechos humanos, necesariamente ha de ser el artículo 56 al que hace referencia más arriba, como se ve en la resolución siguiente;

- Resolución 2144 (XXI), sobre la cuestión de la violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluso la política de discriminación racial y de segregación y la política de apartheid en todos los países y en particular en los países y territorios coloniales y dependientes, en la que actuó «*Teniendo presente la obligación de todos los Estados Miembros, con arreglo al artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos*»; aquí, claramente, la Asamblea General reconoce que la obligación de los Estados del respeto a los derechos humanos, nace del artículo 56 de la Carta;
- Resolución 37/200, sobre mayor promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la que se mostró «*consciente de que es un propósito de las Naciones Unidas y un deber de todos los Estados Miembros realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*»; aunque no cita el artículo 56, es consciente de que el

Luciano Pezzano

desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos es un deber de todos los Miembros;

- Resolución 45/169, sobre la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter social, cultural o humanitario y en la promoción y el fomento y la observancia universales de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en la que exhortó «a los Estados Miembros a que cumplan plenamente *las normas universalmente reconocidas para la protección y promoción de los derechos humanos consagradas en particular en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros instrumentos internacionales pertinentes*»; sin citar el artículo 56, la Asamblea General reconoce que la Carta contiene normas relativas a la protección y promoción de los derechos humanos que deben ser cumplidas por los Estados.

Párrafo especial merecen ciertos instrumentos que, aunque aprobados por resoluciones de la Asamblea General, tienen un valor propio en materia de derechos humanos y que también se refieren a las obligaciones que emergen de la Carta. Se trata de la Declaración Universal y algunos tratados de derechos humanos, que veremos a continuación:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (resolución 217 A [III]). Disponen los párrafos sexto y séptimo del Preámbulo «*Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; Considerando que una*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso»; pese a no referirse al compromiso contraído en virtud de la Carta como una obligación, la Declaración Universal destaca su vinculación con el respeto a los derechos humanos. En el debate de su aprobación en la Comisión de Derechos Humanos, se hizo varias veces referencia a ese compromiso y a su fuente en la Carta. De esa manera, la “concepción común” vendría a dotar de contenido a una obligación – “compromiso”– preexistente. Durante la discusión, y ante las dudas sobre el significado de tal “compromiso”, la Sra. Roosevelt, Presidenta de la Comisión y representante de los Estados Unidos enfatizó que el compromiso en cuestión incumbía a los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la Carta y no de la Declaración, mientras que el representante del Líbano afirmó que el compromiso de los Miembros de asegurar el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales se había tomado hacia más de tres años, y su tarea sería obviamente facilitada si podían alcanzar un entendimiento común de tales derechos y libertades²⁴.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (resolución 2200 A [XXI]). Establece el cuarto párrafo del Preámbulo de ambos Pactos: «*Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos*». Aunque no menciona

²⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Summary record of the seventy-seventh meeting*. Documento E/CN.4/SR.77. Naciones Unidas, 1948.

Luciano Pezzano

expresamente al artículo 56, el párrafo es claro en que la Carta es fuente de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos, y tales obligaciones, como vimos, solo pueden surgir del artículo referido. Ello se confirma al analizar los trabajos preparatorios del Preámbulo. El párrafo citado tiene su origen en un proyecto presentado por Australia en la Comisión de Derechos Humanos para el Preámbulo de lo que por entonces sería el Pacto Internacional de Derechos Humanos, cuyo primer párrafo establecía que los Estados Partes estaban «*Resueltos a cumplir sus obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto y la observancia de los derechos humanos*»²⁵. Al presentar su proyecto, el representante de Australia afirmó: «*En el artículo 56 los Estados Miembros se comprometieron a asegurar el respeto de los derechos humanos. La frase “se comprometen” tiene un significado jurídico preciso. Implica un compromiso ineludible; significa que los Estados Miembros están bajo una estricta obligación de aplicar las disposiciones de derechos humanos de la Carta*»²⁶. Sobre esa base, un Grupo de Trabajo preparó un nuevo proyecto que establecía: «*Considerando la obligación que impone la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos*»²⁷. El

²⁵ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Draft International Covenant on Human Rights (E/1371). Australia: Proposed draft preamble*. Documento E/CN.4/377. Naciones Unidas, 1950. Traducción propia.

²⁶ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Summary record of the hundred and thirty-seventh meeting*. Documento E/CN.4/SR.137. Naciones Unidas, 1950, pág. 6. Traducción propia.

²⁷ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Draft International Covenant on Human Rights (E/1371). Text of the Preamble incorporating Article 1 submitted by the Working Group composed of the representatives of France (Chairman), Australia, Chile,*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

mismo fue aprobado por la Comisión en su 193ª sesión, oportunidad en la que se puntualizó la existencia de obligaciones emergentes del artículo 56²⁸. Finalmente, y divididos los proyectos, la Comisión adoptó el Preámbulo del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su 308ª sesión y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su 333ª sesión, incorporando como cuarto párrafo en ambos la redacción actual. Los trabajos preparatorios, por lo tanto, demuestran que siempre se tuvo presente que las obligaciones que la Carta impone a los Estados en materia de derechos humanos emergían del artículo 56, aunque no esté expresamente citado en el Preámbulo.

- Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (resolución 39/46). Establece en el tercer párrafo de su preámbulo: «*Considerando la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales*»; aunque el Preámbulo ratifica que la Carta es fuente de obligaciones en materia de derechos humanos, sorprende la mención del artículo 55, siendo el artículo 56 el que obliga a los Estados. Al revisar los trabajos preparatorios, advertimos que la fuente del Preámbulo, fue un proyecto presentado por Suecia²⁹, en el que no se hacía referencia a ningún artículo de la Carta. La misma fue

Lebanon, United Kingdom, United States of America, and Yugoslavia. Documento E/CN.4/491. Naciones Unidas, 1950. Traducción propia.

²⁸ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Summary record of the hundred and ninety-third meeting*. Documento E/CN.4/SR.193. Naciones Unidas, 1950, pág. 11.

²⁹ Contenido en el documento E/CN.4/1427.

Luciano Pezzano

incluida en las deliberaciones del Grupo de Trabajo encargado de preparar el proyecto de Convención, según surge de un informe del mismo: «*Con respecto al tercer párrafo, se sugirió que se incluyera una referencia al principio de la no discriminación, bien como se enuncia en el artículo 55 de la Carta o bien como se expresa en el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La propuesta de un delegado de mencionar explícitamente el artículo 55 de la Carta recibió apoyo general*»³⁰. La modificación fue aprobada por el Grupo de Trabajo, y luego por la Comisión de Derechos Humanos y la Asamblea General, sin que surja de los debates que se haya advertido inconveniente alguno. Por nuestra parte, pensamos que habría sido más correcto mencionar el artículo 56 junto al artículo 55, por ser aquél la fuente de obligaciones para los Estados.

b. Consejo Económico y Social

- Resolución 221 E (IX), sobre el informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Empleo sobre su cuarto período de sesiones: desempleo y empleo total, en la que actuó «*Recordando la obligación contraída por cada uno de los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta, en lo que respecta a promover el trabajo permanente para todos*»; tanto en esta resolución como en la siguiente, el ECOSOC considera que el artículo 56 es fuente de obligaciones para los Estados;

³⁰ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Informe del Grupo de Trabajo sobre un Proyecto de Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Documento E/CN.4/1983/63. Naciones Unidas. Ginebra, 1983, párr. 9.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

- Resolución 290 (XI), sobre empleo total, en la que actuó «*Teniendo presente que, en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta, los Miembros de las Naciones Unidas han asumido la obligación de adoptar medidas, conjunta o separadamente, para fomentar niveles de vida más elevados, el empleo total y condiciones de progreso y desarrollo en el orden económico y social*»;
- Resolución 1995/59, sobre aplicación del Programa de Acción para el Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, en la que reafirmó «*la obligación que, con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas incumbe a los Estados de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión*»; aunque no mencione al artículo 56, reconoce que la Carta es fuente de obligaciones en materia de derechos humanos.

c. Comisión de Derechos Humanos

- Resoluciones 7 (XXIII) sobre acción efectiva para combatir la discriminación racial y las políticas de apartheid y segregación y 8 (XXIII), sobre estudio e investigación de situaciones que revelen un patrón consistente de violaciones de los derechos humanos: «*Recordando la obligación de todos los Estados Miembros en virtud del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos*

Luciano Pezzano

humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»;

- Resolución 3 (XXIV), sobre medidas para combatir efectivamente la discriminación racial, las políticas de apartheid y segregación en África del Sur: *«Teniendo en cuenta la obligación asumida por todos los Estados Miembros en virtud del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»;*
- Resolución 5 (XXV), sobre el mismo tema: *«Teniendo en cuenta que en virtud del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas todos los Estados Miembros han asumido obligaciones de tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para el logro de los propósitos enunciados en el artículo 55, que incluyen la promoción del respeto y de la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión»;* al igual que lo realizara la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos puso el mayor énfasis en las obligaciones emergentes del artículo 56 en materia de derechos humanos en resoluciones vinculadas a las políticas de *apartheid* del gobierno de Sudáfrica. Las resoluciones son claras en cuanto a que el artículo 56 es fuente de obligaciones para *todos* los Estados Miembros.
- Resoluciones 1993/61, 1994/78 y 1995/52, sobre la situación de los derechos humanos en el Togo, y 1993/75, 1994/87,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

1995/89 y 1996/77, sobre la situación de los derechos humanos en el Zaire: «Recordando que, en virtud de los *artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados Miembros de la Organización están obligados a promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales y de cooperar con ese fin*»; después de un período de más de dos décadas sin citar el artículo 56, la Comisión volvió a invocarlo brevemente como fuente de obligaciones para los Estados. Sin embargo, tanto en forma contemporánea como con posterioridad a las resoluciones citadas, la Comisión se refirió –en numerosas oportunidades– a las obligaciones emergentes de la Carta de forma genérica –sin citar ningún artículo–, como veremos más adelante.

d. Consejo de Seguridad

- Resoluciones 181 (1963) y 182 (1963), sobre la cuestión relativa a la política de *apartheid* del gobierno de la República de Sudáfrica. En la primera, el Consejo reprobó «*enérgicamente la política destinada a perpetuar la discriminación racial de Sudáfrica, por ser inconsecuente con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y contraria a sus obligaciones como Estado Miembro de las Naciones Unidas*»; mientras que en la segunda, pidió «*encarecidamente al Gobierno de la República de Sudáfrica que ponga fin inmediatamente a las medidas discriminatorias y represivas que viene aplicando y que son contrarias a los propósitos y principios de la Carta y violan las obligaciones que le impone su calidad de Miembro de las Naciones Unidas así como las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos*». Aunque el Consejo de Seguridad no menciona la fuente de tales obligaciones, es evidente que se está refiriendo a las

Luciano Pezzano

que nacen del artículo 56 con relación al artículo 55 inciso c) de la Carta, tal como surge en los debates del órgano sobre la cuestión, en que ambos artículos fueron citados en varias oportunidades³¹, siendo particularmente significativas las expresiones del representante de los Estados Unidos, quien afirmó que los órganos de las Naciones Unidas están autorizados «*para examinar cuestiones de discriminación racial y otras violaciones de los derechos humanos cuando constituyen la política oficial de un Estado Miembro y no se ajustan a las obligaciones que imponen a ese miembro los artículos 55 y 56 de la Carta en cuanto a fomentar el respeto de los derechos humanos, sin distinción por motivos de raza. [...] Al aplicar esta política [el apartheid], la República de Sudáfrica, como ya hemos dicho tantas veces, deja de cumplir las obligaciones que le imponen los artículos 55 y 56 de la Carta, en virtud de los cuales todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para conseguir, entre otras cosas, “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de*

³¹ Fue invocado por el representante de Sierra Leona en la 1050ª sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1050ª sesión. 31 de julio de 1963. Documento S/PV.1050. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 42), por el representante de Francia en la 1054ª sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1054ª sesión. 6 de agosto de 1963. Documento S/PV.1054. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 98), por el representante de Liberia en la 1055ª sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1055ª sesión. 7 de agosto de 1963. Documento S/PV.1055. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 48), por el representante de los Estados Unidos en la 1056ª sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1056ª sesión. 7 de agosto de 1963. Documento S/PV.1056. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 23) y en la 1073ª sesión (CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1073ª sesión. 27 de noviembre de 1963. Documento S/PV.1073. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 62).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

raza, sexo, idioma o religión»³², así como la opinión del representante de Liberia, quien expresó: «Sudáfrica, como signataria de la Carta y Miembro de las Naciones Unidas se compromete, por el artículo 56, “a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”. Por ese artículo, como el Consejo sabe, se nos requiere, entre otras cosas, que fomentemos “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Las autoridades en derecho internacional están casi todas de acuerdo en que el compromiso que se contrae por el artículo 56 entraña cierta obligación jurídica»³³.

e. Corte Internacional de Justicia

- Opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad: *«En virtud de la Carta de las Naciones Unidas, el ex Mandatario se ha comprometido a observar y respetar, en un territorio que tiene un status internacional, los derechos humanos y libertades fundamentales de todos sin distinción de raza. Establecer e imponer, al contrario, distinciones, exclusiones y limitaciones basadas exclusivamente en la raza, el color, ascendencia u origen nacional o étnico que constituyen una denegación de derechos humanos fundamentales, es una violación*

³² CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1052ª sesión. 3 de agosto de 1963. Documento S/PV.1052. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 58 y 63.

³³ CONSEJO DE SEGURIDAD: Actas oficiales. 1073ª sesión. 27 de noviembre de 1963. Documento S/PV.1073. Naciones Unidas, Nueva York, párr. 22 y 23.

Luciano Pezzano

flagrante de los propósitos y principios de la Carta.»³⁴; aunque no mencione explícitamente al artículo 56, la Corte reconoce el compromiso asumido por los Estados en virtud de la Carta, y determina que la denegación de derechos humanos fundamentales, es una violación de aquella. Schluter apoya esta afirmación al sostener que «puede concluirse que la Corte apoya la opinión virtualmente universal de que la Carta impone obligaciones jurídicas a los miembros con respecto a su comportamiento doméstico que afecte los derechos humanos»³⁵.

- En la causa “Genocidio”, el artículo 56, en cuanto fuente de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, fue invocado por Bosnia y Herzegovina en su demanda contra Serbia, cuando expresó: «Yugoslavia (Serbia y Montenegro) ha violado y continúa violando las obligaciones que ha solemnemente asumido en virtud del párrafo 3 del artículo 1 y de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas»³⁶. Sin embargo, la actora no mantuvo su invocación en el resto del proceso, y la Corte no se pronunció sobre ello.

f. Comisión de Derecho Internacional

- Proyecto de Declaración de Derechos y Deberes de los Estados. Durante la discusión del proyecto, una de las primeras actividades que encaró la Comisión, los miembros

³⁴ CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, párr. 131.

³⁵ SCHLUTER, B.: op. cit., pág. 125.

³⁶ CIJ: *Affaire relative à l'application de la Convention pour la Prevention et la Repression du Crime de Genocide (Bosnie-Herzegovine C. Serbie-Et-Montenegro)* Arrêt, I.C.J. Reports 2007, p. 43, párr. 64.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

debatieron sobre la existencia de una obligación de proteger los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas, y en la por entonces recién aprobada Declaración Universal de Derechos Humanos. El resultado fue la aprobación del artículo 6 del proyecto, que establecía: «*Todo Estado tiene el deber de tratar a las personas sujetas a su jurisdicción con el respeto debido a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión*». En su comentario, la Comisión expresa: «*La referencia a los derechos humanos y libertades fundamentales está inspirada por los artículos 1.3, 13, párrafo 1. b, 55 c, y 76 c, de la Carta de las Naciones Unidas y por la Declaración Universal de Derechos Humanos*»³⁷. No obstante haberse discontinuado la labor sobre el tema, limitándose la Asamblea General a tomar nota del proyecto en su resolución 375 (IV), creemos que el artículo 6 ratifica nuestra afirmación que desde los primeros tiempos de la vida de la Organización se encontró la opinión de que existía una obligación internacional de respetar los derechos humanos, cuya fuente era la Carta de las Naciones Unidas. Encontramos, no obstante, significativa la omisión al artículo 56 en el comentario de la Comisión, mas la misma puede deberse a que solo cita los artículos que se refieren a los derechos humanos y el mismo fue varias veces mencionado durante las discusiones del tema.

³⁷ CDI: *Yearbook of the International Law Commission 1949*. Naciones Unidas. Nueva York, 1956, pág. 288.

Luciano Pezzano

g. Órganos creados por los tratados de derechos humanos

- Observación general N^o3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto): «El Comité desea poner de relieve que **de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta** de las Naciones Unidas, con principios bien establecidos del derecho internacional y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales es una **obligación de todos los Estados**»³⁸.
- Observación general N^o13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho a la educación (artículo 13): «El párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 23 del Pacto, **el artículo 56 de la Carta** de las Naciones Unidas, el artículo 10 de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos y el párrafo 34 de la parte I de la Declaración y Programa de Acción de Viena **destacan la obligación de los Estados Partes** en lo referente a la prestación de la asistencia y cooperación internacionales para el pleno ejercicio del derecho a la educación.»³⁹.
- Observación general N^o17 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea

³⁸ NACIONES UNIDAS: *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Nota de la Secretaría – Volumen I. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I). Ginebra, 2008, pág. 20, párr. 14.

³⁹ *Ibidem*, pág. 91, párr. 56.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto): «El Comité recuerda que, de conformidad con los **artículos 55 y 56 de la Carta** de las Naciones Unidas, con los principios arraigados del derecho internacional, y con las disposiciones del propio Pacto, la cooperación internacional para el desarrollo y, por tanto, para el logro del ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales **es una obligación de todos los Estados** y, en particular, de los que están en condiciones de prestar asistencia»⁴⁰; en las tres observaciones generales precedentes, el Comité recordó que la cooperación para logro efectivo de los derechos amparados por el Pacto es una obligación de todos los Estados, con fundamento, entre otros, en el artículo 56 de la Carta.

- Observación general Nº 31 del Comité de Derechos Humanos: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto: «...“las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana” son obligaciones erga omnes y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo del Pacto, **existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales**»⁴¹. Sin citar al artículo 56, el Comité está reconociendo que existe una obligación en la Carta de promover el respeto de los derechos humanos. Comentando este pasaje de la Observación, Medina Quiroga afirma: «La Observación recuerda también a los Estados su obligación de promover el respeto universal y la observancia de estos derechos que

⁴⁰ Ibidem, pág. 157, párr. 37.

⁴¹ Ibidem, pág. 290, párr.2.

Luciano Pezzano

*nace especialmente de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas»⁴². Es muy interesante, también, la caracterización de obligaciones *erga omnes* a las normas de derechos humanos, con un curioso entrecomillado que carece de referencia, pero que está tomado literalmente del célebre *dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*.*

De esa forma, la práctica de las Naciones Unidas ratifica, a nuestro parecer de manera prácticamente irrefutable, que la Carta, y en especial su artículo 56, es fuente de obligaciones para los Estados en materia de derechos humanos.

3. Consecuencias del carácter obligatorio del artículo 56

La conclusión que antecede no es inocua, puesto que trae importantes consecuencias, que analizaremos a continuación.

a. Relevancia del artículo 56 en el sistema internacional de protección de los derechos humanos

La caracterización del artículo 56 de la Carta como fuente de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos reviste una importancia trascendental.

En primer lugar, la norma aparece como una fuente convencional autónoma y anterior a las demás fuentes

⁴² MEDINA QUIROGA, C.: *Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Índole de la Obligación Jurídica General Impuesta a los Estados Partes en el Pacto (artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)*. Disponible en: <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/publicaciones/documento/s/ComentarioObservacion.doc>

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

convencionales en la materia, en particular, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. De manera tal que un Estado Miembro de las Naciones Unidas, aunque no sea parte en tales instrumentos y aunque niegue la existencia de una norma consuetudinaria sobre la cuestión resultará igualmente obligado al respeto de los derechos humanos, por el solo hecho de haber firmado y ratificado (artículo 3) o aceptado las obligaciones (artículo 4) de la Carta. De ese modo lo ha ilustrado claramente la doctrina: «... la Organización y los Estados que la componen se [han] comprometido a realizar los objetivos fijados en el artículo 56 y que esta tarea no es para cada Estado solamente una cuestión de interés nacional, sino que constituye por eso, y diríamos sobre todo, una obligación internacional. Esta obligación es tanto más importante por cuanto es asumida de manera formal por los Estados miembros en virtud de la Carta»⁴³.

Esta obligación constituye el fundamento de los denominados “mecanismos extraconvencionales” de protección de los derechos humanos, implementados a partir de la citada resolución 8 (XXIII) de la Comisión de Derechos Humanos y de las resoluciones 1235 (XLII) y 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social, en virtud de los cuales, la Comisión pudo recibir comunicaciones y denuncias sobre violaciones de los derechos humanos en los Estados Miembros aun cuando éstos no fueran parte de otros instrumentos sobre la materia⁴⁴. Estos mecanismos, llamados en la actualidad “procedimientos especiales” y

⁴³ BOUONY, L.: “Article 56”, en COT, J. y PELLET, A.: *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*. 2ª edición. Economica. Paris, 1985, pág. 889.

⁴⁴ Sobre los mecanismos, v. NIKKEN, Pedro: op. cit., págs.175-185; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “La promoción y protección de los derechos humanos”, en DIEZ DE VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Decimotercera edición. Madrid, 2003, pág. 289-292.

Luciano Pezzano

“procedimiento de denuncia” fueron asumidos por el Consejo de Derechos Humanos, según lo establecido en la resolución 60/251 de la Asamblea General y la resolución 5/1 del propio Consejo.

Asimismo, se afirma, a nuestro entender con razón, que es esta obligación emergente de los artículos 55 c) y 56 de la Carta la que dota de carácter vinculante a las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁵. En otros términos, la Declaración Universal, como instrumento internacional que consagra, enuncia y detalla los derechos humanos, dota de contenido a la obligación de promover y proteger los mismos establecida en el artículo 56, con relación al artículo 55 c), de la Carta de las Naciones Unidas.

Creemos que es posible ir aún más allá, y sostener que la obligación de los Estados emergente del artículo 56 es una de las “obligaciones que surgen de la Carta”, y que, por lo tanto, se encuentra alcanzada por la disposición del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, que establece: «*En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la*

⁴⁵ SIEGHART, P.: *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 53, cit. por PONCE MARTÍNEZ, C. F.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza jurídica y aplicación por los órganos jurisdiccionales internos*. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/defichero_articulo?codigo=831275, pág. 269; MANILI, P.: *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. La Ley. Buenos Aires, 2003, págs. 23 y 61; VILLÁN DURÁN, C.: “La Protección Internacional de los Derechos Humanos en el Sistema de las Naciones Unidas. Desarrollos Normativos e Institucionales entre 1948 y 1988”. *Revista IIDH* N°8, julio-diciembre 1988. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 1988, pág. 78; NIKKEN, P.: op. cit., págs. 270-271; SALVIOLI, F.: *El Desarrollo de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, a partir de las Declaraciones Universal y Americana*. Disponible en: http://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R13/R13-ESAL.html.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta». De tal manera, un tratado que contenga disposiciones contrarias a los derechos humanos entraría en conflicto con la Carta y esta prevalecería. Por ello, creemos que toda interpretación de un tratado debería necesariamente armonizar las obligaciones estatales que surjan con las contraídas en materia de derechos humanos⁴⁶.

b. Responsabilidad internacional

Si se considera que, conforme al artículo 56, la realización de los propósitos del artículo 55, sobre todo en materia de derechos humanos, es una obligación de los Estados, su incumplimiento es una violación de la Carta y como tal, genera responsabilidad internacional. Juncal afirma: *«En consecuencia, una violación permanente de los derechos humanos fundamentales consagrados en la Carta constituye una violación de la Carta porque los Estados miembros, en virtud del artículo 56, están obligados “a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55, entre ellos “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”»*⁴⁷. A idéntica conclusión llega Nikken: *«... puede concluirse que la*

⁴⁶ Ello puede ser de particular interés en el caso de los acuerdos comerciales celebrados en el marco de la OMC y en su interpretación en el Sistema de Solución de Diferencias. Tratamos el tema en PEZZANO, L.: *La OMC y los derechos humanos. Aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el sistema de solución de diferencias*. Inédito. La misma posición sostiene la Federación Internacional de los Derechos Humanos. (FIDH: *L'organisation mondiale du commerce et les droits de l'Homme*. Disponible en: <http://www.fidh.org/rapports/rap-omc.htm>).

⁴⁷ JUNCAL, J. A.: “La norma imperativa de derecho internacional general (“ius cogens”): los criterios para juzgar de su existencia”, *La Ley* 132-1200, pág. 1202.

Luciano Pezzano

Carta sí es fuente de obligaciones en materia de derechos humanos y que existe una infracción fundamental de sus disposiciones cuando un Estado viola grave y sistemáticamente los derechos humanos»⁴⁸.

Creemos, incluso, que una violación de esta naturaleza puede ser pasible de algún tipo de sanción dentro del sistema de la Carta. En reiteradas oportunidades, el Consejo de Seguridad ha condenado violaciones de derechos humanos, desde sus resoluciones sobre el *apartheid* en Sudáfrica, ya citadas, hasta los más recientes conflictos⁴⁹. Que el órgano responsable del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales se detenga en la condena a las violaciones de los derechos humanos es una muestra del vínculo entre el respeto a los mismos y la paz internacional. De hecho, las graves y masivas violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional han sido consideradas por el Consejo de Seguridad “amenazas a la paz”, en el sentido del artículo 39 de la Carta⁵⁰, abriendo las puertas de la acción del Consejo conforme al Capítulo VII⁵¹. Ello lo vemos, por ejemplo, en la resolución 808 (1993), en la

⁴⁸ NIKKEN, P.: op. cit., pág. 63.

⁴⁹ V., a título de ejemplo de los últimos diez años, las resoluciones 1468 (2003), párr.2; 1493 (2003), párr. 8; 1556 (2004), párr. 8 del preámbulo; 1574 (2004), párr. 11; 1828 (2008), párr. 11 1906 (2009), párr. 6 del preámbulo y párr. 10; 1910 (2010), párr. 16; 1919 (2010), párr. 12 del preámbulo y párr. 4; 1923 (2010), párr. 4 del preámbulo; 1925 (2010), párr. 11 y 18; 1970 (2011), párr. 2 del preámbulo; 1975 (2011), párr. 5; 2043 (2012), párr. 4 del preámbulo; 2063 (2012), párr. 15; 2078 (2012), párr. 6; 2085 (2012), párr. 6 del preámbulo; 2088 (2013), párr.13; 2093 (2013), párr. 26; 2098 (2013), párr. 8; entre muchas otras.

⁵⁰ «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

⁵¹ “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”. Escudero Espinosa reseña la práctica del Consejo de Seguridad

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

que el Consejo de Seguridad, expresando *«su profunda alarma ante los informes que siguen dando cuenta de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en la ex Yugoslavia, con inclusión de asesinatos en masa y la continuación de la práctica de la “depuración étnica”»,* determinó *«que esa situación constituye una amenaza a la paz y la seguridad internacionales»*. Más recientemente, con relación a la situación en Libia, en su resolución 1973 (2011), *«Condenando la grave y sistemática violación de los derechos humanos, incluidas las detenciones arbitrarias, las desapariciones forzadas, los casos de tortura y las ejecuciones sumarias»,* determinó *“que la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia sigue representando una amenaza para la paz y la seguridad internacionales»*, y tomó diversas medidas en virtud del Capítulo VII, incluyendo la autorización del uso de la fuerza armada en ejercicio de la denominada “Responsabilidad de Proteger”. Además de estos casos concretos, el propio Consejo, con motivo del examen del tema “la protección de los civiles en los conflictos armados” ha sido muy explícito sobre la cuestión al hacer notar que *«los ataques dirigidos deliberadamente contra las poblaciones civiles u otras personas protegidas y las violaciones sistemáticas, manifiestas y generalizadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado pueden constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales* y, a este respecto, reafirma que *está dispuesto a examinar esas situaciones y, cuando sea necesario, imponer medidas adecuadas»*⁵² (negrita añadida).

al respecto (ESCUADERO ESPINOSA, J. F.: *Cuestiones en torno a la intervención humanitaria y el derecho internacional actual*. Universidad de León, 2002, págs. 323-327).

⁵² Resoluciones 1296 (2000), párr. 5; 1674 (2006), párr. 26; 1738 (2006), párr. 9; 1894 (2009), párr. 3.

Luciano Pezzano

c. Derechos humanos y no intervención

También el artículo 56 se convirtió, en los primeros tiempos de la historia de la Organización, en el argumento principal de quienes sostenían que las cuestiones de derechos humanos no constituían asuntos “que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”, en el sentido del artículo 2.7 de la Carta, al que ya nos hemos referido. Durante los debates⁵³ sobre la cuestión, varios representantes dieron por sentada la premisa de que las disposiciones de la Carta sobre derechos humanos, en particular, los artículos 1.3, 55 y 56 creaban obligaciones internacionales para los Estados Miembros y que, entonces, tales normas excluían a los derechos humanos y las libertades fundamentales de la jurisdicción interna de los Estados Miembros. La mayoría de estos representantes sostuvieron que, desde que los derechos humanos son regidos por obligaciones internacionales, caen bajo la jurisdicción de las Naciones Unidas y no bajo la jurisdicción interna de sus Miembros. Otros establecieron una distinción entre violaciones accidentales de los derechos humanos, que afectarían a individuos o pequeños grupos, y violaciones sistemáticas con repercusión internacional; las primeras caerían bajo la jurisdicción interna, las otras, no. Hubo otros representantes que rechazaron tal argumento, afirmando que la Carta no impone obligaciones internacionales respecto de los derechos humanos y, por lo tanto, no removía la cuestión de la jurisdicción interna de los Estados, y que las actas de la Conferencia de San Francisco mostraban que el Capítulo IX de la Carta⁵⁴, incluidos los artículos 55 y 56, no tenían

⁵³ Véase al respecto: *Repertorio de la práctica seguida por los Órganos de las Naciones Unidas*, Suplemento N°2, Volumen III. Nueva York, 1963, págs. 203-206, y Suplemento N° 3, Volumen III. Nueva York, 1971, págs. 114-115.

⁵⁴ “Cooperación Internacional Económica y Social”, donde se insertan los artículos 55 y 56.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por objeto autorizar a las Naciones Unidas a intervenir en la jurisdicción interna de los Estados Miembros. Pese a estas posturas negatorias –sustentadas por aquellos Estados a los que se acusaba de violar los derechos humanos–, de la práctica de la Organización – como lo hemos visto– surge implícitamente⁵⁵ que la obligación que impone el artículo 56 con respecto a los propósitos del artículo 55 es superior a la excepción del artículo 2.7, y su incumplimiento autoriza la intervención de las Naciones Unidas. Esta conclusión fue avalada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 30 de marzo de 1950, sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumania al rechazar la objeción de que la Asamblea General había violado el artículo 2.7, en los siguientes términos: «*Para los fines de la presente Opinión, basta con notar que la Asamblea General justificó la adopción de su resolución declarando que “las Naciones Unidas, en cumplimiento del artículo 55 de la Carta, deben promover el respeto universal a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”*»⁵⁶.

Creemos que esta conclusión, en el sentido de que el respeto de los derechos humanos no es un asunto que sea “esencialmente de

⁵⁵ Aunque ni la Asamblea General ni la Comisión de Derechos Humanos lo declararon expresamente en ninguna resolución, la aprobación de resoluciones que contenían recomendaciones sobre la situación de los derechos humanos en diferentes países demuestra por sí misma cuál fue su valoración sobre el tema.

⁵⁶ CIJ: *Interprétation des traités de paix, Avis consultatif*: C. I. J. Recueil 1950, p. 65. En términos similares a los expuestos, Manili afirma: «*La Corte Internacional de Justicia, en la Opinión Consultiva sobre la interpretación de los tratados de paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania en 1950 dejó en claro que la actuación de la ONU en el marco del artículo 55 de la Carta no podía ser considerada como una cuestión perteneciente al ámbito interno de los estados.*» (MANILI, P.: op. cit., pág. 138).

Luciano Pezzano

la jurisdicción interna de los Estados” se apoya en tres premisas básicas:

- i) La primera es que la cuestión de qué asuntos son esencialmente de la jurisdicción interna es relativa, y depende del desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales. Así lo había resuelto la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre el asunto de los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos: «*La cuestión de saber si cierta materia cae o no dentro del dominio exclusivo de un Estado es una cuestión esencialmente relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales*»⁵⁷. Jiménez de Aréchaga sostenía, en posición que compartimos, que cuando una cuestión es regulada por el derecho internacional, y en particular por la Carta de las Naciones Unidas, queda fuera del ámbito de la jurisdicción interna de los Estados: «*la simple circunstancia de que una materia esté comprendida dentro de los términos de la Carta es suficiente para colocarla fuera de la jurisdicción doméstica de los Estados Miembros*»⁵⁸.

⁵⁷ CPJI: *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif*. Serie B Nº 4, pág. 24.

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: op. cit., pág. 118. Más adelante, agrega: “... las disposiciones de la Carta analizadas tienen la importancia muy grande de que hacen transvasar la materia de la protección de los derechos humanos, de la jurisdicción doméstica de cada Estado a la internacional. Ya se ha dicho que una de las razones por las cuales un asunto deja de ser doméstico y se transforma en internacional, es por constituir el objeto de un tratado internacional. La protección de los derechos humanos es objeto de un tratado, es objeto de estos arts. 56 y 55 de la Carta; por lo tanto, ha transvasado de la esfera interna a la internacional» (Ibidem, pág. 448).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

- ii) La Carta incluyó a los derechos humanos entre sus propósitos, dotó de competencias al respecto a sus órganos principales y hasta estableció obligaciones para los Estados en la materia. Si se considerara a los derechos humanos como esencialmente de la jurisdicción interna, ¿cuál sería el ámbito de competencia de la Organización? Este quedaría limitado a las meras actividades de promoción y de proclamación de declaraciones genéricas sin contenido y ninguna aplicación práctica –toda vez que cualquier recomendación sobre la situación de derechos humanos en cualquier Estado podría considerarse como una “intervención” prohibida–, desproveyendo así de sentido a las claras disposiciones de la Carta.
- iii) La práctica de la Organización, y la evolución del derecho internacional –claramente influenciada por aquella– demuestran que en la actualidad la protección y el respeto de los derechos humanos han adquirido un carácter eminentemente internacional –no obstante seguir siendo los Estados los principales y primeros obligados por ellos–. Así se expresó en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993: «*la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional*»⁵⁹. Unos años antes, en septiembre de 1989, el Institut de Droit International adoptó una resolución sobre la protección de los Derechos Humanos y el principio de

⁵⁹ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: *Declaración y Programa de Acción de Viena*. Documento A/CONF.157/23. Naciones Unidas. Ginebra, 1993. Párr. 4.

Luciano Pezzano

no intervención en los asuntos internos de los Estados, en la que afirmó que éstos tienen la obligación de asegurar el respeto de los Derechos Humanos, y que ningún Estado que viole dicha obligación «*puede sustraerse a su responsabilidad internacional con el pretexto de que esta materia es esencialmente de jurisdicción interna*»⁶⁰.

III. Consideraciones finales

Este análisis de normas, doctrina, jurisprudencia y práctica de las Naciones Unidas –quizás extenso, pero necesario– nos permite afirmar, sin duda alguna, que, desde su propio nacimiento, el sistema universal de derechos humanos contuvo obligaciones jurídicamente exigibles para los Estados, y que éstas emergen de la Carta de las Naciones Unidas.

Tanto los Estados como la práctica de los órganos de las Naciones Unidas reconocen que la Carta de las Naciones Unidas, y en particular, el artículo 56 generan para los Estados la obligación de cooperar para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Así, podemos concluir que también la propia Carta de las Naciones Unidas estableció la obligación para todos los Miembros de las Naciones Unidas de promover el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción. Poco se había insistido en la doctrina sobre la existencia de esta norma convencional, que desde 1945 instaló la obligación del respeto a los derechos humanos. Así, creemos que en este trabajo hemos logrado destacar la importancia –a nuestro entender

⁶⁰ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL: *La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*. Sesión de Santiago de Compostela, 1989. Disponible en: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_03_fr.PDF

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

trascendental- que reviste el artículo 56 dentro del sistema de promoción y protección de los derechos humanos que delinea la Carta.

No se nos escapa que las conclusiones a las que aquí arribamos son posibles gracias al desarrollo y evolución operados en las últimas seis décadas en materia de derechos humanos, y que quizás otra sería la interpretación en 1945. Demostramos, no obstante, que la convicción de la obligatoriedad del artículo 56 en relación con los propósitos en materia de derechos humanos del artículo 55 c), se planteó desde los primeros instantes de la vida de las Naciones Unidas, y fue rápidamente acogida por la doctrina, marcando así el comienzo de un camino en constante y profundo cambio.

Es necesario notar, además, que es precisamente este desarrollo lo que más caracteriza al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyos fundamentos y punto de partida son los que aquí analizamos. Los instrumentos de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. No es a la luz de lo que en tiempos de su aprobación se estimó que era el valor y la significación de las normas aquí referidas como deben ser interpretadas, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema universal, habida cuenta de la evolución experimentada desde 1945⁶¹.

Ello no es más que aplicar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos lo que tiene resuelto la Corte Internacional de

⁶¹ V. al respecto Corte IDH, OC-10/89, p.37 y Corte IDH: *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A Nº 16, párr. 114.

Luciano Pezzano

Justicia en materia de interpretación: «...[se deben] tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante»⁶².

De este modo, la Carta de las Naciones Unidas cumple dos trascendentales funciones en materia de derechos humanos: por un lado, es fuente de obligaciones para los Estados –pudiendo ser interpretada y aplicada, como se dijo, con prescindencia de toda otra norma convencional o consuetudinaria– y para los órganos de la Organización, a quienes confiere específicas competencias al respecto; por otro, constituye el punto de partida y fundamento de todo el sistema universal, construido sobre bases que, no obstante el camino recorrido –y todo el que queda por recorrer–, han demostrado su solidez con el transcurso de los tiempos.

⁶² CIJ: *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinión, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad 31).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

María Alejandra Sticca

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO AL
MEDIO AMBIENTE SANO COMO DERECHO HUMANO

SOME REFLECTIONS ON THE RIGHT TO A HEALTHY
ENVIRONMENT AS A HUMAN RIGHT

*María Alejandra Sticca**

Resumen: En este artículo presentado en ocasión de celebrarse los 400 años de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), reflexionamos acerca del concepto, evolución y caracterización del derecho al medio ambiente sano en tanto que derecho humano. Derecho que si bien es considerado un pre-requisito para la realización de los otros derechos humanos aún no ha sido expresamente consagrado en todos los ámbitos de protección.

Palabras - clave: Derechos humanos – Derecho al medio ambiente – Medio ambiente.

Abstract: In this paper presented on the occasion of the 400th anniversary of the National University of Córdoba (Argentine), we think over the concept, evolution and characterization of the right to a healthy environment as a human right. Although this right is considered as a condition for the realization of the other human rights has not been expressly embodied in all areas of protection.

* Doctorando en Derecho (UNC) – Magister. en Cooperación Internacional al Derecho y Asistencia Humanitaria – Especialista en Aspectos Jurídicos del Mercosur - Abogada - Lic. en Relaciones Internacionales – Prof. de Derecho Internacional Público en UNC y en UCES Sede San Francisco – Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Email: alejandrasticca@arnet.com.ar

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Keywords: Human rights – Right to a healthy environment – Environment.

SUMARIO: II. Concepto de derecho al medio ambiente sano. - II. Evolución del derecho al medio ambiente sano como derecho humano. - III. Caracterización del derecho al medio ambiente sano. - IV. Conclusiones.

I. Concepto de derecho al medio ambiente sano

Se suele hacer referencia al derecho al medio ambiente con adjetivos tales como: equilibrado, limpio, sano, adecuado, etc.

En la doctrina encontramos distintos conceptos del derecho al medio ambiente sano entre los que nosotros destacamos los siguientes:

Derecho a un medio ambiente sano en la medida que permita el efectivo disfrute de otros derechos reconocidos a la persona humana, tal como lo señala Kiss¹.

Para Dupuy se trataría de un “derecho a la protección de condiciones medioambientales de salubridad”².

Para Loperena Rota el derecho al medio ambiente adecuado es el derecho a usar y disfrutar de una biosfera con determinados parámetros físicos y biológicos de modo que pueda desarrollarse con la máxima plenitud nuestra persona³. Y para Franco del Pozo el

¹ KISS, A. “Définition et nature juridique d'un droits de l'homme à l'environnement”, *Environnement et droits de l'homme*, UNESCO, 1987, p.17.

² DUPUY, P.M. “Le droit à la santé et la protection de l'environnement”, *Le Droit à la santé en tant que droit de l'homme*, *Colloque 1978*, Académie de droit international de la Haye, Sijthoff, 1979, p. 409.

³ LOPERENA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente adecuado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996; p. 69.

María Alejandra Sticca

derecho de todas las personas y de todos los pueblos a disfrutar de un medio ambiente saludable adecuado a su desarrollo⁴.

Ruiz Vieytes define al derecho al medio ambiente como el interés vital de toda persona, reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, en mantener los equilibrios necesarios en los elementos de su entorno físico habitual, para un adecuado nivel de vida⁵.

Bellver Capella sostiene que el derecho al desarrollo debe ser el nombre del derecho al medio ambiente en los países en desarrollo. En cuanto al contenido de este derecho propone dos niveles en la conceptualización del mismo:

- 1º nivel manifestaciones concretas de un incipiente derecho humano al medio ambiente a través, de los cauces de los derechos humanos de primera generación: derecho a la participación, a la educación y a la información.
- 2º nivel derecho al medio ambiente en sentido amplio, encajando en la tercera generación de derechos. Se identifica con el derecho al desarrollo sostenible de todos los habitantes del planeta. En los países desarrollados adquirirá la forma del derecho a la conservación y a la calidad de vida y en los en desarrollo a la supervivencia y satisfacción de las necesidades básicas⁶.

⁴ FRANCO DEL POZO, M. *El Derecho Humano a un medio ambiente adecuado*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Nº8, Univ. de Deusto, Bilbao, España, 2000, p. 32.

⁵ RUIZ VIEYTES, E. *El Derecho al ambiente como derecho de participación*, Colección Derechos Humanos "P. F. Vitoria", Zarautz, 1990, p. 32.

⁶ BELLVER CAPELLA, V. *Ecología: de las Razones a los Derechos*, Edit. Ecorama, 1994, p. 286 ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Por nuestra parte definimos al derecho al medio ambiente sano como el *derecho de toda persona a usar y disfrutar los recursos naturales y culturales de una manera sostenible que permita una vida digna y saludable tanto a los integrantes de las generaciones presentes como de las futuras.*

II. Evolución del derecho al medio ambiente sano como derecho humano

Con carácter previo consideramos oportuno aclarar que si bien algunos autores encuentran las raíces profundas del derecho al medio ambiente en tanto que derecho humano en algunos instrumentos jurídicos de derechos humanos de mediados del siglo XX en adelante (postura que no descartamos y en cierta medida compartimos), a los fines del análisis de la evolución del reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente sano tomaremos como punto de partida la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972.

En diciembre de 1968 la *Asamblea General de las Naciones Unidas* por Res. 2398/XXIII convocó una *Conferencia Internacional* a desarrollarse en Estocolmo en el año 1972.

La *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* se reunió en junio de 1972, en Estocolmo. En esa oportunidad se adoptó la *Declaración de Estocolmo sobre Medio Humano* del 16 de junio de 1972. Esta Declaración está integrada por dos partes: la primera comprende siete proclamaciones y la segunda proclama veintiséis principios.

En el Preámbulo de dicha Declaración se reconoce que “*el hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente.*” En ese mismo sentido reconoce que “*los dos aspectos del*

María Alejandra Sticca

medio ambiente, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.”

En el Principio I de la Declaración de Estocolmo encontramos una referencia expresa al Derecho al Medio Ambiente como Derecho Humano, en los siguientes términos:

“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, a la igualdad y al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”⁷.

La proclamación del derecho al medio ambiente se efectúa desde una perspectiva antropocéntrica. Como contrapartida del derecho del hombre a condiciones de vida satisfactoria, se establecen deberes para con el medio ambiente derivados de la solidaridad y la equidad intra e intergeneracional.

En la Proclamación 2 pone de manifiesto la estrecha relación que existe entre el desarrollo y la protección del medio ambiente:

“la protección y el mejoramiento del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos”⁸.

⁷ El resaltado es personal.

⁸ El resaltado es personal.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el Principio 2 de la Declaración se recepta el concepto de *equidad intergeneracional* y se enuncian los elementos del *uso sostenible*:

“Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”.

En este orden de ideas, la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* del 12 de diciembre de 1974 aprobada por Res. AG 3281 (XXIX), hace referencia en su preámbulo a la necesidad de la protección, la conservación y el mejoramiento del medio ambiente y el artículo 30⁹ se incorpora el concepto de equidad intergeneracional, y los principios de responsabilidad común pero diferenciada, de prevención y de cooperación.

En 1981 en el ámbito de la *Organización para la Unidad Africana* se aprueba la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, en cuyo

⁹ “Art. 30 La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente.”

María Alejandra Sticca

artículo 24¹⁰ se reconoce expresamente el derecho al medio ambiente.

En su Res. 38/161 de 1983, la *Asamblea General de Naciones Unidas* instituyó la *Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, conducida por la Primera Ministra Noruega Gro Harlem Brundtland. Dicha Comisión elaboró el *Informe “Nuestro Futuro Común”* en 1987, conocido también como *Informe Brundtland*.

El Informe Brundtland tiene trascendental importancia porque acuñó el término *desarrollo sostenible*, y reunió los elementos esenciales del concepto. Esta “nueva concepción del desarrollo” tiene la particularidad que incorpora la dimensión ambiental, pues define el desarrollo sostenible en los siguientes términos:

(...) Es el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Encierra en sí dos conceptos fundamentales:

- el concepto de “necesidades”, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a las que se debería otorgar prioridad preponderante;
- la idea de limitaciones impuestas por la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras¹¹.

Un reconocimiento expreso al derecho al medio ambiente sano lo encontramos dentro del sistema interamericano de protección de

¹⁰ Artículo 24

Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo.

¹¹ *Nuestro Futuro Común*, CMMAD, 1987, Cap. II, párrafo 1. El resaltado es personal.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

los derechos humanos, al aprobarse en 1988 el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*. Durante los trabajos preparatorios del citado Protocolo se consideró que el concepto de medio ambiente estaba ya suficientemente establecido, con precedentes en instrumentos internacionales, de modo tal que se tornaba apropiado reconocerlo en una norma como la del *artículo II*¹².

En diciembre de 1989, la *Asamblea General de las Naciones Unidas* adoptó la Res. 44/228 que llevó a la celebración de la *Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo* realizada en Río de Janeiro (Brasil) en el mes de junio de 1992, en la cual estuvieron representados Estados y Organizaciones No Gubernamentales además de agrupaciones ecologistas que participaron en el Foro Global 2000.

En la misma Conferencia se decidió también la creación de una *Comisión para el Desarrollo Sostenible (CDS)*, la cual fue finalmente instituida a instancia de la *Asamblea General de Naciones Unidas* como una Comisión orgánica del *Consejo Económico y Social (ECOSOC Res. 1993/207 del 12/2/93)*.

La Declaración de Río tiene al igual que la Declaración de Estocolmo una perspectiva antropocéntrica de los problemas ambientales. El punto de partida de esta nueva concepción está en el Principio 1 de la Declaración de Río al expresar:

¹² Artículo II. Derecho a un Medio Ambiente Sano.

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

María Alejandra Sticca

“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.”¹³.

En nuestra opinión, el derecho humano al medio ambiente está implícitamente reconocido en la Declaración de Río, a pesar de que no lo proclame en forma expresa.

El Principio 10 de la Declaración de Río señala la importancia de la participación de toda la población en el planteamiento de las cuestiones ambientales, para lo cual se debe asegurar acceso a la información adecuada:

“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierren peligro en sus comunidades, así como las oportunidades de participar en los procesos de toma de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. (...)”¹⁴.

La Declaración también establece formas menos jurídicas de participación de las mujeres (principio 20¹⁵), de los jóvenes

¹³ El resaltado es personal.

¹⁴ El resaltado es personal.

¹⁵ Principio 20 Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

(principio 21¹⁶) y de los pueblos indígenas (principio 22¹⁷). La Agenda 21 desarrolla estos principios en la Sección 3 “Consolidación del papel de los principales grupos”¹⁸.

Para Pomed Sánchez la Declaración de Río profundiza en los aspectos participativos latentes en la Declaración de Estocolmo, lo cual se pone de manifiesto en el Preámbulo al identificar como objetivo la creación de nuevos niveles de cooperación no sólo entre los Estados, sino también con los sectores claves de las sociedades y las personas¹⁹.

En 1993 se celebró en Viena la *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*. La *Declaración de Viena* reafirma el derecho al desarrollo, según se proclama en la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986*, como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales. Asimismo afirma:

imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.

¹⁶ Principio 21 Debería movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.

¹⁷ Principio 22 Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

¹⁸ KISS, A. “El Derecho al Medio Ambiente de Estocolmo a Sofía”, Suplemento Humana Iura de *Derechos Humanos*, Nº 6, Univ. de Navarra, España, 1996, p. 158.

¹⁹ POMED SÁNCHEZ, L. “El Derecho al Medio Ambiente”, en *Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los Derechos Humanos*, M. Contreras, L. Pomed, R. Salanova (Coord.), Zaragoza, 1998, p. 557 ss.

María Alejandra Sticca

“11. El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y la salud. (...)”.

La *Subcomisión sobre Prevención de Discriminación y Protección de Minorías* (órgano subsidiario de la *Comisión de Derechos Humanos de ONU*) llevó a cabo trabajos sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, así como sobre el tema derechos humanos y medio ambiente a cargo de la *Relatora Especial Mme. Zhora Fatma Ksentini*. Dicha Relatora presentó un *Informe en 1993*²⁰ en el cual analiza las cuestiones referentes al reconocimiento e implementación de los derechos ambientales como derechos humanos. Advierte que el daño ambiental tiene efectos directos en el disfrute de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la vivienda, a la educación, a la dignidad de la persona y la familia, al desarrollo, a la paz.

En el *Informe final de 1994*²¹ la Relatora incorpora como anexo un *Proyecto de Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente*, el cual consta de un Preámbulo y cinco partes.

El *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, órgano de control y protección de los derechos reconocidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales del año 1966, en agosto del año 2000 en su *Observación General N°14* reconoció expresamente

²⁰ E/CN.4/Sub.2/1993/7, de 26 de julio de 1993.

²¹ E/CN.4/Sub.2/1994/9 y Corr.1, de 6 de julio de 1994.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

los vínculos existentes entre el derecho a la salud y el medio ambiente sano²².

Atapattu sostiene que “*Ambiguous international standards and general disagreement over the obligations imposed have hampered the development of the right to a healthy environment as a well-understood international human right.*’ Still, some experts argue that an internationally recognized “right to a healthy environment” may properly address several public health problems caused by environmental issues, as well as offer an avenue for redress against States that fail to fulfill their obligations under this right²³”.

Fung considera que a nivel universal, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales es la principal fuente para determinar las obligaciones de los Estados en material de medio ambiente sano²⁴.

En el ámbito de la Unión Europea en el año 2000 se adoptó la *Carta de los Derechos Fundamentales*, cuyo Capítulo IV “Solidaridad” contiene el artículo 37²⁵ referido a la protección del medio ambiente. Cabe señalar que la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950* no contiene ninguna referencia expresa a este derecho, no obstante ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretó el artículo 8 de la referida

²² Véase U.N. Doc. E/C.12/2000/4 II de agosto de 2000.

²³ ATAPATTU S. “The Public Health Impact of Global Environmental Problems and the Role of International Law”, 30 AM. J. L. & MED. 283, 302-03 (2004).

²⁴ FUNG, M. “The Right to a Healthy Environment: Core Obligations under the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights”, 14 *Willamette J. Int’l L. & Dis. Res* 97 (2006).

²⁵ “Las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”.

María Alejandra Sticca

convención en sentido amplio incluyendo de ese modo referencias al medio ambiente sano²⁶.

En el año 2002 se aprobó la *Carta Andina para la Promoción y la Protección de los Derechos Humanos* cuya Parte VII se refiere al Derecho al medio ambiente sano y protegido²⁷.

III. Caracterización del derecho al medio ambiente sano

Si bien comenzaremos analizando distintas posiciones doctrinarias acerca del derecho al medio ambiente sano a la luz de la teoría de las generaciones de derecho, ello en razón de ser una teoría compartida por amplia parte de la doctrina y la cual sirve a los fines de la caracterización de los derechos humanos, nosotros nos apartaremos de la misma en atención al carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos y a la imposibilidad de establecer diferenciaciones tajantes en orden a las obligaciones que le incumben a los Estados respecto de la protección y garantía de los derechos y por otra parte dada la dificultad de establecer una división clara entre los derechos justiciables y no justiciables.

²⁶ Véase *ia. Lopez Ostra v. Spain*, App. No. 16798/90, 20 Eur. Ct. H.R. 277, 295 (1994).

²⁷ PARTE VII DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO Y PROTEGIDO

Artículo 30. Reconocen el derecho de toda persona y de las sociedades a un medio ambiente sano y protegido.

Artículo 31. Declaran que para la promoción y defensa del derecho a un medio ambiente sano y protegido dentro de la normativa de los derechos humanos, es menester tomar en cuenta los instrumentos del Derecho Internacional del medio ambiente, inter alia, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, la Convención sobre el Cambio Climático, la Convención de lucha contra la desertificación, y particularmente, la Estrategia Regional de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, adoptada por el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Cançado Trindade sostiene que la teoría de las generaciones de derechos es histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada de los derechos humanos, ya se encuentra desmitificada, y hoy somos testigos no de la sucesión de derechos sino de la expansión y fortalecimiento de los derechos humanos consagrados, consonante con una visión integrada de todos los derechos humanos²⁸.

Los “*derechos civiles y políticos*”, consagrados en primer término en los sistemas jurídicos nacionales, fueron también los que originariamente hallaron el reconocimiento, y más tarde, la más acabada protección del Derecho Internacional.

Estos derechos civiles y políticos -denominados de la “primera generación”- , implican generalmente una actitud pasiva o negativa del Estado, dirigida a respetar, a no impedir y a garantizar el libre y no discriminatorio goce de ellos; siendo el titular de los mismos la persona humana.

También están incorporados al concepto de derechos humanos los “*derechos económicos, sociales y culturales*”, cuyo reconocimiento nacional se vincula a la conocida etapa del constitucionalismo social. En este caso requieren preferente aunque no exclusivamente una actitud positiva del Estado para realizar las acciones dirigidas a satisfacer esas necesidades e implican el reconocimiento de necesidades sociales y económicas de los seres humanos.

A los “nuevos derechos humanos”, “*derechos de la solidaridad*”, “de los pueblos” o “derechos de la tercera generación”, podemos

²⁸ CANÇADO TRINDADE, A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol I, Sergio Fabris Editor, 1ªEdición, Porto Alegre (Brasil) 1999, p. 390 ss.

María Alejandra Sticca

afirmar que se comenzó a considerarlos con especificidad en los albores de la década de los setenta.

K. Vasak fue el primero en hablar de los derechos de la solidaridad o de tercera generación. Estos derechos proceden de “una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social²⁹”.

Para Vasak la tercera generación vendría a completar las dos generaciones anteriores de derechos humanos³⁰. Considera que son derechos-síntesis, derechos que “no pueden ser realizados más que gracias a la puesta en marcha de los otros derechos humanos, que son, de alguna manera, sus elementos constitutivos³¹.”

Pastor Ridruejo coincidentemente sostiene que “las diferentes generaciones de derechos humanos constituyen un conjunto compacto, integrado y homogéneo, no sólo a nivel doctrinal sino también en la práctica”³².

En este sentido, pensamos que estos “nuevos derechos” reflejan una concepción de la vida en comunidad. “Sólo pueden adquirir existencia real mediante los esfuerzos conjuntos de todos los componentes de la sociedad: individuos, Estados, entidades

²⁹ VASAK, K. “Le droit international des droits de l’homme”, en *Revue des droits de l’homme*, vol. I, Pedone, París, 1972, p. 45.

³⁰ VASAK, K. “Le Droit International des Droits de l’Homme”, *RCADI*, t. 140, 1974-IV, pp 344 ss.

³¹ VASAK, K. “Les différents catégories des droits de l’homme”, en *Les dimensions universelles des droits de l’homme*, UNESCO, Bruselas, 1990, p.305.

³² PASTOR RIDRUEJO, J. A. “La protección internacional de los derechos humanos y la cooperación al desarrollo”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 1994, p.34.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

públicas o privadas”³³, como ocurre con el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua pura, el derecho a la paz, el derecho al patrimonio común de la humanidad, el derecho al desarrollo.

Consideramos oportuno realizar cierta puntualización sobre el principio de solidaridad, el cual está en la base de estos “nuevos derechos”.

En un sentido jurídico, el término solidaridad se refiere a un derecho u obligación conjunta de varias personas.

En sociología, se adopta el concepto elaborado por Durkheim “conjunto de actitudes y comportamientos que aseguran la cohesión y la continuidad de la acción colectiva de una sociedad”.

Otros autores la definen como el “sentimiento de un deber moral hacia los otros miembros de un grupo, fundado sobre la identidad de situación o interés”³⁴; “conjunción de esfuerzos humanos que concurren a un mismo fin y crean una comunidad de intereses y responsabilidades”³⁵; “el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y grupos humanos de contribuir al bienestar de los que tienen que ver con ellos, especialmente de los que tienen mayor necesidad”³⁶ o “la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de

³³ VASAK, K., op.cit., pág. 327.

³⁴ Grand Larousse Universel, París, 1992, p.9676-9677.

³⁵ Diccionario Enciclopédico, volumen 3, Enciclopedia Británica, 1995-1996, p. 432.

³⁶ DE SEBASTIÁN, L., *La Solidaridad. Guardián de mi hermano*, Edit. Ariel, Barcelona, 1996, p. 12 – 30.

María Alejandra Sticca

identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento³⁷.

Este principio se funda en el reconocimiento de la interdependencia profunda que existe entre los seres humanos, de su vulnerabilidad y las limitaciones de nuestro planeta.

El principio de solidaridad, único medio para alcanzar la protección del medio ambiente, está receptado en la Declaración de Río en los Principios 7³⁸ y 27³⁹.

La obligación de conservación/protección del medio ambiente es un problema mundial que concierne a todos los Estados del mundo, sin importar si son desarrollados o en desarrollo, y cuya solución exige el concurso y la cooperación de todos. En un mundo tan interdependiente las amenazas a la vida del planeta sólo pueden ser enfrentadas solidariamente, a fin de alcanzar niveles mínimos de desarrollo para quienes viven por debajo de las necesidades esenciales humanas y por otro lado, exigir una contención del crecimiento para aquellos que viven por encima de los medios ecológicamente aceptables⁴⁰.

³⁷ DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*, Fontamara, Méjico, 1993, p. 15-34.

³⁸ Principio 7: Los Estados deberán cooperar con *espíritu de solidaridad mundial* para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas (...).

³⁹ Principio 27: Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con *espíritu de solidaridad* en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

⁴⁰ JUSTE RUIZ, J. *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 34.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

La doctrina es bastante unánime en reconocer entre estos derechos al derecho al medio ambiente, al derecho al desarrollo, derecho al patrimonio común de la humanidad y derecho a la paz⁴¹.

Bellver Capella, quien considera al derecho al medio ambiente entre los de tercera generación, señala algunas características de los nuevos derechos:

1. son derechos que surgen de preocupaciones planetarias, localizables en cualquier punto del mismo
2. son derechos que, para su realización, requieren la colaboración de todos los agentes sociales, por tanto son derechos y deberes al mismo tiempo^{42 43}.

Carrillo Salcedo destacó el carácter de derecho – deber del derecho al desarrollo⁴⁴, lo cual Bellver Capella considera se puede extender al resto de los derechos incluidos en esta categoría.

Coincidentemente Ruiz Vieytes sostiene que el derecho al medio ambiente es un derecho de la solidaridad que genera derechos pero al mismo tiempo deberes en tres órdenes: individuos, los distintos colectivos y el Estado. Sostiene que el reconocimiento de este derecho genera entre otras consecuencias la justiciabilidad y la

⁴¹ Op.cit. VASAK, K, “Le droit international...”, p. 344.

⁴² Op. Cit. BELLVER CAPELLA, V, *Ecología: de las razones...*p. 237.

⁴³ La consideración de los derechos humanos como derechos – deberes se entronca mejor en las culturas orientales. Ver BALLESTEROS, J. (editor), *Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1992.

⁴⁴ “El derecho al desarrollo es un derecho humano y un derecho de los pueblos, lo que trae consigo el corolario de que todos los pueblos y todos los hombres, sin distinción, han de contribuir a una empresa común de la humanidad” en “El derecho al desarrollo como Derecho de la persona humana” en *Revista Española de Derecho Internacional*, V-XXV, 1972, p. 125.

María Alejandra Sticca

participación. “La participación ciudadana es, pues, consecuencia fundamental del derecho a un ambiente sano por ser un derecho de solidaridad y los poderes públicos correspondientes vienen obligados a crear los mecanismos precisos para hacerla real y efectiva”⁴⁵.

Pelloux incluye al derecho al medio ambiente entre los derechos de tercera generación. Este autor señala “Los nuevos derechos no corresponden a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, y a menudo difícil de determinar (...). Su objeto es, con frecuencia, impreciso. A veces, el nuevo derecho no hace más que retomar bajo una forma diferente todo o parte de los derechos económicos y sociales que figuran en la Declaración Universal y en la mayoría de las declaraciones nacionales; es el caso del derecho al medio ambiente, del derecho al desarrollo. (...) Finalmente, su protección jurídica es imposible o muy difícil de asegurar, como consecuencia de la imprecisión de su titular y de su objeto”⁴⁶. No compartimos la afirmación del autor respecto de la imprecisión del objeto, así como respecto de la imposibilidad de la protección del derecho debido a la imprecisión de su titular. En relación con el objeto se puede afirmar que existe acuerdo en la doctrina respecto de un concepto mínimo del medio ambiente y en lo concerniente a su protección puede llevarse a cabo en tanto que protección de un interés difuso.

Rousseau sostiene que con los nuevos derechos parece haberse invertido el procedimiento de recepción legislativa, pues los

⁴⁵ Op. Cit. RUIZ VIEYTES, *El derecho...* p. 32 ss.

⁴⁶ PELLOUX, R. “Vrais et faux droits de l’homme. Problèmes de définition et de classification”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Etranger*, 1981-1, p.67-68.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

de primera y segunda generación se solieron inscribir en textos jurídicos de derecho interno para posteriormente recogerse en documentos internacionales, con los nuevos derechos ocurrió lo contrario primero se proclamaron en documentos internacionales y con posterioridad se receptaron en instrumentos de derecho interno⁴⁷.

Para Alston es prematuro e incluso inconveniente el reconocimiento de nuevos derechos, y a tal fin propone una serie de requisitos sustanciales y procesales que deben ser observados a la hora de proclamar nuevos derechos⁴⁸.

Para Kooijmans la introducción de la idea de derechos humanos de tercera generación “no sólo difumina la cuestión, sino que constituye un peligro para lo que está en la raíz de la internacionalización de los derechos humanos: la protección del individuo frente al Estado⁴⁹.”

Loperena Rota considera que si bien cronológicamente no hay dudas, sus caracteres no se ajustan a los derechos de tercera generación, ya que el medio ambiente adecuado es el *prius* para la existencia del desarrollo social, es un derecho vinculado a la propia vida humana. El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio derecho: *sin medio ambiente adecuado no hay vida humana, ni sociedad, ni Derecho*. En consecuencia su protección se efectúa en dos

⁴⁷ ROUSSEAU, D. “Les droits de l’homme de la troisième génération”, Revue Interdisciplinaire d’Etudes Juridiques, citado por ARA PINILLA; I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, p.161.

⁴⁸ ALSTON, P. “Conjuring up new rights: a proposal for quality control”, en *American Journal of International Law*, vol. 78, p.214 ss.

⁴⁹ KOOIJMANS, P.H. “Human Rights – Universal Panacea. Some reflections on the so-called human rights of the third generation”, en NILR, 1990, p. 315-329;

María Alejandra Sticca

sentidos: se le reconoce como derecho humano y se encomienda a los Poderes Públicos su conservación y tutela. Así tenemos un *derecho al medio ambiente*⁵⁰ y un *derecho a la protección del medio ambiente*⁵¹. El derecho al medio ambiente guarda analogías con los derechos de primera generación, ya que el Estado debe reconocerlos y tutelar que no sean violados sin que su actuación positiva sea imprescindible. Diferente es la situación del derecho a la protección del medio ambiente el cual sí se ejerce frente al Estado⁵².

Brown Weiss propone el reconocimiento de *derechos planetarios*⁵³ en formación, los cuales son la contracara de obligaciones planetarias que los integrantes de la generación actual tienen con los de la misma generación y con las futuras. Derechos planetarios que para el citado autor presentan similitudes y diferencias con los derechos humanos tradicionales, las primeras están dadas porque comparten el mismo enfoque: el bienestar y la dignidad de los seres humanos. La diferencia se pone de manifiesto porque los derechos humanos tradicionales se concentran en la relación entre el individuo y el Estado, mientras que los planetarios son poseídos colectivamente por cada generación. Los derechos planetarios representan un mínimo de intereses compartidos por todas las generaciones e incluyen muchos de los aspectos del derecho al medio ambiente decente o el derecho a la salud con él vinculado, por lo

⁵⁰ Derecho al medio ambiente adecuado entendido como el derecho a disfrutar directamente de los parámetros idóneos de la biosfera.

⁵¹ Derecho a su protección como el derecho a que las Instituciones públicas provean los instrumentos para prevenir la degradación, proteger y restaurar, donde fuese necesario, el medio ambiente.

⁵² LOPERENA ROTA, D. *Los principios del Derecho Ambiental*, Edit. Civitas, Madrid, 1998, p. 52 ss.

⁵³ Son los derechos, que cada generación posee, a recibir el planeta en condiciones no peores a aquellas en que lo recibió la generación anterior, a heredar una diversidad de recursos naturales y culturales similar, y a tener un acceso equitativo al uso y a los beneficios del legado.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

tanto se superarían las discusiones doctrinarias acerca de la calificación del derecho a un medio ambiente decente como de primera o tercera generación⁵⁴.

En cuanto al uso del término *generación* considera Kiss que trae problemas conceptuales, y que sería más adecuado no hablar de generaciones sino de corriente constante, “humanity can be compared with a huge river which flows ceaselessly, becoming ever larger and larger and in which no distinction can be made between the drops of water which make it up”⁵⁵. Este pensamiento enfatiza la idea de la unidad esencial que existe entre las generaciones de seres humanos que habitan la Tierra.

Por su parte, Lewis sostiene que al menos hay dos posibles conceptualizaciones del medio ambiente dentro del marco de los derechos humanos,

“Broadly speaking there are at least two possible conceptualisations of the environment within a human rights legal framework. In one approach, the environment is viewed as a precondition for the enjoyment of human rights. Environmental factors may therefore influence or determine the level of rights fulfilment and environmental degradation can amount to a violation of those rights. This relationship is well established within international human rights legal discourse and the environmental dimensions of several long-standing

⁵⁴ BROWN WEISS, E. *Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, Patrimonio común y Equidad Intergeneracional*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1999, p. 119 ss.

⁵⁵ KISS, A. “The rights and interests of future generations and the Precautionary Principle”, en *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation* en *International Environmental Law & Policy Series*, Vol. 31, Kluwer Law International, The Netherlands, 1996.

María Alejandra Sticca

*rights have been well-defined. In an alternative approach, the environment is a form of entitlement to which a human right to a healthy environment exists.*⁵⁶

En nuestra opinión, la equidad entre generaciones tiende a asegurar que el derecho que se reconoce a la actual generación de usar y gozar de los recursos naturales se pueda asegurar a las generaciones futuras, para lo cual las generaciones tienen la obligación de hacer un uso racional de los recursos de manera tal de no dañarlos. La otra cara de esta obligación la constituye el derecho que tienen las futuras generaciones de gozar al menos del mismo nivel mínimo de recursos que sus ancestros. Esta equidad intergeneracional busca garantizar un mínimo nivel de recursos para todas las generaciones. Pero la equidad no es suficiente con que se de entre las generaciones, sino que también se debe dar en una misma generación (equidad intrageneracional).

Los derechos de las generaciones futuras se pueden definir como el derecho de cada generación de beneficiarse y desarrollar el patrimonio natural y cultural heredado de las generaciones previas, de tal manera que este pueda pasar a las generaciones futuras en no peores condiciones a como fue recibido. Esto requiere conservación y mantenimiento de la calidad y la diversidad del patrimonio y específicamente conservación de los recursos renovables, del ecosistema y de los procesos de mantenimiento de la vida, así como de los conocimientos humanos y el arte. Requiere evitar las acciones

⁵⁶ LEWIS, Bridget “Environmental rights or a Right to the environment? Exploring the nexus between human rights and environmental protection”, 8 *Macquarie J. Int'l & Comp. Env'tl. L.* (2012), p. 37.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

con consecuencias dañosas e irreversibles para el patrimonio natural y cultural⁵⁷.

En este orden de ideas, Brown Weiss propone *tres principios básicos* de la equidad intergeneracional, a saber:

- a) *conservación de las opciones*: a cada generación se le debería exigir la conservación de la diversidad de recursos naturales y culturales, de tal manera que no restrinja las opciones disponibles para las futuras generaciones y debería tener el derecho a una diversidad comparable a la que gozan las generaciones precedentes.
- b) *conservación de la igualdad*: se debería exigir a cada generación que mantenga la calidad del planeta de manera que este no pase en peores condiciones a las recibidas.
- c) *conservación de acceso*: cada generación debería asegurar a sus miembros iguales derechos de acceso al legado de las generaciones pasadas y debería conservar este acceso para las futuras generaciones⁵⁸.

Esta idea de la unidad entre generaciones trae aparejada una obligación básica para los Estados de conservar la diversidad de los recursos naturales y la obligación de prevenir o abstenerse de contaminar o de otra forma degradar el medio ambiente.

El reconocimiento de esta unidad, precisa Brown Weiss, encuentra sus raíces lejanas en el *Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre*, en los siguientes términos:

⁵⁷ Ibidem, p. 22.

⁵⁸ Cf. BROWN WEISS, E. "Our Rights and Obligations to future generations for the environment," en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 13, enero-junio 1991.

María Alejandra Sticca

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los *miembros de la familia humana* (...)”⁵⁹.

La referencia a *todos los miembros de la familia humana* tiene una dimensión atemporal, la cual coloca a todas las generaciones dentro de su ámbito. La expresión derechos iguales e inalienables afirma la igualdad básica de las generaciones en esa familia⁶⁰.

La misma idea ha sido proclamada en los Principios 1⁶¹, 2⁶² y 5⁶³ de la *Declaración de Estocolmo* y en su *Preámbulo*, en los siguientes términos:

“(...) La *defensa y el mejoramiento del medio humano* para las *generaciones presentes y futuras* se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, (...)”⁶⁴.

Por otra parte, también el *Principio 3 de la Declaración de Río de Janeiro* consagró la idea de la unidad generacional:

⁵⁹ La cursiva es personal.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁶¹ Principio 1: El hombre tiene el derecho fundamental... el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las *generaciones presentes y futuras*(...).

⁶² Principio 2: Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben *preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras* mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga.

⁶³ Principio 5: Los recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que *toda la humanidad* comparte los beneficios de tal empleo.

⁶⁴ El resaltado es personal.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

“El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las *generaciones presentes y futuras*”⁶⁵.

La Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva del 8 de julio de 1996 en el *Asunto relativo a la Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*, sostuvo:

“La Corte reconoce que el *medio ambiente* no es una abstracción sino que *representa el espacio de vida, la calidad de vida y la salud de los seres humanos, incluidas las generaciones futuras*”(Párrafo 29)⁶⁶.

Kiss y Shelton han defendido la existencia del derecho al medio ambiente, destacando la gran cantidad de textos internacionales en que se recepta y que en casi todas las Constituciones nacionales elaboradas o reformadas después de 1970 está incluido este derecho. Sostienen “*The right to environment as one form of the expression of human dignity may be seen as a necessary precondition to the realization of the other rights in the future*”⁶⁷:

“The right to environment similarly can be interpreted not as the right to an ideal environment, difficult if not impossible to define in the abstract, but as the right to have the present environment conserved, protected from any significant deterioration, and improved in some

⁶⁵ El resaltado es personal.

⁶⁶ El resaltado es personal.

⁶⁷ KISS, A. – SHELDON, D. *International Environmental Law*, Edit. Graham&Trotman Limited, Londres, 1991, p. 22 ss.

María Alejandra Sticca

*cases. In sum, the right signifies the right to the conservation of the environment including protection and improvement*⁶⁸.

Coincidimos con Loperena Rota y con Kiss y Shelton, entre otros autores, en el sentido de considerar al derecho al medio ambiente como un *prius*, como un requisito para la realización de los otros derechos humanos⁶⁹.

Si bien dentro del ámbito interamericano se lo encuadró entre los derechos económicos y sociales, consideramos que este derecho también comparte algunas características de los derechos civiles y políticos, pero lo fundamental a los fines de asegurar su cabal reconocimiento y efectividad es la cooperación internacional pues ni los individuos ni los Estados separadamente son capaces de hacer frente a desafíos de tanta envergadura.

IV. Conclusiones

Sobre la base de lo expuesto consideramos que el derecho al medio ambiente sano es un derecho reconocido al ser humano mas no es algo que se alcanza de una vez sino que por el contrario es una meta a alcanzar. Es un derecho que se puede encuadrar en las distintas generaciones de derechos pues como ya señaláramos es un pre-requisito y al mismo tiempo es complementario del resto de los derechos reconocidos. Dada su naturaleza resulta muy difícil encasillarlo dentro de una categoría concreta porque él mismo las supera. Es un derecho indivisible, un derecho interdependiente, cuya protección se puede lograr siempre en relación con el derecho de los demás sujetos. Es un derecho que comparte el carácter preventivo

⁶⁸ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁹ Puede consultarse también sobre este particular a SYMONIDES, J. "The Human Right to a clean, balanced and protected environment", *International Journal of Legal Information*, vol. 20, n° 1, 1992, p. 24 ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

propio del derecho ambiental y de los derechos humanos, pues ese principio es esencial a los fines de su efectividad, ya que la reparación difícilmente puede volver las cosas a su estado anterior.

LA EQUIDAD *INTER* E *INTRAGENERACIONAL*:
BASES JURÍDICAS Y PERSPECTIVAS EN LA
COMPENSACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

INTER AND INTRAGENERATIONAL EQUITY:
LEGAL BASES AND PERSPECTIVES IN LIABILITY FOR
ENVIRONMENTAL HARM

*Magdalena García Elorrio**

Resumen: El presente trabajo tiene como punto de partida la consideración de que el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' no otorga, al Estado afectado, una respuesta jurídica acorde a las nociones de equidad inter e intrageneracional. En este marco, tiene por fin analizar la recepción jurídica de la equidad inter e intrageneracional en distintas reglas y evaluar cuál de ellas podría incluirse en el Proyecto y aplicarse para lograr una compensación equitativa del daño transfronterizo ambiental.

Palabras - clave: Responsabilidad internacional - Actos no prohibidos - Equidad intrageneracional - Equidad intergeneracional.

*Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, M.A en Género e Igualdad por la Universidad de Murcia (España), M.A en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset de Madrid adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, Becaria Doctoral de Conicet (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) doctorando en curso en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Abstract: This article starting point is that the Draft of the International Law Commission concerning 'Principles on the allocation of loss in the case of ESPACIO transboundary harm arising out of hazardous activities' does not give injured States a legal response according to intergenerational and intragenerational notions of equity. Within this framework, the main objective of this article is to analyze legal rules that reflect intergenerational or intragenerational equity and evaluate which of them can be added in the mentioned Draft, and applied to achieve equitable transboundary environmental damage liability.

Keywords: International liability – Acts not prohibited – Intragenerational equity – Intergenerational equity.

SUMARIO: I. Introducción. - II. La equidad intergeneracional y la obligación de proteger el medio ambiente. - III. La equidad intrageneracional y la noción de patrimonio común de la humanidad. - IV. La equidad intrageneracional y la regla del uso equitativo de los recursos naturales compartidos. - V. La compensación "equitativa" del daño ambiental como solución jurídica. - VI. Conclusiones.

I. Introducción

Cuando hablamos de equidad *inter* e *intrageneracional* nos estamos refiriendo a conceptos que se han ido gestando en el ámbito del Derecho Internacional Ambiental y Económico con el objeto de sentar las bases para la construcción de soluciones jurídicas a ciertos problemas que aquejan a la comunidad internacional contemporánea. La equidad *intergeneracional* hace referencia a la utilización equitativa de recursos naturales entre generaciones presentes y futuras y pretende dar respuesta al consumo desmedido y agotamiento de recursos naturales, la degradación de los recursos naturales y la limitación al acceso, uso y beneficio derivado de

Magdalena García Elorrio

recursos naturales¹ evitando que las generaciones actuales priven de derechos a las generaciones futuras. El fin esencial de la equidad en esta dimensión es la prevención del consumo de recursos naturales y del deterioro ambiental. Sin embargo, su fundamento no es eminentemente ecologista². La preservación del ambiente puede estar motivada por garantizar el consumo de futuras generaciones y no necesariamente por la conservación de los recursos naturales. Por su parte, la equidad *intrageneracional* hace referencia a la distribución equitativa de cargas y beneficios entre los miembros de una misma generación y pone el foco de atención en los problemas que aquejan a actores contemporáneos como la falta de acceso y uso a los recursos naturales, la contaminación de recursos naturales compartidos o daño transfronterizo y a la distribución inequitativa de recursos económicos derivados de la explotación de los recursos³⁻⁴.

El punto de encuentro entre ambas modalidades de equidad es la preservación sustentable del medio ambiente. Ello no significa que esa vinculación sea necesariamente pacífica. Lo que es considerado “sustentable” en términos de equidad intergeneracional puede no serlo desde la perspectiva de la equidad intrageneracional y generar tensión entre ambas nociones. En lo que respecta a las diferencias entre ambas, la distinción central está en las notas esenciales que caracterizan a cada una de ellas. En la equidad

¹ WEISS E. B., “Intergenerational Equity in International Law”, 81 *Am. Soc’y Int’l L. Proc.*, 1987, p. 127.

² TLADI D., “Strong Sustainability, weak Sustainability, intergenerational Equity and international Law: using the Earth Charter to redirect the environmental Ethics Debate”, *South African yearbook of international law*, vol. 28, pp. 200-210.

³ MAGGIO G.F., “Inter/Intragenerational Equity: Current Applications under international Law for promoting the sustainable Development of Natural Resources”, 4 *Buff. Env’t. L.J.* 1996-97, pp. 163-164.

⁴ BOTHE M., “Environment, Development, Resources”, *Recueil des Cours* 318, 2005, p. 451.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

intergeneracional el concepto central es la intertemporalidad⁵ que vincula la generación presente con la del futuro. Mientras que en la equidad intrageneracional, el concepto medular es la idea de justicia social que garantice una distribución más equitativa de los recursos disponibles y de las cargas generadas por su uso y explotación.

En este marco, las discordancias jurídicas en la regulación internacional de la compensación del daño transfronterizo ambiental y los obstáculos en su materialización, constituyen uno de los problemas que afectan tanto a la equidad *inter e intrageneracional*⁶. Si el daño transfronterizo no es debidamente compensado por el Estado de origen, la comunidad del territorio del Estado afectado se ve perjudicada en sus intereses y derechos, generándose un desequilibrio entre los miembros de una misma generación pero también afectando a generaciones futuras que no podrán beneficiarse del capital ambiental que quedó degradado. La compensación del daño ambiental como un presupuesto esencial para el respeto de la equidad *inter e intrageneracional* depende de la regulación que prevean los Estados en materia de daño transfronterizo ambiental.

En este sentido, el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante 'CDI') sobre 'Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional (Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas)'⁷ aprobado en

⁵ WEISS E. B., "Intergenerational Equity in International Law", *ob. cit.* nota 1, p. 126.

⁶ BOTHE M., "Environment, Development, Resources", *ob. cit.* nota 4, p. 451.

⁷ En inglés el Proyecto se titula: 'International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (Draft

Magdalena García Elorrio

segunda lectura por la CDI en su sesión nº59 de 2006⁸, enumera ocho principios aplicables a los daños transfronterizos causados por actividades peligrosas no prohibidas por el derecho DI. El Principio 4 sobre “pronta y adecuada indemnización” establece que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para que las víctimas de daños transfronterizos reciban pronta y adecuada indemnización. Entre las medidas que debe cumplir el Estado la CDI establece: arbitrar los medios legales y judiciales para asignar responsabilidad del explotador o cuando proceda, de otra persona o entidad, garantizar que el explotador constituya y mantenga alguna garantía financiera (*i.a.*: seguro, fianza) y asignar recursos financieros adicionales para el caso de insuficiencia de alguna de las dos primeras medidas mencionadas⁹.

principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities):

⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two, Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006), Draft principles on the allocation of loss in the case of transboundary harm arising out of hazardous activities with commentaries, pp.109-182.

⁹ El Principio 4 dispone: 1. Cada Estado debería adoptar las medidas necesarias a fin de que las víctimas de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas realizadas en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control reciban una pronta y adecuada indemnización. 2. Estas medidas deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o cuando proceda, a otra persona o entidad. Esta responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa. Las condiciones, limitaciones o excepciones a que pueda estar sujeta esta responsabilidad deberán ser compatibles con el proyecto del principio 3. 3. Estas medidas deberían incluir también la obligación a cargo del explotador o, cuando proceda, de otra persona o entidad, de constituir y mantener un seguro, fianza u otras garantías para hacer frente a las demandas de indemnización. 4. En los casos apropiados, tales medidas deberían incluir la obligación de crear en el ámbito nacional un fondo financiado por la correspondiente rama de actividad. 5. En caso de que las medidas mencionadas en los párrafos anteriores sean insuficientes para garantizar una indemnización adecuada,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

El Proyecto no recepta un deber del Estado de compensar las pérdidas causados por daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas a otro Estado en el plano interestatal. Sólo recae sobre el Estado de origen una obligación de garantizar que esa compensación se produzca mediante la adopción de las medidas mencionadas *supra*. La CDI no contempla siquiera una obligación subsidiaria del Estado en caso de que insuficiencia de fondos del explotador, falta de fondos complementarios, o seguro financiero del explotador¹⁰. Sin embargo, en su principio 7 hace mención a la posibilidad de que la obligación subsidiaria del Estado sea prevista en regímenes internacionales específicos vía acuerdos bilaterales, regionales o mundiales. A falta de acuerdo, la obligación de compensación del Estado no procede en el marco del Proyecto de la CDI. Entendemos que ello no constituye una solución jurídica acorde a la noción de equidad *inter* e *intrageneracional*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el propósito del presente artículo es reflexionar sobre la recepción jurídica de la equidad *inter* e *intrageneracional* en el DI Ambiental y Económico a través de reglas¹¹ concretas y evaluar si algunas de estas reglas puede ser empleada para resolver la cuestión de la compensación del daño transfronterizo ambiental derivado de actividades no prohibidas de forma equitativa. El análisis se efectuará teniendo en cuenta los siguientes ejes de reflexión: -la equidad intergeneracional y la obligación de proteger el medio ambiente, -la equidad intrageneracional y la noción de patrimonio común de la humanidad, -la equidad intrageneracional y la regla del uso equitativo de los

el Estado de origen también debería velar porque se asignen recursos financieros adicionales.

¹⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, *ob. cit.* nota 8, p. 165.

¹¹ Como veremos estas reglas pueden estar en instrumentos *soft law* o *hard law*.

Magdalena García Elorrio

recursos naturales, y -la regla de compensación equitativa del daño transfronterizo ambiental como solución jurídica viable.

II. La equidad intergeneracional y la obligación de proteger el medio ambiente

La equidad intergeneracional fue introducida en el DI ambiental a través de los instrumentos *soft law*. La Declaración de Naciones Unidas (en adelante 'UN') sobre el medio ambiente humano' (1972)¹² recibió la equidad intergeneracional en su Principio 1 al sostener que: "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne **obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras...**"¹³. Asimismo en su Principio 2 la Declaración reiteró su adhesión a la equidad intergeneracional al sostener que: "Los recursos naturales de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, **deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras**, mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga".

Es de observar que a simple vista, la consolidación de una obligación de proteger los recursos naturales en pos de generaciones futuras parece una solución jurídica aceptable y fácilmente admisible como estrategia para la preservación del medio ambiente. Sin embargo, si analizamos el proceso de formación de estos principios en el seno de los trabajos de la Conferencia de Estocolmo, puede observarse cómo la adopción de los principios 1 y 2 no fue pacífica.

¹² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16 de junio de 1972.

¹³ El resaltado de todo el artículo nos pertenece.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

La inclusión de una obligación de proteger el medio ambiente y los recursos naturales reactualizó el debate entre los países en vías de desarrollo¹⁴ que apoyaban el principio de la soberanía permanente

¹⁴ Entre las resoluciones de AG más destacadas en materia de reivindicación de la soberanía permanente sobre los recursos naturales podemos mencionar: 1) Resolución nº 523 sobre 'Desarrollo económico integrado y acuerdos comerciales' de 1952. Iniciativa: Polonia. Objetivo: exigir a los países desarrollados el movimiento de maquinarias, equipos y materias primas industriales a cambio de materias primas de los países en vías de desarrollo. 2) Resolución nº 626 sobre 'Derecho a explotar libremente las riquezas y recursos naturales' 1952. Iniciativa: Uruguay. Objetivo: receptor un derecho a nacionalizar la explotación de los recursos naturales. (la idea de nacionalización fue excluida al momento de la aprobación de la resolución y se limitó al derecho de los Estados de disponer libremente de sus riquezas). 3) Resolución nº 1803 sobre 'Soberanía permanente sobre los recursos naturales' 1962. Iniciativa: Comisión de Derechos Humanos recomendó por medio del ECOSOC a la AG la creación de una comisión sobre soberanía permanente sobre los recursos naturales. Miembros de la Comisión (Afganistán, Chile, Guatemala, Holanda, Filipinas, Suecia, Unión Soviética, Unión de Repúblicas Árabes, Estados Unidos). Objetivo: lograr un equilibrio de pretensiones entre los Estados que querían consolidar un principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales que abarcara la nacionalización, la participación en la administración empresarial y la participación en los beneficios con las peticiones de otros Estados que se no sólo se negaban a lo solicitado sino que también oponían a ello la justa compensación por nacionalización, el principio de buena fe contractual, la existencia de un estándar mínimo internacional de tratamiento al inversionista entre otros. 4) Resolución nº 2158 sobre 'Soberanía permanente sobre los recursos naturales' 1966. Iniciativa: Ecuador. Objetivo: consolidar el derecho de los países desarrollados a participar en la administración de las empresas de capital extranjero que explotan los recursos naturales y a participar equitativamente en los beneficios. Asimismo la transferencia de bienes de capital y conocimientos técnicos a los países de los países desarrollados a los países en vías de desarrollo. 5) Resolución nº 3016 sobre 'Soberanía permanente sobre los recursos naturales de los países en desarrollo' 1972. Iniciativa: Perú. Objetivo: incluir la prohibición de coerción que ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier índole para coaccionar a

Magdalena García Elorrio

sobre los recursos naturales y los que forjaban la mundialización de los problemas ambientales y el acceso a los recursos naturales nacionales. Este debate se inició con anterioridad¹⁵ a la creación de UN pero se intensificó desde su fundación (1945) hasta la ‘Declaración de un Nuevo Orden Internacional’ (1974). En el marco de la Conferencia de Estocolmo, algunos países en vías de desarrollo supieron dimensionar las implicancias jurídicas negativas de empezar a consolidar una obligación de proteger los recursos naturales. Con el fin de frenar el avance sobre la soberanía de los Estados sobre sus recursos nacionales, Chile propuso que la equidad no debiera referirse sólo a las generaciones futuras sino también a las presentes¹⁶. La petición chilena era una forma sutil de defender la necesidad de desarrollo de algunos Estados para satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos actuales. El interrogante que subyacía a estas reivindicaciones era ¿cómo era posible preocuparnos por las generaciones futuras sino podemos satisfacer las necesidades de las actuales?

El hecho de que la obligación de proteger el medio ambiente no obligue directamente al Estado en pos de generaciones futuras, se lo debemos a la resistencia de Brasil, Zambia, Yugoslavia y Costa Rica. Inicialmente el Secretario General de la Conferencia había propuesto que la Declaración no se refiriera de forma genérica e impersonal a los recursos naturales “de la tierra” sino que hiciera

otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier tipo.

¹⁵ Un claro ejemplo de esta tendencia es la Carta Atlántica entre Gran Bretaña y Estados Unidos en 1941: “4. Se esforzarán, respetando totalmente sus obligaciones existentes, en extender a todos los Estados, pequeños o grandes, victoriosos o vencidos, la posibilidad de acceso a condiciones de igualdad al comercio y a las materias primas mundiales que son necesarias para su prosperidad económica”.

¹⁶ SOHN L.B., “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, 14 *Harv. Int'l. L. J.*, 1973, pp. 431.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

especial referencia a los recursos naturales “de los Estados”. Específicamente proponía que el Principio 2 debía disponer que: “*States shall carefully husband their natural resources and shall hold in trust for present and future generations the air, water, land and plants, and animals on which all life depends*”. La propuesta fue rechazada por los Estados en vías de desarrollo que sostuvieron que esta previsión restringía el concepto de soberanía nacional y era una discriminación para los países que justamente estaban en un proceso de desarrollo¹⁷.

En este sentido creemos que la preocupación de los Estados en vías de desarrollo era legítima. La consolidación de la equidad intergeneracional como una obligación general de proteger¹⁸ puede sustituir la dialéctica Estado vs recursos naturales por la de generaciones vs recursos naturales y eso tiene indudablemente un impacto en el debilitamiento del principio de soberanía del Estado sobre sus propios recursos. Se busca consolidar una obligación de protección y preservación de recursos naturales “planetarios” y no nacionales, lo que generaría que los Estados tengan una obligación de protección por encima de los límites fronterizos y en desmedro del principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados. En esta línea de pensamiento, Weiss establece un conjunto de deberes planetarios¹⁹ que, si se analizan, son idénticos a los

¹⁷ SOHN L. B., “The Stockholm Declaration on the Human Environment”, *ob. cit.* nota 16, pp. 456-457.

¹⁸ ROSSI C., *Equity and International Law: A legal realist approach to international decision making*, Transnational Publishers, New York, 1993, p. 254.

¹⁹ Entre los deberes que señala encontramos: deber de adoptar medidas positivas para conservar los recursos naturales y culturales, deber de asegurar la no discriminación en el acceso al uso y beneficio de los recursos naturales, deber de evitar o mitigar los impactos adversos en los recursos naturales, deber de notificar y brindar asistencia en caso de emergencias, deber de soportar los costos del daño natural y cultural a los recursos naturales.

Magdalena García Elorrio

deberes estatales en materia ambiental pero sustituyen su titularidad y destinatario: es una lógica de todos para todos. Pese a las implicancias jurídicas que pudiesen existir en un futuro, hoy el debilitamiento de la soberanía es más axiológico que jurídico porque las generaciones futuras carecen de titularidad de derechos y representatividad colectiva capaz de velar por la protección de los recursos en pos de su propio beneficio.

Con posterioridad a la ‘Declaración de Estocolmo’, la misma disposición ha sido reiterada el artículo 30 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁰, el Principio 3 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), el texto del Informe de la Comisión Mundial para el Ambiente y Desarrollo “Our Common Future” (1987)²¹, y en una diversidad de instrumentos *hard law* entre los que encontramos: .artículo 3.1 de la Convención Marco de UN sobre Cambio Climático, .artículo 4.1 del ‘Acuerdo que debe regir las actividades en la luna y otros cuerpos celestes’(1979)²², .Preámbulo de la

²⁰ “La protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados. Todos los Estados deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo de conformidad con esa responsabilidad. Las políticas ambientales de todos los Estados deben promover y no afectar adversamente el actual y futuro potencial de desarrollo de los países en desarrollo. Todos los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control, no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de las zonas situadas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente” (Res. 3281 (XXIX) de la AG de la NU, 12/12/1974).

²¹ Development and International Economic cooperation: environment, Report of the World Commission on Environment and Development, A/43/427, 4 August 1987, p.54.

²² 4.1 “La exploración y utilización de la Luna incumbirán a toda la humanidad y se efectuarán en provecho y en interés de todos los países, sea

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (1979)²³, .Preámbulo de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (1979)²⁴, .Preámbulo de la Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (1979)²⁵, entre otros.

Resaltamos la recepción de la equidad intergeneracional en el artículo 3.1 de la Convención Marco de Cambio Climático porque la misma no ha sido empleada en el Preámbulo sino que integra el articulado de la Convención. Específicamente dispone que

“Las Partes, en las medidas que adopten para lograr el objetivo de la Convención y aplicar sus disposiciones, se guiarán, entre otras cosas, por lo siguiente:

1. Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. En consecuencia, las Partes que son países

cual fuere su grado de desarrollo económico y científico. Se tendrán debidamente en cuenta los intereses de las generaciones actuales y venideras, así como la necesidad de promover niveles de vida más altos y mejores condiciones de progreso y desarrollo económico y social de conformidad con la Carta de Naciones Unidas”.

²³ Preámbulo: “Recognizing that wild fauna and flora in their many beautiful and varied forms are an irreplaceable part of the natural systems of the earth which must be protected for this and the generations to come”.

²⁴ Preámbulo: “CONSCIENTES de que cada generación humana administra los recursos de la tierra para las generaciones futuras y tiene el deber de que dicho legado se conserve y de que cuando esté sujeto a uso se haga con prudencia”.

²⁵ Preámbulo: “Recognizing that wild flora and fauna constitute a natural heritage of aesthetic, scientific, cultural, recreational, economic and intrinsic value that needs to be preserved and handed on to future generations”.

Magdalena García Elorrio

desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos”.

En este sentido es discutible si en este caso concreto la equidad intergeneracional constituye una consideración genérica o una obligación jurídica específica²⁶. Tomando en cuenta la expresión “se guiarán” entendemos que los principios establecidos en el artículo 3 son pautas de implementación de las obligaciones más que obligaciones en sí mismas.

En materia de jurisprudencia internacional, la equidad intergeneracional no ha tenido cabida en las sentencias de la CIJ. No obstante, el Juez Weeramantry ha hecho expresa referencia a la misma en dos Opiniones Separadas y una Opinión Disidente. La primera Opinión Separada fue en el caso de delimitación marítima (Dinamarca vs Noruega) donde el Juez enfatizó en la intertemporalidad, y el carácter “planetario” de los recursos naturales:

*“235. A search of global traditions of equity in this fashion can yield perspectives of far-reaching importance in developing the law of the sea. Among such perspectives deeply ingrained therein, which international law has not yet tapped, are concepts of a higher trust of earth resources, an equitable use thereof which extends **inter-temporally**, the “sui generis” status accorded to such **planetary resources** as land, lakes, and rivers the concept of wise stewardship thereof, and their conservation **for the benefit of future***

²⁶ GOURGOURINIS A., “Delineating the Normativity of Equity in International Law”, *International Community Law Review* nº11, 2009, pp. 342-343.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

*generations. Their potential for the development of the law of the sea is self-evident*²⁷.

En la Opinión Disidente del caso Nuclear Test (New Zealand vs France) 1995 el Juez avanzó en la determinación del *status* jurídico de la noción de equidad intergeneracional:

*“The case before the court raises, as no case before the court has done, the principle of intergenerational equity - an important and rapidly developing principle of contemporary environmental law... The court has not thus far had occasion to make any pronouncement on this rapidly developing field... [The case] ... raises in pointed form the possibility of damage to generations yet unborn”*²⁸.

Y finalmente, la Segunda Opinión Separada fue en la Opinión Consultiva de la CIJ en el caso Nuclear Weapons Advisory Opinion donde Weeramantry se refirió a los derechos de las generaciones futuras en materia de daño ambiental:

“At any level of discourse, it would be safe to pronounce that no one generation is entitled, for whatever purpose, to inflict such damage on succeeding generations... This Court, as the principal judicial organ of the United Nations, empowered to state and apply international law...must, in its jurisprudence, pay due recognition to the rights of future generations.. [T]he rights of

²⁷ ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, *Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment of 14 June 1993, Separate Opinion, p. 274.

²⁸ ICJ, *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Case, Dissenting Opinion Judge Weeramantry, p. 341.

Magdalena García Elorrio

*future generations have passed the stage when they were merely an embryonic right struggling for recognition. They have woven themselves into international law through major treaties, through juristic opinion and through general principles of law recognized by civilized nations*²⁹.

Pronunciamientos similares a los del Juez Weeramantry pueden observarse en los votos del Juez Cançado Trindade en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante ('CIDH')). En el Voto Razonado del 'Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala', 25 de noviembre de 2000 el jurista brasileño estableció que:

*“23. La solidaridad humana se manifiesta en una dimensión no sólo espacial – es decir, en el espacio compartido por todos los pueblos del mundo, - sino también en una dimensión temporal - es decir, **entre las generaciones que se suceden en el tiempo, tomando el pasado, presente y futuro en conjunto.** Es la noción de solidaridad humana, entendida en esta amplia dimensión, y jamás la de soberanía estatal, que se encuentra en la base de todo el pensamiento contemporáneo sobre los derechos inherentes al ser humano”*³⁰.

Pese a que puede objetarse la validez relativa de estas opiniones por tratarse de opiniones separadas o disidentes, consideramos importante resaltar que la idea de equidad intergeneracional viene siendo objeto de reflexiones por jueces de la CIJ y de la CIDH. En nuestro caso, valoramos como significativo que los jueces se hayan hecho eco de estos nuevos conceptos y lo hayan

²⁹ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion* 8th July 1996, *Separate Opinion Judge Weeramantry*, p. 233.

³⁰ CIDH, Voto Razonado del Juez Cançado Trindade en el 'Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala', 25 de noviembre de 2000, p. 9.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

plasmado en sus opiniones personales como una forma de contribuir a sentar las bases jurídicas para futuros desarrollos sobre el rol de la equidad en su dimensión inter-temporal. Sin embargo, creemos que la recepción de una obligación de proteger el medio ambiente en términos amplios más que una solución jurídica al problema del consumo desmedido de recursos naturales o a su degradación puede generar la consolidación de la vía libre a los intereses de los países desarrollados que buscan restablecer el equilibrio entre la disponibilidad de los recursos naturales y el consumo.

III. La equidad intrageneracional y la noción de patrimonio común de la humanidad

Tal y como hemos mencionado en la introducción de este trabajo, entre las cuestiones que intenta abordar la equidad intrageneracional encontramos la distribución equitativa de los beneficios entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo. Entre los documentos *soft law* que han receptado esta noción encontramos la ‘Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional’ (1974)³¹, Programa de acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional³², la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados³³, la Declaración de Estocolmo sobre el medio ambiente humano (1972) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), entre otros. Todos los documentos coinciden en establecer ‘medios’ para contrarrestar la inequidad de los beneficios económicos. Los principales ‘medios’ propuestos son: la cooperación internacional en materia económica,

³¹ A/RES/S-6/3201, 1974.

³² Lo expuesto también se reiteró en el Programa de acción para el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (A/RES/S-6/3202, 1974).

³³ A/RES/29/3281, 1974.

Magdalena García Elorrio

comercial, científica y técnica, el establecimiento de relaciones económicas equitativas entre los precios de exportación e importación de productos, la creación de condiciones que permitan una mayor expansión del comercio internacional, el fortalecimiento de la independencia económica de los países en desarrollo, la consideración de las diferencias y necesidades específicas de los Estados en vías de desarrollo en las relaciones económicas, entre otros.

Otro ámbito donde opera la equidad intrageneracional es en la distribución de beneficios derivados de la explotación de los bienes de patrimonio común de la humanidad³⁴. En materia de explotación del espacio ultraterrestre el ‘Tratado sobre los Principios que deben regir las actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Extraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celeste’ (1969) establece en su artículo I que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluida la Luna y otros cuerpos celestes debe hacerse en interés de todos los países sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico e incumben a toda la humanidad. Sin embargo el tratado no establece un régimen para articular el aprovechamiento equitativo del espacio ultraterrestre. La única disposición que tiene por fin garantizar un acceso equitativo a los conocimientos científicos que se obtengan de la explotación del espacio es el artículo II referido al deber de los Estados de informar al público y a la comunidad científica internacional los resultados de las actividades³⁵. En este sentido, el

³⁴ FRANCK T., “Equity in International Law” in Jasentuliyana N. (ed), *Perspectives on International Law* 1995, p. 45.

³⁵ “Artículo II. A fin de fomentar la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos los Estados Partes en el Tratado que desarrollan actividades en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, convienen en informar en la mayor medida posible dentro de lo viable y factible al

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Informe “Our Common Future” ha manifestado que uno de los mayores inconvenientes en el aprovechamiento conjunto del espacio ultraterrestre es la omisión de los Estados de compartir la información con el resto de los Estados que no carecen de recursos económicos y tecnológicos para implementar esas actividades³⁶.

El ‘Acuerdo que debe regir las actividades en la luna y otros cuerpos celestes’ (1979) reitera el deber de información como criterio de equidad intrageneracional y establece que uno de los objetivos centrales del régimen previsto es lograr “una participación equitativa de todos los Estados Partes en los beneficios obtenidos de esos recursos, teniéndose especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los Estados países en desarrollo, así como los esfuerzos de los países que hayan contribuido directa o indirectamente a la exploración de la Luna”. No obstante, ninguna disposición prevé la transferencia de tecnología o fondos que permitan un mayor acceso de los países en vías de desarrollo al espacio ultraterrestre ni tampoco ningún sistema de distribución de beneficios de las actividades realizadas por otros Estados.

En el ámbito de la Convención de Derecho Internacional del Mar (en adelante ‘CONVEMAR’) la equidad intrageneracional parece garantizada en la consideración de la Zona y los fondos marinos oceánicos de patrimonio común de la humanidad³⁷ con el

Secretario General de Naciones Unidas, así como al público y a la comunidad científica internacional, acerca de la naturaleza, marcha, localización y resultado de dichas actividades. El Secretario General de Naciones Unidas debe estar en condiciones de difundir eficazmente tal información, inmediatamente después de recibirla”.

³⁶ A/43/427, ‘Development and International Economic cooperation: environment, Report of the World Commission on Environment and Development’, 4 August 1987, p. 271.

³⁷ Artículo 13.6: Patrimonio común de la humanidad. La Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad. Artículo 137. Condición jurídica de

Magdalena García Elorrio

objeto de efectuar una distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la zona³⁸. En principio la CONVEMAR buscaba garantizar la distribución equitativa de los beneficios de la exploración y explotación de la Zona y fondo marino oceánico en su Parte XI por medio de las siguientes disposiciones:

la Zona y sus recursos. 1. Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos, y ningún Estado o persona natural o jurídica podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o sus recursos. No se reconocerán tal reivindicación o ejercicio de soberanía o de derechos soberanos ni tal apropiación. 2. Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad. 3. Ningún Estado o persona natural o jurídica reivindicará, adquirirá o ejercerá derechos respecto de los minerales extraídos de la Zona, salvo de conformidad con esta Parte. De otro modo, no se reconocerá tal reivindicación, adquisición o ejercicio de derechos.

³⁸ El artículo 140 de la CONVEMAR dispone que: 1. Las actividades en la Zona se realizarán, según se dispone expresamente en esta Parte, en beneficio de toda la humanidad, independientemente de la ubicación geográfica de los Estados, ya sean ribereños o sin litoral, y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo y de los pueblos que no hayan logrado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 1514 (XV) y otras resoluciones pertinentes de la Asamblea General. 2. La Autoridad dispondrá la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos derivados de las actividades en la Zona mediante un mecanismo apropiado, sobre una base no discriminatoria, de conformidad con el inciso i) del apartado f) del párrafo 2 del artículo 160.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

- . Sistema de Control de cantidades de extracción a los Estados y/o contratistas privados con el objeto de proteger a los países en desarrollo afectados por la actividad minera en la Zona³⁹.
- . Sistema de compensación para los países en vías de desarrollo afectados por la actividad minera en la Zona⁴⁰.
- . Obligación de los Estados de financiar las actividades de la Zona⁴¹.

³⁹ El artículo 150 de la CONVEMAR sobre Política general relacionada con las actividades en la Zona dispone que: “Las actividades en la Zona se realizarán, según se dispone expresamente en esta Parte, de manera que fomenten el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional y promuevan la cooperación internacional en pro del desarrollo general de todos los países, especialmente de los Estados en desarrollo, y con miras a asegurar: h) La protección de los Estados en desarrollo respecto de los efectos adversos en sus economías o en sus ingresos de exportación resultantes de una reducción del precio o del volumen de exportación de un mineral, en la medida en que tal reducción sea ocasionada por actividades en la Zona, con arreglo al artículo 151”.

⁴⁰ El Artículo 151.10 de la CONVEMAR establece que: “Por recomendación del Consejo fundada en el asesoramiento de la Comisión de Planificación Económica, la Asamblea establecerá un sistema de compensación o adoptará otras medidas de asistencia para el reajuste económico, incluida la cooperación con los organismos especializados y otras organizaciones internacionales, en favor de los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en que tal disminución se deba a actividades en la Zona. Previa solicitud, la Asamblea iniciará estudios de los problemas de los Estados que puedan verse más gravemente afectados, a fin de minimizar sus dificultades y prestarles ayuda para su reajuste económico”.

⁴¹ El artículo 11 párrafo 3 a) del Anexo IV de la CONVEMAR dispone: 3.a) Se proporcionarán a la Empresa los fondos necesarios para explorar y explotar un sitio minero y para transportar, tratar y comercializar los minerales extraídos de él y el níquel, el cobre, el cobalto y el manganeso obtenidos, así como para cubrir sus gastos administrativos iniciales. La Comisión

Magdalena García Elorrio

· Obligación de los Estados y/o contratistas privados de transferir tecnología a la empresa y/o países en vías de desarrollo⁴².

Preparatoria consignará el monto de esos fondos, así como los criterios y factores para su reajuste, en los proyectos de normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad.

⁴² El artículo 5 del Anexo III de la CONVEMAR dispone en relación a la Transmisión de tecnología que: "1. Al presentar un plan de trabajo, el solicitante pondrá a disposición de la Autoridad una descripción general del equipo y los métodos que utilizará al realizar actividades en la Zona, así como la información pertinente, que no sea objeto de derechos de propiedad industrial, acerca de las características de esa tecnología y la información sobre dónde puede obtenerse tal tecnología. 2. Todo operador informará a la Autoridad de los cambios en la descripción e información que se pongan a su disposición en virtud del párrafo 1, cuando se introduzca una modificación o innovación tecnológica importante. 3. Los contratos para realizar actividades en la Zona incluirán las siguientes obligaciones para el contratista: a) Poner a disposición de la Empresa, según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, cuando la Autoridad lo solicite, la tecnología que utilice al realizar actividades en la Zona en virtud del contrato y que esté legalmente facultado para transmitir. La transmisión se hará por medio de licencias u otros arreglos apropiados que el contratista negociará con la Empresa y que se especificarán en un acuerdo especial complementario del contrato. Sólo se podrá hacer valer esta obligación si la Empresa determina que no puede obtener en el mercado libre, según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, la misma tecnología u otra igualmente útil y eficiente; b) Obtener del propietario de toda tecnología utilizada para realizar actividades en la Zona en virtud del contrato, que no esté generalmente disponible en el mercado libre ni sea la prevista en el apartado a), la garantía escrita de que, cuando la Autoridad lo solicite, pondrá esa tecnología a disposición de la Empresa en la misma medida en que esté a disposición del contratista, por medio de licencias u otros arreglos apropiados y según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables. Si no se obtuviere esa garantía, el contratista no utilizará dicha tecnología para realizar actividades en la Zona; c) Adquirir del propietario mediante un contrato ejecutorio, a solicitud de la Empresa y siempre que le resulte posible hacerlo sin gasto sustancial, el derecho de transmitir a la Empresa la tecnología que utilice al realizar actividades en la

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Sin embargo, por la presión de Estados Unidos y otros países industrializados que amenazaban con no ser parte de la Convención si no se efectuaban modificaciones sustanciales en la Parte XI, en 1994 se celebró un ‘Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la “Convención de UN sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982’ donde se eliminaron y/o modificaron todas las medidas orientadas a favorecer la real distribución equitativa de los beneficios económicos. Los cambios más significativos del Acuerdo son:

- . Crea un Comité de Finanzas conformado por los 5 países industrializados (entre ellos EEUU) con derecho a veto en caso de temas sustanciales⁴³.
- . Garantiza a EEUU un lugar constante en el Consejo de la Autoridad al incluir como requisito que se reserve un lugar al Estado

Zona en virtud del contrato que no esté legalmente facultado para transmitir ni esté generalmente disponible en el mercado libre”.

⁴³ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 9. 3: “Los miembros del Comité de Finanzas serán elegidos por la Asamblea y se tendrá debidamente en cuenta la necesidad de una distribución geográfica equitativa y la representación de intereses especiales. Cada grupo de Estados a que se refieren los apartados a), b), c), y d) del párrafo 15 de la sección 3 de este anexo estará representado en el Comité por un miembro por lo menos. Hasta que la Autoridad tenga fondos suficientes, al margen de las cuotas, para sufragar sus gastos administrativos, se incluirá entre los miembros del Comité a los cinco mayores contribuyentes financieros al presupuesto administrativo de la Autoridad. De allí en adelante, la elección de un miembro de cada grupo se hará sobre la base de los candidatos propuestos por los miembros”. 9.8: El Comité de Finanzas adoptará las decisiones relativas a cuestiones de procedimiento por mayoría de los miembros presentes y votantes. Las decisiones sobre cuestiones de fondo se adoptarán por consenso”.

Magdalena García Elorrio

que tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto al momento de entrada en vigor de la Convención⁴⁴.

. Implementa un sistema de toma de decisiones en el Consejo que requiere el consenso de todos los miembros y en caso de no lograrlo se requiere la mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes pero otorga a los países más industrializados el derecho a oponerse por mayoría mediante una mayoría simple de la cámara a la que pertenecen (consumidores, inversionistas, importadores)⁴⁵⁻⁴⁶.

⁴⁴ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 3.15. El Consejo estará integrado por 36 miembros de la Autoridad elegidos por la Asamblea en el orden siguiente: a) Cuatro miembros escogidos entre los Estados Partes que, durante los últimos cinco años respecto de los cuales se disponga de estadísticas, hayan absorbido más del 2% en términos de valor del consumo mundial total o hayan efectuado importaciones netas de más del 2% en términos de valor de las importaciones mundiales totales de los productos básicos obtenidos a partir de las categorías de minerales que hayan de extraerse de la Zona, a condición de que entre esos cuatro miembros se incluya a un Estado de la región de Europa oriental que tenga la economía más importante de esa región en términos de producto interno bruto, y al Estado que, a la fecha de la entrada en vigor de la Convención, tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto, si esos Estados desean estar representados en este grupo”.

⁴⁵ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 3.5 “Si todos los intentos de adoptar una decisión por consenso se hubieren agotado, las decisiones sobre cuestiones de procedimiento adoptadas por votación en el Consejo lo serán por mayoría de los miembros presentes y votantes, y las decisiones sobre cuestiones de fondo, salvo en los casos en que la Convención disponga que se adopten por consenso en el Consejo, lo serán por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, a menos que se oponga a tales decisiones la mayoría en cualquiera de las cámaras mencionadas en el párrafo 9. Al adoptar decisiones, el Consejo procurará promover los intereses de todos los miembros de la Autoridad”.

⁴⁶ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 3.15. “El Consejo estará integrado por 36 miembros de la Autoridad elegidos por la Asamblea en el orden siguiente: a) Cuatro miembros escogidos entre los Estados Partes que, durante los últimos cinco años respecto de los cuales se disponga

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

. Elimina la obligación de los Estados de financiar a la Empresa para que lleve adelante actividades en la Zona en beneficio de toda la humanidad⁴⁷.

de estadísticas, hayan absorbido más del 2% en términos de valor del consumo mundial total o hayan efectuado importaciones netas de más del 2% en términos de valor de las importaciones mundiales totales de los productos básicos obtenidos a partir de las categorías de minerales que hayan de extraerse de la Zona, a condición de que entre esos cuatro miembros se incluya a un Estado de la región de Europa oriental que tenga la economía más importante de esa región en términos de producto interno bruto, y al Estado que, a la fecha de la entrada en vigor de la Convención, tenga la economía más importante en términos de producto interno bruto, si esos Estados desean estar representados en este grupo; b) Cuatro miembros escogidos entre los ocho Estados Partes que, directamente o por medio de sus nacionales, hayan hecho las mayores inversiones en la preparación y realización de actividades en la Zona; c) Cuatro miembros escogidos entre los Estados Partes que, sobre la base de la producción de las áreas que se encuentran bajo su jurisdicción, sean grandes exportadores netos de las categorías de minerales que han de extraerse de la Zona, incluidos por lo menos dos Estados en desarrollo cuyas exportaciones de esos minerales tengan importancia considerable para su economía; d) Seis miembros escogidos entre los Estados Partes en desarrollo, que representen intereses especiales. Los intereses especiales que han de estar representados incluirán los de los Estados con gran población, los Estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, los Estados insulares, los Estados que sean grandes importadores de las categorías de minerales que han de extraerse de la Zona, los Estados que sean productores potenciales de tales minerales y los Estados en desarrollo menos adelantados; e) Dieciocho miembros escogidos de conformidad con el principio de asegurar una distribución geográfica equitativa de los puestos del Consejo en su totalidad, a condición de que cada región geográfica cuente por lo menos con un miembro elegido en virtud de este apartado. A tal efecto se considerarán regiones geográficas África, América Latina y el Caribe, Asia, Europa occidental y otros Estados, y Europa oriental”.

⁴⁷ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 3.5: “La obligación de los Estados Partes de financiar las actividades de la Empresa en un sitio minero prevista en el párrafo 3 del artículo II del anexo IV de la Convención no será aplicable, y los Estados Partes no estarán obligados a financiar

Magdalena García Elorrio

- . Elimina el sistema de control que disponía la Autoridad sobre los Estados y/o contratistas privados para proteger las economías de los países en desarrollo afectadas por las actividades de explotación.
- . Prohíbe el otorgamiento de subsidios⁴⁸.
- . Elimina el sistema de compensación a países en desarrollo perjudicados por la actividad en la Zona y en su lugar fija un Fondo de asistencia económica que se integra con los fondos de la Autoridad una vez que se hayan cubierto los costos administrativos necesarios. Y la cantidad depende del Comité de Finanzas (países industrializados)⁴⁹.

ninguna de las operaciones que se lleven a cabo en los sitios mineros de la Empresa ni las que se lleven a cabo conforme a sus arreglos de empresa conjunta”.

⁴⁸ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 6.1 c) En particular, no se otorgarán subsidios a las actividades realizadas en la Zona salvo en la medida en que lo permitan los acuerdos indicados en el apartado b) El otorgamiento de subsidios para los efectos de estos principios se definirá según los acuerdos indicados en el apartado b).

⁴⁹ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 7. Asistencia económica: “1. La política de la Autoridad de prestar asistencia a los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como consecuencia de una disminución del precio o del volumen exportado de un mineral, en la medida en que tal disminución se deba a actividades en la Zona, se basará en los principios siguientes: a) La Autoridad establecerá un fondo de asistencia económica con cargo a aquella parte de los fondos de la Autoridad que exceda los necesarios para cubrir los gastos administrativos de ésta. La cantidad que se destine a este objeto será determinada periódicamente por el Consejo, por recomendación del Comité de Finanzas. Sólo se destinarán al establecimiento del fondo de asistencia económica fondos procedentes de pagos recibidos de los contratistas, incluida la Empresa, y contribuciones voluntarias; b) Los Estados en desarrollo productores terrestres cuya economía se haya determinado que ha resultado gravemente afectada por la producción de minerales de los fondos marinos recibirán asistencia con cargo al fondo de asistencia económica de

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

. Elimina la obligación del Estado y/o contratista privado que realiza actividades en la Zona de transferir tecnología a la Empresa y/o países en vías de desarrollo⁵⁰.

. Eliminación de la obligación de otorgar créditos a la Empresa para financiar las actividades en la Zona, se intenta igual en condiciones a la Autoridad y las empresas privadas⁵¹.

la Autoridad; c) La Autoridad prestará asistencia con cargo al fondo a los Estados en desarrollo productores terrestres afectados, cuando corresponda, en cooperación con las instituciones mundiales o regionales de desarrollo existentes que tengan la infraestructura y los conocimientos técnicos necesarios para ejecutar esos programas de asistencia; d) El alcance y la duración de esa asistencia se determinarán en cada caso en particular. Al hacerlo, se tomarán debidamente en consideración el carácter y la magnitud de los problemas con que se han encontrado los Estados en desarrollo productores terrestres que hayan resultado afectados.

⁵⁰ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR. Sección 5.1. Además de regirse por las disposiciones del artículo 144 de la Convención, la transferencia de tecnología se registrará, para los efectos de la Parte XI, por los principios siguientes: a) La Empresa y los Estados en desarrollo que deseen obtener tecnología para la explotación minera de los fondos marinos, procurarán obtener esa tecnología según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables en el mercado abierto, o bien mediante arreglos de empresa conjunta; b) Si la Empresa o los Estados en desarrollo no pudieran obtener tecnología para la explotación minera de los fondos marinos, la Autoridad podrá pedir a todos o a cualquiera de los contratistas y al Estado o los Estados patrocinantes respectivos a que cooperen con ella para facilitar la adquisición de tecnología para la explotación minera de los fondos marinos por la Empresa o por su empresa conjunta, o por uno o varios Estados en desarrollo que deseen adquirir esa tecnología según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables, compatibles con la protección eficaz de los derechos de propiedad intelectual. Los Estados Partes se comprometen a cooperar plena y efectivamente con la Autoridad en ese sentido y a velar porque los contratistas por ellos patrocinados también cooperen plenamente con la Autoridad.

⁵¹ Acuerdo de la Parte XI de la CONVEMAR Sección 2.3: "La obligación de los Estados Partes de financiar las actividades de la Empresa en un sitio

Magdalena García Elorrio

Es de observar que, tanto en el caso del régimen de la Zona y fondos marinos oceánicos y el espacio ultraterrestre la recepción de la equidad intrageneracional es más simbólica que real. En el caso de la CONVEMAR la recepción de la equidad intrageneracional quedó neutralizada con la celebración del Acuerdo sobre regulación de la Parte XI de la Convención. Si bien quedaron algunas previsiones normativas vigentes, las mismas son de carácter general y convergen con normas especiales fijadas en el Acuerdo especial que se aplican de forma prioritaria. El único vestigio de equidad en el régimen comentado es la obligación de garantizar el trato equitativo entre la Empresa y los contratistas privados. Por ello se promueve la eliminación de la obligación del contratista de pagar el canon anual por exploración de la Zona y la obligación de transferir tecnología a la Empresa o a los países en vías de desarrollo. En la regulación del espacio ultraterrestre la participación equitativa se limita a la difusión de la información y no materializa ninguna vía para la distribución real de beneficios entre los Estados Parte.

IV. La equidad intrageneracional y la regla del uso equitativo de los recursos naturales compartidos

La introducción de la regla del uso equitativo en materia de recursos naturales compartidos ha tenido por fin superar la confusión conceptual existente entre las prerrogativas jurídicas que se derivan de la noción de “bienes naturales” y las que subyacen a la de “recursos naturales”. Cuando hablamos de “bienes” nos estamos refiriendo a la titularidad de dominio de un Estado sobre la cosa en sí que se encuentra en su territorio. En cambio, la referencia a

minero prevista en el párrafo 3 del artículo II del anexo IV de la Convención no será aplicable, y los Estados Partes no estarán obligados a financiar ninguna de las operaciones que se lleven a cabo en los sitios mineros de la Empresa ni las que se lleven a cabo conforme a sus arreglos de empresa conjunta”.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

“recursos” abarca “lo que se obtiene de un bien, sus producidos, sus rentas, sus utilidades”⁵² (i.e: energía eléctrica, irrigación). La primera consideración ha estado históricamente respaldada por las teorías de la soberanía absoluta y de la integridad territorial absoluta del Estado⁵³. La segunda ha encontrado sustento en la teoría del uso equitativo de los recursos naturales entendiendo que los Estados disponen de un derecho de aprovechamiento común pero no de un derecho de propiedad exclusivo sobre los recursos.

Un ejemplo claro de la equidad intrageneracional en el uso de recursos naturales compartidos es la regulación de los cursos de agua internacionales de la Convención de la CDI sobre ‘Cursos de Agua Internacionales con fines distintos a la navegación’ (1997). La Convención contempla en su artículo 5 la obligación de los Estados de utilizar los cursos de agua y de participar en su uso, aprovechamiento y protección de manera equitativa y razonable⁵⁴.

⁵² DRNAS DE CLEMENT Z., “Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XII, 2003, pp.79-105.

⁵³ MOERMOND J. O., SHIRLEY E., “Survey of the International Law of Rivers”, 16 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (1987-1988), pp. 140-143.

⁵⁴ Artículo 5: Utilización y participación equitativas y razonables. 1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate. 2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Magdalena García Elorrio

Todo Estado que pertenece a un sistema de cursos de agua internacionales tiene el derecho-obligación de usar el agua como atributo inherente a su soberanía territorial. La convergencia de derechos-obligaciones de uso equitativo puede traer como consecuencia un conflicto de usos que debe resolverse mediante un balance de factores⁵⁵ que permita determinar el alcance del uso “equitativo”. La utilización de un balance de factores significa que para la CDI lo “equitativo” no es necesariamente “igual”⁵⁶. En este sentido el párrafo 9 del comentario al artículo 5 ha entendido que el balance de factores hace referencia a “algunos ajustes o arreglos a fin de preservar la igualdad de derechos de cada Estado del sistema” que “se han de calcular sobre la base de la equidad, en ausencia de un acuerdo específico respecto de la «participación» de cada Estado del

⁵⁵ Es de observar que, la utilización de un balance de intereses mediante la exposición de los factores que deben tenerse en cuenta, es propio del sistema del common law. En el caso de la obligación de compensación sin negligencia, la determinación de la procedencia o no del sistema objetivo de responsabilidad esta supeditado a que el demandante pruebe y los jueces confirmen, que se trata de una actividad ultrapeligrosa. La determinación de este tipo de actividad es producto de un balance de factores que están previstos en el Restatement (Second) of Torts § 520 (1977) sobre Abnormally Dangerous Activities: “In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes”.

⁵⁶ Comentario al artículo 5 párrafo 8 (Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater, *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II, Part Two, p.98

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sistema en los usos de las aguas”⁵⁷. Como podemos observar, el fundamento del balance es el principio de igualdad soberana entre los Estados que se desprende del artículo 2.1 de la Carta de UN y que implica que ambos Estados tienen igualmente el derecho-obligación de usar equitativa y razonablemente de un curso de agua internacional que integra el territorio de ambos. En este sentido, el uso equitativo de este recurso natural compartido hace a la integridad de uno de los elementos constitutivos del Estado que es su territorio.

En su artículo 6 la Convención enuncia de forma no exhaustiva cuáles son los factores que debieran tenerse en cuenta para considerar un uso como equitativo:

“1. La utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros : a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto;

⁵⁷ El comentario transcrito reproduce parte del Tercer informe sobre el contenido, las formas y los grados de la responsabilidad internacional (segunda parte del proyecto de artículos), por el Sr. Willem Riphagen, Relator Especial [12 y 30 de marzo y 5 de mayo de 1982] A/CN.4/SER.A/1982/Add.1 (Part 1).

Magdalena García Elorrio

g) La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto. 2. En la aplicación del artículo 5 o del párrafo 1 del presente artículo, los Estados del curso de agua de que se trate celebrarán, cuando sea necesario, consultas con un espíritu de cooperación. 3. El peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores”.

Como podemos observar, en este caso la equidad intrageneracional se traduce en una obligación jurídica concreta de usar los cursos de agua de manera razonable y equitativa. La materialización de la obligación mediante la elaboración del balance de factores tiene como antecedente los principios⁵⁸ elaborados por la Asociación de DI en la Conferencia de Dubrovnik⁵⁹ de 1956 y las ‘Normas de Helsinki’ sobre usos de agua de ríos internacionales adoptadas por la International Law Association en la 52^o

⁵⁸ V. De conformidad con el principio general expuesto en el párrafo III de esta resolución, los Estados colindantes de un río internacional, al llegar a un acuerdo, y los Estados o tribunales, al resolver una controversia, deberán comparar las ventajas que un determinado aprovechamiento de agua represente para un Estado con los perjuicios que suponga para otro. Con este fin, deberán tenerse en cuenta entre otros, los siguientes factores: a) El derecho de cada Estado a un uso razonable del agua; b) El grado en que cada Estado depende de las aguas de ese río; c) Las ventajas sociales y económicas relativas que obtiene cada Estado y la comunidad ribereña en su totalidad; d) Los acuerdos preexistentes entre los Estados interesados; e) La apropiación de agua efectuada con anterioridad por un Estado.

⁵⁹ ILA, Report of the Forty-seventh Conference, Dubrovnik, 1956, Londres, 1957, pp. 241-243.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Conferencia en Helsinki en agosto de 1966⁶⁰. La misma regla de equidad prevista en el citado artículo 4⁶¹ y 5⁶² de la Convención de

⁶⁰ Artículo V. 1. La participación razonable y equitativa en el sentido del artículo IV se determinará según todos los factores pertinentes de cada caso particular. 2. Entre los factores pertinentes que deben considerarse figuran los siguientes : *a*) la geografía de la cuenca, en particular la extensión de la zona de desagüe en el territorio de cada Estado ribereño; *b*) la hidrología de la cuenca, en particular la contribución de agua por cada Estado ribereño; *c*) el clima de la cuenca; *d*) la utilización anterior de las aguas de la cuenca, y en particular su utilización actual; *e*) las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño; *f*) la población que necesita las aguas de la cuenca en cada Estado ribereño; *g*) los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado ribereño; *h*) la disponibilidad de otros recursos; *i*) la prevención del desaprovechamiento innecesario en la

utilización de las aguas de la cuenca; *j*) la posibilidad de que la indemnización a uno o más Estados corribereños de la cuenca sea medio de dirimir conflictos entre usuarios, y *k*) el grado en que pueden satisfacerse las necesidades de un Estado ribereño sin causar perjuicio sustancial a un Estado corribereño.

3. El valor de cada factor se determinará por su importancia comparada con la de otros factores atinentes. Para determinar cuál es la participación razonable y equitativa se considerarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base de una evaluación del conjunto.

⁶¹ Article 4. Equitable and reasonable utilization. Aquifer States shall utilize transboundary aquifers or aquifer systems according to the principle of equitable and reasonable utilization, as follows: (a) they shall utilize transboundary aquifers or aquifer systems in a manner that is consistent with the equitable and reasonable accrual of benefits there from to the aquifer States concerned; (b) they shall aim at maximizing the long-term benefits derived from the use of water contained therein; (c) they shall establish individually or jointly a comprehensive utilization plan, taking into account present and future needs of, and alternative water sources for, the aquifer States; and (d) they shall not utilize a recharging transboundary aquifer or aquifer system at a level that would prevent continuance of its effective functioning.

⁶² Article 5. Factors relevant to equitable and reasonable utilization 1. Utilization of a transboundary aquifer or aquifer system in an equitable and

Magdalena García Elorrio

cursos de agua se reitera en el artículo 5 y 6 del Proyecto de la CDI sobre el ‘Derecho de los Acuíferos transfronterizos’ aprobado en segunda lectura por la CDI en 2008⁶³.

Si analizamos detenidamente el contenido de la norma citada podemos observar que el método elegido por los instrumentos mencionados para arribar a un resultado “equitativo”, es idéntico al elegido por la CIJ en materia de delimitación de la plataforma continental⁶⁴ y la Zona Económica Exclusiva⁶⁵ conforme a

reasonable manner within the meaning of draft article 4 requires taking into account all relevant factors, including: (a) the population dependent on the aquifer or aquifer system in each aquifer State; (b) the social, economic and other needs, present and future, of the aquifer States concerned; (c) the natural characteristics of the aquifer or aquifer system; (d) the contribution to the formation and recharge of the aquifer or aquifer system; (e) the existing and potential utilization of the aquifer or aquifer system; (f) the actual and potential effects of the utilization of the aquifer or aquifer system in one aquifer State on other aquifer States concerned; (g) the availability of alternatives to a particular existing and planned utilization of the aquifer or aquifer system; (h) the development, protection and conservation of the aquifer or aquifer system and the costs of measures to be taken to that effect; (i) the role of the aquifer or aquifer system in the related ecosystem. 2. The weight to be given to each factor is to be determined by its importance with regard to a specific transboundary aquifer or aquifer system in comparison with that of other relevant factors. In determining what is equitable and reasonable utilization, all relevant factors are to be considered together and a conclusion reached on the basis of all the factors. However, in weighing different kinds of utilization of a transboundary aquifer or aquifer system, special regard shall be given to vital human needs. Pp.26-79.

⁶³ *Yearbook of the International Law Commission*, 2008, vol. II, Part Two, Report of the International Law at its sixtieth session, in 2008, (A/63/10), pp. 26-79.

⁶⁴ ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/ Denmark-Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment of 20 February 1969, pp. 50-52. ICJ, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Advisory Opinions and Orders, Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment of 24 February 1982, p.45.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

principios equitativos. Más allá de los ámbitos particulares que las normas pretenden regular, en ambos casos la noción abstracta de “equidad” se concretiza en obligaciones jurídicas exigibles a los Estados. La valoración de los factores depende de las consideraciones axiológicas de los Estados⁶⁶ y en su caso, de un órgano de solución de controversias elegido por las partes.

V. La regla de compensación “equitativa” del daño transfronterizo ambiental como solución jurídica viable

Como cuestión terminológica previa, y siguiendo los razonamientos de Barboza⁶⁷ es preciso aclarar que cuando nos referimos a “responsabilidad” internacional por daño ambiental nos estamos refiriendo a la obligación del Estado de reparar derivada de la comisión de un hecho ilícito que causa un daño ambiental (*responsibility*). Por el contrario, cuando hacemos mención a la “obligación de compensación” nos estamos refiriendo a la obligación que tiene el Estado de compensar el daño derivado de un hecho lícito (*liability*). No utilizamos el término “responsabilidad” para ese supuesto porque etimológicamente⁶⁸ la idea de “responsabilidad”

⁶⁵ ICJ, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada /U.S.)*, 12th October 1984, pp. 246-352.

⁶⁶ Comentario al artículo 6 (Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater, *Yearbook of the International Law Commission, 1994*, vol. II, Part Two, p.101).

⁶⁷ BARBOZA J., *The Environment, Risk and Liability in International Law*, Leiden-Boston, 2011, pp. 22-24.

⁶⁸ Existen tres teorías para explicar la obligación de reparar que surge en la responsabilidad internacional del Estado: tesis objetiva, tesis subjetiva y tesis eclécticas. Todas confluyen que la violación de una obligación internacional es un presupuesto esencial para que exista responsabilidad. La tesis subjetiva entiende que el fundamento de la responsabilidad del Estado esta en la violación de una obligación internacional y en la noción de culpa

Magdalena García Elorrio

viene esencialmente ligada a la nueva obligación jurídica de reparar como consecuencia de la violación de una obligación internacional y en los casos que intentamos referir no existe ilicitud del Estado. Asimismo, utilizamos la “obligación de compensación” cuando nos referimos a la obligación de compensar que recae en el operador del daño y no en el Estado como sujeto de DI.

El daño ambiental abarca el daño transfronterizo ambiental y el daño a los recursos naturales compartidos. Cuando hablamos de daño “transfronterizo” ambiental nos estamos refiriendo a todo daño en el territorio de un Estado o territorio bajo su jurisdicción o control que se produce como consecuencia de la actividad no prohibida desarrollada o planeada en el territorio, jurisdicción o control de otro Estado distinto al del afectado⁶⁹. En el caso de los recursos naturales compartidos no siempre es posible hacer una disociación entre territorio del Estado de origen y territorio del Estado afectado porque puede suceder que la actividad que causa el daño este siendo desarrollada en el mismo “bien” cuya explotación corresponde al aprovechamiento conjunto de ambos Estados.

del agente como elemento psicológico. Mientras que la tesis objetiva exige únicamente la violación de una obligación internacional. Por su parte, en las teorías eclécticas convergen elementos de ambas teorías pero poniendo el foco de atención en el contenido de las normas primarias. Si bien siempre es requisito la existencia de una violación de una obligación internacional (tesis objetiva), la culpa será exigible en la medida que así lo exija una norma primaria específica (tesis subjetiva). Véase: PISILLO MAZZESCHI R. “The due diligence rule and the nature of the international responsibility of states”, *German yearbook of international law*; vol. 35, Berlin, 1993, pp. 9-51. PALMISANO G., “Fault”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, pp. 1-8.

⁶⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities with commentaries, pp. 149-151.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En el ámbito de la CDI existen diversos Proyectos referidos a la responsabilidad y compensación internacional aplicables a la cuestión del daño ambiental. El Proyecto de ‘Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito’ (en adelante ‘REHII’)⁷⁰ aprobado en segunda lectura (C.IV) el 26 de julio de 2001 y elevado a la Asamblea General (AG) para ser aprobado por resolución e incorporado como Anexo⁷¹ establece en su artículo 2 que para que exista hecho ilícito internacional capaz de generar responsabilidad internacional es preciso que converjan dos elementos: la violación de una obligación internacional (elemento objetivo) y la atribución del hecho al Estado (elemento subjetivo). El Proyecto de REHII sólo recepta normas secundarias porque refiere a la obligación de reparar que surge como consecuencia de la violación de normas primarias. La decisión metodológica⁷² de la CDI de limitarse a las normas secundarias es atinada si tenemos en cuenta las consideraciones terminológicas expuestas en la introducción de este trabajo. El Proyecto de REHII no contempla ninguna norma primaria de compensación en caso de que el daño constatado sea producto de una actividad lícita. La única norma de todo el texto que deja abierta la posibilidad a una eventual compensación por hecho lícito es la prevista en el artículo 27 referida a las consecuencias de la invocación de una causa de exclusión de ilicitud que prevé que se entiende sin perjuicio de “la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”⁷³.

⁷⁰ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, *ob. cit.* nota 63, pp. 27-31.

⁷¹ A/CN.4/L.602/Rev.1.

⁷² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1970, Volumen II, Segundo Informe sobre la responsabilidad de los Estados, ‘Origen de la Responsabilidad Internacional’, A/CN.4/233, 20 de abril de 1970, p. 191.

⁷³ Artículo 27: Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud. La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de: a) El

Magdalena García Elorrio

En materia de daño transfronterizo ambiental es absolutamente erróneo sostener que los Proyectos de la CDI provén de un sistema de responsabilidad por hecho ilícito y por hecho lícito del Estado. La CDI sólo prevé normas secundarias a cargo de los Estados para el caso de hecho ilícito internacional en los términos expuestos *supra*. En materia de hecho lícito la CDI no dispone de un Proyecto específico que regule una obligación primaria de compensación. El Proyecto sobre 'Prevención del daño transfronterizo derivado de actividades peligrosas' aprobado en segunda lectura por la CDI en 2001 y elevado a la AG para ser aprobado como resolución, sólo recepta un conjunto de obligaciones primarias de prevención (*ia*: cooperación, consulta, información, notificación)⁷⁴. Por su parte, 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' aprobado en segunda lectura por la CDI en 2006, se limita a enunciar principios y entre ellos contempla la obligación del Estado de garantizar la compensación del operador del daño prescindiendo del hecho lícito o ilícito del Estado.

Afirmar que no existe en los Proyectos mencionados una norma específica de compensación por hecho lícito estatal, no significa que no haya habido intentos de consolidación de una norma en este sentido. Lo que hoy son los dos Proyectos de Prevención y Responsabilidad por pérdida, hasta 1997 fueron tratados conjuntamente por la CDI bajo el tema de Proyecto de 'Responsabilidad Internacional del Estado por las consecuencias derivadas de actos no prohibidos por el DI'. Los trabajos iniciales de

cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

⁷⁴ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, *ob. cit.* nota 65, pp. 147-170.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

la CDI sobre este tema sí estaban orientados a la consolidación de una obligación del Estado en caso de hecho lícito. Sin embargo, a medida que la CDI fue avanzando en la codificación y elaboración de las normas aplicables, el papel del Estado fue relegado sólo para las obligaciones de prevención y cooperación *ex ante facto* y la obligación de asegurar el acceso jurisdiccional de las víctimas y la obligación de garantizar una pronta y justa indemnización *ex post facto*. En materia de compensación el Estado quedó fuera de escena y ni siquiera se contempla una obligación subsidiaria en caso de insolvencia o insuficiencia de fondos del operador.

Esta tendencia a la privatización no es una decisión aislada de la CDI, sino que se enmarca en un proceso macro de centralización de la obligación de compensación en el operador del daño transfronterizo ambiental. Este proceso se inició en la década de los 60 y 70 e inicialmente se refería a las actividades *ultra* peligrosas, es decir, actividades de baja probabilidad de que causen daño pero de gran impacto dañoso (*i.a.*: daño nuclear, aeronáutico, vertidos de petróleo). Estas iniciativas fueron reguladas en acuerdos interestatales que receptan normas de responsabilidad civil transnacional propias del Derecho Internacional Privado. La obligación de compensación es principalmente del operador privado y sólo algunas Convenciones reservan un rol supletorio al Estado⁷⁵ en

⁷⁵ En materia nuclear las Convenciones prevén la responsabilidad residual del Estado en relación a la obligación principal del operador privado. En este sentido, la ‘Convención de Viena sobre Responsabilidad por daños nucleares’ (1963) ha optado por una obligación subsidiaria del Estado en su artículo VII que prevé que: “1. El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por los daños nucleares. La cuantía, naturaleza y condiciones del seguro o de la garantía serán fijadas por el Estado de la instalación. El Estado de la instalación garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello las

Magdalena García Elorrio

caso de insuficiencia e insolvencia del operador. En la práctica internacional actual, incluso cuando no hay acuerdo interestatal vigente suelen celebrarse acuerdos *ex post facto* que prevén la obligación de compensación del operador (*i.a.*: accidente de *Montara*).

Pese al alcance restringido inicial, la privatización de la compensación sobre el operador se ha ido expandiendo a las actividades peligrosas que causan un daño significativo no necesariamente catastrófico, es decir, aquellas actividades donde existe una alta probabilidad de que suceda un daño pero con impacto menor. Tal es el caso del Proyecto de 'Responsabilidad

cantidades necesarias en la medida en que el seguro o la garantía financiera no basten para cubrir las indemnizaciones, pero sin rebasar el límite que se haya podido fijar de conformidad con lo dispuesto en el artículo V". Asimismo, el 'Convenio de Bruselas sobre responsabilidad de los operadores de barcos nucleares' (1962) que el Estado tiene la obligación de asegurar la compensación por medio de la provisión de fondos públicos necesarios: *Article III 1. The liability of the operator as regards one nuclear ship shall be limited to 1,500 million francs in respect of any one nuclear incident notwithstanding that the nuclear incident may have resulted from any fault or privity of that operator; such limit shall include neither any interest nor costs awarded by a court in actions for compensation under this Convention.*2. *The operator shall be required to maintain insurance, or other financial security covering his liability for nuclear damage, in such amount, of such type and in such terms as the licensing State shall specify. The licensing State shall ensure the payment of claims for compensation for nuclear damage established against the operator by providing the necessary funds up to the limit laid down in paragraph 1 of this Article to the extent that the yield of the insurance or the financial security is inadequate to satisfy such claims.*3. *However, nothing in paragraph 2 of this Article shall require any Contracting State or any of its constituent subdivisions, such as States, Republics or Cantons, to maintain insurance or other financial security to cover their liability as operators of nuclear ships.*4. *The franc mentioned in paragraph 1 of this Article is a unit of account constituted by sixty-five and one half milligrams of gold of millesimal fineness nine hundred. The amount awarded may be converted into each national currency in round figures. Conversion into national currencies other than gold shall be effected on the basis of their gold value at the date of payment.*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' al que nos hemos estado refiriendo, que contempla la obligación del Estado de garantizar la compensación del explotador en caso de daño transfronterizo significativo derivado de actividades peligrosas o *ultra* peligrosas y no admite la obligación de compensación subsidiaria del Estado salvo que este prevista en un acuerdo específico.

En materia de daño a los recursos naturales compartidos, la Convención de 'Cursos de Agua Internacionales con fines distintos a la navegación' (1997) prevé en su artículo 7 una obligación primaria de prevención que consiste en que los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua. En caso de violación de esta obligación entre a jugar la responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito prevista en el Proyecto de REHII. En materia de daño derivado del accionar lícito del Estado la Convención dispone que:

“2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización”.

La Convención prevé que sí el daño sensible se produce como consecuencia de una accionar lícito del Estado el Estado causante del daño tiene la obligación de consultar con el Estado afectado la adopción de medidas apropiadas de mitigación, eliminación u indemnización de los daños. La misma respuesta jurí-

Magdalena García Elorrio

dica otorga el artículo 6 del Proyecto de la CDI sobre ‘Derecho de los acuíferos transfronterizos’⁷⁶. Lo interesante de la solución jurídica que brinda la Convención es que esas medidas deben adoptarse mediante la implementación del balance de factores que analizamos en apartado anterior. Es decir, el alcance y contenido de la compensación por el daño derivado de un accionar lícito se debe acordar mediante la regla de equidad.

De lo expuesto podemos observar que los Proyectos de la CDI dan una respuesta discordante al problema del daño ambiental según sea un daño transfronterizo propiamente dicho o según sea un daño a un recurso natural compartido. En el caso del daño transfronterizo ambiental surge obligación de reparar del Estado sólo si el hecho es ilícito. Si el hecho es lícito surge la obligación de compensación del Estado sólo si hay *lex specialis*. En materia de daño a los recursos naturales compartidos y específicamente la Convención de cursos de agua, la respuesta es idéntica en materia de hecho ilícito. En materia de hecho lícito y a diferencia del daño transfronterizo ambiental, la CDI recurre a la regla de la equidad para determinar las medidas de mitigación e indemnización.

⁷⁶ Article 6. Obligation not to cause significant harm. 1. Aquifer States shall, in utilizing transboundary aquifers or aquifer systems in their territories, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other aquifer States or other States in whose territory a discharge zone is located. 2. Aquifer States shall, in undertaking activities other than utilization of a transboundary aquifer or aquifer system that have, or are likely to have, an impact upon that transboundary aquifer or aquifer system, take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm through that aquifer or aquifer system to other aquifer States or other States in whose territory a discharge zone is located. 3. Where significant harm nevertheless is caused to another aquifer State or a State in whose territory a discharge zone is located, the aquifer State whose activities cause such harm shall take, in consultation with the affected State, all appropriate response measures to eliminate or mitigate such harm, having due regard for the provisions of draft articles 4 and 5.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En este sentido entendemos que el Proyecto de 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas' no debiera limitarse a fijar la obligación del Estado de garantizar la obligación de compensación por el explotador generalmente privado sino que debiera contener una disposición similar al artículo 7 último párrafo de la 'Convención de cursos de agua' obligando a los Estados a compensar en caso de daño transfronterizo producido pese al accionar lícito del Estado. De esta manera se resolvería el problema de insuficiencia o insolvencia del operador o del fondo si estuviese previsto, la improcedencia en la reclamación de ciertos daños y el tope legal de las compensaciones.

La inclusión de una regla de equidad en materia de compensación por daño derivado de un accionar lícito implicaría otorgar concordancia al sistema de responsabilidad y compensación de la CDI. Consideramos que en el balance de factores a tener en cuenta debiera valorarse los siguientes factores: magnitud del daño transfronterizo, importancia de la actividad económica que causa el daño, posibilidades de sustitución de la actividad, grado de beneficio de la actividad al Estado causante del daño y al Estado afectado, entre otras cuestiones.

VI. Conclusiones

Tomando en consideración las reflexiones realizadas en torno a la recepción jurídica de las nociones de equidad inter e intrageneracional en distintos instrumentos jurídicos es posible arribar a las siguientes conclusiones:

1) La equidad intergeneracional expresada en la obligación de proteger el medio ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras no constituye una obligación jurídica vinculante para los Estados porque ha sido prevista en términos generales en

Magdalena García Elorrio

distintos instrumentos mayormente de *soft law*. Asimismo su consolidación ha sido resistida por los Estados en vías de desarrollo por entender que constituye una violación a la soberanía sobre sus recursos naturales. En este sentido entendemos la concreción de la equidad intergeneracional en una obligación específica de protección del medio ambiente generaría la irrupción de la dialéctica Estado vs recursos naturales en desmedro de la soberanía estatal.

2) La equidad intrageneracional referida a la distribución de beneficios económicos derivados de la explotación de bienes de patrimonio común de la humanidad como el espacio ultraterrestre, la Zona y los fondos marinos oceánicos ha intentado materializarse en normas convencionales específicas. Sin embargo, podemos concluir que en el estado actual de la regulación internacional convencional dichas normas no reflejan la noción de equidad intrageneracional. Por el contrario, garantizan la preeminencia en la captación de beneficios por un grupo selecto de Estados desarrollados con capacidad económica y tecnológica para invertir en la explotación y exploración en desmedro de los Estados que carecen de dichos medios.

3) La equidad intrageneracional en el uso de los recursos naturales compartidos también se ha traducido en una obligación jurídica específica de uso equitativo de dichos recursos. Tanto la ‘Convención de Cursos de Agua Internacionales con fines distintos a las navegación’ de 1997 como el Proyecto de la CDI sobre el ‘Derecho sobre los Acuíferos transfronterizo’ (2008) contemplan de forma expresa dicha regla. La consideración de “equitativo” del uso compartido del recurso es consecuencia de un balance de factores en torno a las circunstancias especiales del caso.

4) La equidad intrageneracional en el uso de recursos naturales compartidos no se limita a la regla del uso y participación equitativa del recurso sino que es utilizada en ambos instrumentos como

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

método para determinar el alcance de la compensación en caso de daño al recurso compartido en virtud de hecho lícito del Estado.

5) Finalmente entendemos que la regla de la compensación equitativa en caso de daño a los recursos naturales compartidos derivado de hecho lícito podría extrapolarse al caso del daño transfronterizo ambiental que regula el Proyecto 'Responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas'. De esta forma, la compensación del daño dejaría de estar supeditada a las capacidades financieras del explotador, el límite del fondo fijado o el tope legal de la compensación, la existencia o no de un seguro, o de un acuerdo específico que fije la obligación subsidiaria del Estado. Asimismo, la introducción de una norma con estas características permitiría dar coherencia sistémica a las normas de responsabilidad y compensación internacional sin hacer distinciones entre daño transfronterizo y daño a los recursos naturales compartidos.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CASOS ARGENTINOS

THE JURISPRUDENCE OF THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE ARGENTINIAN CASES

*María Pilar Llorens**

Resumen: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos ha evolucionado de manera constante desde su surgimiento a mediados del s. XX, en gran medida gracias a los aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A través de sus sentencias la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido analizando y profundizando los diversos aspectos que componen la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Argentina ha sido parte de este proceso a través de su participación en casos contenciosos decididos por la Corte en los que se han explorado algunos de los elementos de la protección de los derechos humanos. Es por ello que a través de este trabajo se pretende, mediante el recorrido por la sentencias emitidas por la Corte hasta su 97º Período Ordinario de Sesiones, describir los principales pronunciamientos de dicho órgano judicial en materia procesal y sustancial.

* Abogada. Profesora Ayudante A de Derecho Internacional Público, Cátedra B; Profesora Dictante del curso opcional de Derecho y Sistema Interamericano; Coordinadora de la asignatura opcional Malvinas, Antártida e Islas del Atlántico Sur; Coordinadora de la asignatura opcional La República Argentina y los conflictos armados internacionales, Coordinadora del Curso opcional Argentino-Chileno de Derecho Internacional "Juan Pablo II", todos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: mapilarllorens@gmail.com.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Palabras - clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos – Jurisprudencia – Argentina – Aspectos Procesales – Aspectos Sustanciales.

Abstract: Since its appearance in the middle of the XX century, the Inter-American System for Protection of Human Rights has evolved thanks to the major contributions of the Inter-American Court of Human Rights. In its judgments the Inter-American Court of Human Rights has analyzed and gone deeply into the different aspects of the protection of human rights in the Inter-American System. Argentine with its participation in contentious cases judged by the Court has been a part of this process; in those cases some of the elements of the protection of human rights have been explored. In consequence this paper looks to describe the major statements of the Inter-American Court of Human Rights in procedural and substantial aspects studying its judgments issued up to its 97^o Ordinary Period of Meetings.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights – Jurisprudence – Argentine – Procedural Aspects – Substantial Aspects.

SUMARIO: I. Introducción. - II. La Argentina ante la Corte Interamericana. - III. La jurisprudencia de la Corte. A. Cuestiones procesales. B. Cuestiones sustanciales. - IV. Consideraciones finales. - V. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los rasgos sobresalientes del Sistema Interamericano¹ es la importancia que le ha otorgado a la protección de

¹ Entendido como el conjunto de normas, principios e instituciones que regulan las relaciones de los Estados americanos entre sí y con otros sujetos del derecho internacional desde sus comienzos (1826) hasta la actualidad. Conforme SILBERBERG, Cecilia: “El Sistema Interamericano” en PAGLIARI, Arturo S. (Coord.) *Temas de Doctrina y Jurisprudencia en el Derecho*

María Pilar Llorens

los derechos fundamentales de la persona humana. Ya desde sus comienzos es posible detectar la preocupación de los actores internacionales acerca de la conveniencia de establecer instrumentos y mecanismos dedicados a la protección de los derechos de las personas². Sin embargo no fue sino hasta mediados del siglo XX y luego de la creación de la Organización de Estados Americanos, que en el Sistema Interamericano se estableció un sistema de protección de los derechos humanos.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos entendido como el complejo entramado de principios, normas e instituciones destinados a la protección de los derechos de los individuos frente a violaciones sufridas como consecuencia del accionar de órganos estatales o de particulares ha tenido un amplio desarrollo desde sus comienzos hasta la actualidad. Uno de los reflejos más importantes de esta evolución se encuentra en la creciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Internacional Público, Advocatus, Córdoba, 2009, p. 131 y ALICE, Mauricio: *El sistema jurídico interamericano*, Instituto de Servicio Exterior de la Nación, Buenos Aires, 2006, p. 15.

² Entre ellos pueden mencionarse: Resolución sobre Reclamaciones y Protección Diplomática de la Primera Conferencia Internacional Americana (Washington, Estados Unidos, 1889/1890) relativa a los derechos de los extranjeros; Convención relativa a los derechos de extranjería de la Segunda Conferencia Internacional Americana (Ciudad de México, México, 1902); Resolución relativa a los derechos de la mujer y la Resolución relativa a la consideración de los derechos de los extranjeros residentes dentro de la jurisdicción de las repúblicas americanas de la Quinta Conferencia Internacional Americana (Santiago de Chile, Chile, 1923); la Convención – Asilo, la Resolución acerca de la Licencia obligatoria a la mujer-madre y la Resolución acerca de la creación de la Comisión Interamericana de Mujeres de la Sexta Conferencia Internacional Americana (La Habana, Cuba, 1928); la Convención sobre nacionalidad de la mujer, la Convención sobre nacionalidad, la Convención sobre Asilo Político y la Resolución sobre la concesión de derechos civiles y políticos a la mujer de la Séptima Conferencia Internacional Americana (Montevideo, Uruguay, 1933).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Humanos (en adelante también Corte Interamericana, Corte y CtIDH): el órgano judicial del sistema que tiene a su cargo la resolución de casos en los que se plantea la existencia de una violación a un derecho consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante también Convención, Convención Americana o CADH) o bien contenido en cualquier otro instrumento que le otorgue competencia a la Corte para entender en los casos de violaciones a sus disposiciones.

Desde su establecimiento en el año 1979³ la Corte Interamericana ha entendido en alrededor de trescientos (300) casos, repartidos entre opiniones consultivas y casos contenciosos, a través de los que ha ido desarrollando una nutrida jurisprudencia sobre los diversos aspectos que componen el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: documentos de derechos humanos, cuestiones procesales, interpretación de derechos específicos contemplados en el sistema, entre otros. En este marco de creciente actividad de la Corte, la República Argentina no ha sido ajena ya que ha tenido una amplia participación tanto en procesos contenciosos como en procesos consultivos.

A través de este trabajo se pretende analizar la evolución y la transformación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana mediante el examen de los casos argentinos que han sido sometidos a dicho órgano judicial en su faz contenciosa. A estos efectos se ha optado por seleccionar aquellas cuestiones que han sido coincidentes en todos los casos en los que Argentina ha sido parte con el objeto de destacar los principales aspectos de la jurisprudencia de la

³ Si bien la Convención Americana sobre derechos humanos a través de la que se creaba la Corte Interamericana se firmó el 22 de noviembre de 1969 recién entró en vigor el 18 julio de 1978 y la Corte pudo comenzar sus funciones a mediados del año 1979.

María Pilar Llorens

Corte interamericana con respecto a las principales violaciones de derechos humanos de los que el país ha sido declarado responsable.

II. La Argentina ante la Corte Interamericana

A lo largo de casi treinta años, es decir desde la aceptación de la competencia de la Corte el 5 de septiembre de 1984 y hasta el 97º Período Ordinario de Sesiones⁴, la Argentina ha sido parte de trece (13) casos contenciosos⁵ en los que se han dictado quince (15)

⁴ El 97º Período Ordinario de Sesiones fue celebrado entre el 19 y el 30 de noviembre de 2012.

⁵ Los procesos contenciosos en los que ha participado la Argentina son los siguientes:

a. *Caso Maqueda*: Sentencia de Excepciones Preliminares (Serie C Nº 18), 17/01/95. El presente caso llega a conocimiento de la CtIDH, debido a que el Sr. Guillermo Maqueda, militante del Movimiento Todos por la Patria, luego de haber estado presente en el “levantamiento de La Tablada” (23/01/89), fue detenido y condenado a diez años de prisión en aplicación de la ley 23.077 (Ley de Defensa de la Democracia), interpuso los siguientes recursos: Recurso Extraordinario y Recurso de Queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), los cuales fueron denegados. Ante estas circunstancias los representantes del Sr. Maqueda realizaron una petición ante la CIDH. En 1994 se presentó la demanda ante la CtIDH.

b. *Caso Garrido y Baigorria*: Sentencia de Fondo (Serie C Nº 26), 02/02/96 y Sentencia de Reparaciones y Costas (Serie C Nº 39), 27/08/98. Este caso llega a conocimiento de la Corte a raíz de la desaparición forzada de los Sres. Adolfo Argentino Garrido y Calderón y Raúl Baigorria Balmaceda por parte del personal de la Policía de Mendoza el 28/04/90. A pesar de las numerosas denuncias y reclamos realizados por sus familiares no fueron encontrados y los procesos judiciales continúan abiertos (cfme. Resolución de cumplimiento de la Sentencia de 27/11/07)

c. *Caso Cantos*: Sentencia de Excepciones preliminares (Series C Nº 85), 07/09/01 y Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 97), 28/11/02. Caso Cantos: Sentencia de Excepciones preliminares (Serie C Nº 85), 07/09/01 y Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 97), 28/11/02. Este caso llega a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 17 de septiembre de 1996 en la cual

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

rechaza la demanda presentada por el Sr. José María Cantos y le ordena a pagar las costas del proceso que ascendían aproximadamente a US\$ 140.000.000,00 (ciento cuarenta millones de dólares de los Estados Unidos de América). Los hechos que habían motivado la demanda del Sr. Cantos se desarrollaron en la década de 1970 cuando el grupo empresarial del que era dueño el Sr. Cantos en la Provincia de Santiago del Estero fue objeto de medidas de allanamiento sobre la base de una presunta infracción a la Ley de Sellos. Durante estas medidas fueron retiradas la totalidad de la documentación contable, libros y registros de comercio, comprobantes y recibos de pago, títulos valores y acciones mercantiles que provocaron un perjuicio económico al grupo empresarial. Consecuentemente el Sr. Cantos planteó diversas acciones judiciales en defensa de sus intereses. Con motivo estas acciones judiciales, el Sr. Cantos fue objeto de sistemáticas persecuciones y hostigamientos por parte de agentes del Estado. Cabe destacar que la República Argentina no ha dado cumplimiento a la sentencia de la Corte Interamericana (cfme. Resolución de cumplimiento de la Sentencia de 26/08/10).

d. *Caso Bulacio*: Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 100), 19/09/03. El caso Bulacio llega a conocimiento de la Corte Interamericana debido a que como consecuencia de una detención masiva realizada por la Policía Federal Argentina, en la ciudad de Buenos Aires, Walter Bulacio, de 17 años de edad fue detenido. Luego de su detención fue golpeado y permaneció en condiciones de detención inadecuadas. Como resultado de los maltratos recibidos Walter Bulacio debió ser trasladado a un hospital donde falleció poco tiempo después. A raíz de estos hechos se iniciaron varios procedimientos judiciales infructuosos, que hasta la fecha no han sido resueltos (cfme. Resolución de Supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 26/11/08).

e. *Caso Bueno Alves*: Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 164), 11/05/07. La CtIDH conoce a raíz de que en el año 1988, el Sr. Bueno Alves fue sometido a torturas por parte de la División Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina con el objetivo de que declarase contra sí mismo y contra su abogado en el marco de un proceso penal que investigaba supuestas estafas, amenazas y extorsiones derivadas de una transacción inmobiliaria frustrada entre el Sr. Bueno Alves y la Sra. Lage. Las torturas a las que fue sometido el Sr. Bueno Alves le provocaron debilitamiento de la audición y en el sentido del equilibrio. Estas circunstancias fueron denunciadas oportunamente por el Sr. Bueno Alves, sin embargo el proceso penal que se abrió concluyó sin que se hubieran identificado y castigado a los responsables, situación que se mantiene hasta

la actualidad (cfme. Resolución de Supervisión de cumplimiento de la Sentencia de 05/07/11).

f. *Caso Kimel*; Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 177), 02/05/08. Este caso se somete a conocimiento de la Corte Interamericana debido a que el Sr. Kimel, un historiador, periodista, escritor e investigador histórico, publicó un libro titulado “La masacre de San Patricio” en donde analizó el asesinato de cinco religiosos, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976. En dicho libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación del asesinato, entre ellas un juez. Dicho magistrado promovió una acción penal por el delito de calumnias. Luego de varias instancias procesales fue condenado por el delito de calumnias y no se le concedieron ni el Recurso Extraordinario ni el Recurso de Queja ante la CSJN. Cabe destacar que el caso Kimel se encuentra concluido y archivado luego de que la Argentina diera cumplimiento cabal a la sentencia de 02/05/08 (cfme. Resolución de Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia de 05/02/13).

g. *Caso Bayarri*: Sentencia de Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 187), 30/10/08. El caso Bayarri es conocido por la Corte como consecuencia de la detención arbitraria, torturas, la prisión preventiva excesiva y la consecuente denegación de justicia del Sr. Juan Carlos Bayarri. El Sr. Bayarri fue detenido en noviembre de 1991 sin orden judicial previa, por personal de la División Defraudaciones y Estafas de la Policía Federal Argentina con relación a una investigación que estaba llevando adelante dicha división vinculada con secuestros extorsivos. Fue puesto a disposición del Juzgado de Instrucción 1 día después de su detención y compareció al Juzgado 6 días después, período en el cual permaneció detenido en un centro clandestino y fue sometido a torturas. La prisión preventiva recién se ordenó el 20 de diciembre de 1991, fue confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992 y se prolongó hasta el 1 de junio de 2004, cuando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal ordenó su libertad al absolverlo de culpa y cargo. Hasta este momento no se han llevado a cabo las investigaciones pertinentes para determinar las responsabilidades correspondientes por los hechos que han dado lugar a la presente causa ni se han cumplido todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana (cfme. a la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia de 20/06/12).

h. *Caso Torres Millacura*: Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 229), 26/08/11. Este caso llega a conocimiento de la Corte como consecuencia de la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada del Sr. Iván Eladio Torres Millacura, llevada a cabo por personal de la Policía de

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Chubut, y la posterior falta de investigación de los hechos y consecuente denegación de justicia para los familiares de la víctima, situación que no se ha revertido hasta la actualidad. De hecho hasta el momento no existe una resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana.

i. *Caso Grande*: Sentencia de Excepciones preliminares y fondo (Serie C Nº 231), 30/08/11. En este caso la Corte conoce la causa con motivo de la alegada responsabilidad del Estado por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial como consecuencia del proceso penal al que fue sometido el Sr. Grande en la década de 1980. Dicho proceso estuvo marcado por irregularidades y demora indebida, y basado en prueba que luego fue declarada nula. Además el Sr. Grande no tuvo acceso a un recurso adecuado para repararlo a través de proceso contencioso administrativo por los daños y perjuicios ocurridos durante el mencionado proceso penal. La petición presentada en 1994 ante la CIDH, versaba sobre las alegadas violaciones en el proceso contencioso administrativo. En este caso el Estado Argentino opuso tres excepciones preliminares: a) incompetencia *ratione temporis* del Tribunal para conocer los hechos de la demanda anteriores al 5 de septiembre de 1984; b) violación del derecho de defensa del Estado argentino durante la sustanciación del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y c) no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna disponibles. De estas excepciones preliminares la Corte entendió que eran procedentes las dos primeras mientras que la resolución de la tercera consideró que se encontraba subsumida en la resolución de las dos anteriores. Como resultado de ello la Corte declaró que la Argentina no era responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la CADH.

j. *Caso Fontevecchia y D'Amico*: Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 238), 29/11/11. Este caso es sometido a la Corte Interamericana con motivo de la violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, quienes eran director y editor, respectivamente, de la revista Noticias, con motivo de la condena civil que les fuera impuesta mediante sentencias como responsabilidad ulterior por la publicación en dicha revista de dos artículos, en noviembre de 1995. Dichas publicaciones se referían a la existencia de un hijo no reconocido del señor Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, con una diputada, a la relación entre el ex presidente y la diputada y a la relación entre el primer mandatario y su hijo. Hasta el momento no se han dictado resoluciones de supervisión de cumplimiento de la sentencia, por lo que el caso todavía se encuentra abierto.

k. *Caso Fornerón e hija*: Sentencia de Fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 242), 27/04/12. Este caso llega a conocimiento de la Corte Interamericana con motivo de la violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica. Ello debido a que la niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien además no tiene acceso a la niña. Amén de ello el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años. Este paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador en 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre. Este caso aún se encuentra pendiente, ya que hasta la fecha no se han emitido resoluciones de cumplimiento de la sentencia.

l. *Caso Furlan y familiares*: Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (Serie C Nº 246), 31/08/12. El caso Furlan y familiares llega a conocimiento de la Corte con motivo de la alegada responsabilidad internacional del Estado por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas. Ello debido a que habrían incurrido en una demora excesiva en la resolución de una acción civil contra el Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la víctima, en su condición de niño con discapacidad. Hasta el momento el caso se encuentra abierto debido a que no se ha dictado ninguna resolución de cumplimiento de la sentencia.

m. *Caso Mohamed*: Sentencia de Excepción preliminar, reparaciones y costas (Serie C Nº 255), 23/11/12. Este caso llega a conocimiento de la Corte con motivo las violaciones que se cometieron a partir de la condena penal por homicidio culposo impuesta al señor Mohamed por primera vez en segunda instancia tras una absolución en primera instancia, en razón de un accidente de tránsito del que fue parte y a raíz del cual falleció una persona. En este sentido el Estado argentino ha violado derecho a recurrir el fallo condenatorio en los términos previstos en la Convención. Hasta la actualidad el caso se encuentra abierto ya que no se han emitido resoluciones de cumplimiento de la sentencia.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sentencias⁶ y ha participado en la solicitud de dos (2) opiniones consultivas⁷.

Esta larga actuación del país ante el órgano judicial de protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano ha tenido como resultado el tratamiento de una amplia gama de cuestiones vinculadas con las disposiciones de la Convención Americana que se han visto afectadas: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3); derecho a la vida (art. 4); derecho a la integridad personal (art. 5); derecho a las garantías judiciales (art. 8); principio de legalidad y de retroactividad (art. 9); derecho a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13); protección a la familia (art. 17); derechos de los niños (art. 19); derecho a la propiedad privada (art. 21) y el derecho a la protección judicial (art. 25).

⁶ Cabe destacar que en sus primeros años de trabajo la Corte Interamericana dictaba entre dos y tres sentencias por causa: una de excepciones preliminares cuando éstas eran interpuestas, una sobre el fondo del caso y finalmente otra sobre las reparaciones y las costas cuando correspondía. Posteriormente varió su práctica y en la actualidad dicta una única sentencia donde resuelve todas las cuestiones: excepciones preliminares, el fondo del caso y si corresponden las reparaciones y gastos. Amén de estas sentencias en casos excepcionales dicta sentencias aclaratorias en los casos en los que se solicita la interpretación del sentido o alcance de una sentencia (art. 67 de la CADH). Situación que no ha tenido lugar en los casos en los que ha sido parte la República Argentina.

⁷ Argentina solicitó conjuntamente con Uruguay una opinión consultiva acerca de ciertas atribuciones de la CIDH (CorteIDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A Nº 13) e individualmente solicitó otra opinión consultiva en relación con la designación de jueces *ad hoc* en el procedimiento ante la Corte (CorteIDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A Nº 20).

III. La jurisprudencia de la Corte

Como se sabe la jurisprudencia de la Corte Interamericana es sumamente rica en sus diversas facetas. En una única sentencia se tratan entre otras cuestiones procesales, cuestiones sustanciales y cuestiones vinculadas a la reparación del daño causado por la violación de una o más disposiciones de la Convención Americana. En este sentido los apartados siguientes se dedicaran a rescatar los aportes de la doctrina judicial de la Corte en los aspectos antes mencionados.

A. Cuestiones procesales

1. Reconocimiento de la responsabilidad internacional

Al resolver los casos argentinos la Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de expedirse sobre ciertas temáticas procesales interesantes, como por ejemplo el allanamiento procesal. Ello debido a que la Argentina en varias oportunidades ha reconocido su responsabilidad internacional por las violaciones a la Convención que se le imputaban.

En este sentido la Corte ha destacado que si bien los Estados tienen la facultad de reconocer su responsabilidad internacional (encomiando al mismo tiempo esta actitud del Estado⁸) este reconocimiento se encuentra sujeto a revisión de la Corte en primer lugar debido a que se trata de una cuestión de orden público y en segundo lugar porque la Corte debe velar por la tutela

⁸ Ello debido a que considera que el reconocimiento de responsabilidad constituye una contribución positiva al desarrollo de [l ...] proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana. CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229., párrafo 37.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

de los derechos humanos tal como esta ha sido prevista en el Sistema Interamericano confrontando no sólo los requisitos formales sino también la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes⁹.

En este marco la Corte ha destacado que el reconocimiento produce efectos de pleno derecho, pero para que un reconocimiento de responsabilidad sea válido, conforme a la evolución propia del sistema de protección de los derechos humanos que ha otorgado nuevas facultades a las víctimas y a sus familiares, “[...] *el Estado debe expresar claramente si se aceptan también las pretensiones formuladas por las presuntas víctimas o sus familiares*”¹⁰.

Esta figura del allanamiento debe ser distinguida del desestimiento que tiene lugar cuando la Comisión retira la demanda presentada ante la Corte Interamericana. Esta particular situación tuvo lugar en el primer caso en el que Argentina participó y que tuvo que resolver este órgano judicial. Con relación a esta figura procesal la Corte sostuvo que tenía competencia para entender en una solicitud de este tipo y que además tenía la obligación de resolver si la solicitud presentada por la CIDH era conforme a derecho o bien si debía continuar con la tramitación del proceso. Asimismo señaló que al ser responsable de la protección de los derechos humanos tenía la facultad de reabrir y continuar la tramitación del caso si en un futuro

⁹ Cfme. CorteIDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177., párrafo 24; CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229, párrafo 34.

¹⁰ CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229, párrafo 34.

María Pilar Llorens

cambiaren las circunstancias que habían dado lugar al acuerdo que generaba la solicitud de desestimiento de la Comisión¹¹.

2. Trámite procesal

Otro asunto que ha sido tratado por la Corte es el relativo al trámite procesal que debe observarse en la tramitación de una petición ante el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Debiendo expedirse sobre las divergencias entre las partes acerca de la legalidad del trámite que se ha observado en instancias previas a la de la Corte.

En este sentido, la Corte ha señalado que en aquellos asuntos que estén bajo su conocimiento goza de la atribución de efectuar un control de legalidad de las actuaciones de la Comisión *en aras de asegurar la procedencia de los requisitos de admisibilidad y los principios de contradicción, equidad procesal y seguridad jurídica*¹².

3. Pruebas

Uno de los aspectos procesales más relevantes se vincula con la cuestión probatoria ya que ésta le permite a la Corte dar por probadas las violaciones a los derechos humanos alegadas o bien le permite descartarlas. En esta materia la Corte ha realizado diversas consideraciones que merecen ser rescatadas.

En primer lugar la Corte ha señalado que los procedimientos vinculados con la recepción y la valoración de la prueba no están sujetos a las mismas formalidades que las

¹¹ Cfme. CorteIDH, “Caso Maqueda vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 17 de enero de 1995, Serie C, N° 18, párrafos 23, 24 y 27.

¹² Cfme. CorteIDH, “Caso Grande vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 31 de agosto de 2011, Serie C, N° 231, párrafos 45 y 46.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

actuaciones judiciales internas y consecuentemente la incorporación de elementos al acervo probatorio depende del caso concreto siempre teniendo en cuenta el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes¹³. En este sentido la Corte sostiene que en materia probatoria rige el principio del contradictorio ya que respeta el derecho de defensa de las partes¹⁴. Además ha destacado que éste no se ve vulnerado por la utilización de nuevas tecnologías en materia probatoria ya que aquellas colaboran en el *buen despacho de la justicia interamericana*¹⁵. Así ha señalado, por ejemplo, que los principios de seguridad jurídica y equilibrio procesal no son vulnerados si los documentos citados como prueba por una de las partes se encuentran señalados mediante un enlace electrónico directo, siempre que sea posible acceder a éste, ya que son fácilmente localizables por las otras partes así como por el Tribunal¹⁶.

Con respecto al ofrecimiento de la prueba, la Corte ha indicado que éste debe realizarse al inicio de cada etapa procesal en la primera oportunidad que cada una de las partes tiene para

¹³ Cfme. CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, párrafo 27, CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100 párrafo 42, CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 41.

¹⁴ Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párrafo 40.

¹⁵ Cfme. CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 41.

¹⁶ Cfme. CorteIDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246, párrafo 66, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, N° 255, párrafo 32.

María Pilar Llorens

pronunciarse por escrito ya que la solicitud de elementos probatorios adicionales por parte de la Corte no se traduce en el derecho de ampliar o complementar alegatos u ofrecer nueva prueba¹⁷. Las partes, además cuentan con la obligación de acercar las pruebas que le han sido solicitadas por el tribunal¹⁸.

La valoración de las pruebas se realiza conforme a las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta que los tribunales internacionales de derechos humanos *disponen de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia*¹⁹. La Corte le otorga valor probatorio a aquellos documentos que no han sido controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad fuera puesta en duda²⁰. En relación con la valoración de ciertos medios de prueba la Corte ha realizado algunas consideraciones específicas. De este modo ha indicado que los documentos de prensa pueden ser apreciados en cuanto recojan hechos públicos y notorios,

¹⁷ Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100, párrafo 41.

¹⁸ Cfme. CorteIDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, Nº 164, párrafo 40.

¹⁹ Cfme. CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, Nº 97, párrafo 27, CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100, párrafo 42, Caso Fornerón, párrafo 10, CorteIDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, Nº 246, párrafo 62, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nº 255, párrafo 30.

²⁰ Cfme. CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, Nº 229., párrafo 41, Caso Forneron, párrafo 12, CorteIDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, Nº 246, párrafo 64.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

declaraciones de funcionarios del Estado no rectificadas o bien cuando corroboren aspectos relacionados con el caso²¹ siempre que se encuentren completos o que permitan constatar su fuente y fecha de publicación²². Asimismo ha sostenido que las declaraciones de la víctima sólo pueden ser apreciadas dentro del conjunto de pruebas del proceso, primero porque tiene un interés directo en el caso, y segundo porque pueden ser útiles para proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias²³.

B. Cuestiones sustanciales

En relación a las cuestiones sustanciales, dada las limitaciones del presente trabajo, se optado por seleccionar aquellas que se han dado de manera coincidente en gran parte de las

²¹ Cfme. CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, Nº 97, párrafo 39, CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, Nº 187, párrafo 41, CorteIDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nº 238, párrafo 14.

²² Cfme. CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, Nº 229., párrafo 42, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nº 255, párrafo 32.

²³ Cfme. CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, Nº 97, párrafo 42; CorteIDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nº 238, párrafo 15, Caso Forneron, párrafo 13, CorteIDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, Nº 246, párrafo 68, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nº 255, párrafo 36.

María Pilar Llorens

sentencias de la Corte; entre ellas se encuentran: el acceso a la justicia y la integridad personal.

1. El acceso a la justicia

El acceso a la justicia entendido *como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular*²⁴ ha sido abordado por la Corte en la mayoría de las sentencias pronunciadas en los casos argentinos²⁵. Ello debido a que se trata de una cuestión transversal a

²⁴ VENTURA ROBLES, Manuel: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad” [En línea] en: OACDH: *Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho*, OACDH, 2005. Disponible en: < www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc > Último acceso: 20/06/2013.

²⁵ Los únicos casos en los que esta cuestión no fue tratada fueron los siguientes: a) Caso Maqueda, debido a que terminó con un desestimiento de la demanda lo que implicó que la cuestión de fondo no fuera tratada; b) Caso Grande, ya que se aceptaron las excepciones preliminares planteadas por Argentina, consecuentemente no se abordó el estudio del asunto de fondo; c) Caso Fontevecchia y D’Amico, ya que no se encontró una vinculación entre la violación al derecho a la libertad de expresión (art. 13 de la CADH) y los derechos a las garantías judiciales (art. 8 de la CADH) y a la protección judicial (art. 25 de la CADH).

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

todos los derechos consagrados en la Convención²⁶ sin la que dichos derechos no podrían hacerse efectivos²⁷.

El derecho de acceso a la justicia puede descomponerse en dos elementos: por un lado el derecho al debido proceso (contemplado en el artículo 8 de la CADH) y por otro lado el derecho a un recurso judicial efectivo (contemplado en el artículo 25 de la CADH)²⁸. Esto permite señalar que el derecho de acceso a la justicia se trata de un derecho complejo en el sentido que se encuentra conformado por varios derechos y garantías particulares: el derecho a ser oído por un juez o tribunal; el derecho a ser un juez competente, imparcial e independiente, establecido previamente por ley; derecho a un plazo razonable; derecho a una decisión fundada; presunción de inocencia; derecho del inculcado a ser asistido por un traductor o intérprete; derecho del inculcado a la comunicación

²⁶ SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina: *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú, Perú, 2012, p. 19. Disponible en web: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

²⁷ En este sentido la Corte ha destacado: “*sin perjuicio de que cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, la falta de garantía del derecho a recurrir del fallo impide el ejercicio del derecho de defensa que se protege a través de este medio y trae implícita la ausencia de protección de otras garantías mínimas del debido proceso que deben asegurarse al recurrente, según correspondan, para que el juez o tribunal superior pueda pronunciarse sobre los agravios sustentados*”, CtIDH, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nº 255 vs. Argentina, Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y gastos, párrafo 119.

²⁸ Cfme. CtIDH, CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, Nº 97, párrafos 50 y 52.

María Pilar Llorens

previa y detallada de la acusación; derecho de defensa; derecho del inculpado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; derecho a recurrir el fallo, entre otros.

La Corte Interamericana considera que tanto el artículo 8.1 como el artículo 25 de la Convención consagran el derecho de acceso a la justicia; sin embargo, cada uno de ellos establece obligaciones diferentes: por un lado el artículo 8.1 de la Convención consagra el deber de los Estados de no *interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos*²⁹. Por otro lado, el artículo 25 establece el *la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales*³⁰.

El artículo 8 de la Convención Americana se encuentra referido al debido proceso y consecuentemente contiene una serie de garantías que tienen por objetivo asegurar que las personas estén en condiciones de defender sus derechos³¹. Ello implica que toda

²⁹ CtIDH; CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, Sentencia de Fondo, párrafo 50. En este sentido la Corte sostuvo: *Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al [...] artículo 8.1 de la Convención.*

³⁰ Cfme. CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, párrafo 52.

³¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y NEGRETE MORAYA, Alejandra: “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], en: Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial: *Jornadas itinerantes: El impacto de las Reformas Constitucionales de Amparo y Derechos Humanos en la labor jurisdiccional*, 2012. Disponible en web: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf> Último acceso: 25/07/2013., página 19.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

persona tiene derecho de ser oído con las debidas garantías, en un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos³². En este sentido la Corte en los casos argentinos ha tenido la oportunidad de examinar diversos componentes referidos al debido proceso.

Con relación al elemento del plazo razonable la Corte ha señalado que existen cuatro elementos esenciales³³ a la hora de evaluar si la duración de un proceso ha sido razonable o si por el contrario ésta ha vulnerado la garantía establecida en la Convención. Estos elementos son: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Vinculada estrechamente con la razonabilidad del plazo de duración de un proceso se encuentra la obligación de investigar los hechos que motivaron la causa. Para la Corte Interamericana se trata de una *obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas*

³² Cfme. CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 101, CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229., párrafo 133.

³³ Cabe destacar que el último elemento analizado por la Corte a la hora de determinar la razonabilidad del plazo de duración de un proceso, esto es la afectación de la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, es de reciente aparición en la jurisprudencia de este órgano judicial. Ello tuvo lugar con la sentencia dictada en el caso Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, razón por lo cual sólo encontramos este elemento en los casos posteriores a esa fecha: Forneron e hija, párrafo 66, Furlan y familiares, párrafo 152.

María Pilar Llorens

*de ninguna índole*³⁴ y como tal constituye un deber jurídico propio del Estado que no debe estar condenado de antemano a fracasar y por ende no debe ser asumido como una simple gestión de intereses particulares o que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares. La obligación de investigar se configura como una obligación de medios ya que se trata de una de las medidas positivas que debe adoptar el Estado para garantizar los derechos contemplados en la CADH, tal como lo establece el art. 1.1 de dicho cuerpo normativo³⁵; este deber del Estado persigue que éste asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención³⁶. La determinación de la verdad de lo ocurrido en caso de violaciones graves de los derechos humanos permite satisfacer las expectativas de las víctimas y de la sociedad en su conjunto así como se convierte en un modo de prevenir la impunidad así como la repetición de hechos similares³⁷³⁸; es por ello que además se debe

³⁴ CorteIDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, Nº 164, párrafo 90.

³⁵ CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100, párrafo 112, CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, Nº 229., párrafo 112.

³⁶ Cfme. CorteIDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, 2 de Febrero de 1996, Serie C, Nº 26, párrafo 72.

³⁷ CorteIDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, Nº 164, párrafo 90.

³⁸ En este sentido la Corte ha señalado que los jueces son los responsables de dirigir el proceso evitando que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad y consecuentemente a la frustración de la tutela de los derechos humanos. Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100, párrafo 115.N. Además ha sostenido que *son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos*, CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

garantizar que las víctimas de violaciones de derechos humanos, tanto como sus familiares tengan una amplia participación en los procesos judiciales³⁹.

Como se señalara, el artículo 25 de la CADH hace referencia a la garantía de un recurso judicial efectivo, en este sentido la Corte ha señalado que existen dos obligaciones concretas del Estado: la primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas; la segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. [...] Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución⁴⁰.

El objetivo de la garantía prevista en el artículo 25, es brindar una mayor seguridad y tutela de los derechos de la víctima al permitir un examen integral de la decisión recurrida y ampara *a todas las personas [...] contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de derechos y obligaciones de estas*⁴¹. Por lo tanto esta garantía constituye *uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención*

Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100, párrafo 116.

³⁹ Cfme. CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, Nº 229., párrafo 113.

⁴⁰ CorteIDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, Nº 246 y familiares, párrafo 209.

⁴¹ Cfme. Caso Furlán y familiares, párrafo 209 y CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nº 255, párrafo 83.

María Pilar Llorens

*Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención*⁴². Para que esta garantía funcione los Estados tienen el deber de proveer un recurso judicial efectivo a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones a los derechos humanos, que deben ser sustanciados de conformidad con las normas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción⁴³.

La Corte ha señalado que la garantía a un recurso judicial efectivo implica que estos recursos no sólo deben existir formalmente, sino que deben tener efectividad, permitiendo que la persona tenga una posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido contra cualquier resolución que vulnere un derecho⁴⁴, ya sea que se encuentre contenido en la Convención o bien reconocido en la

⁴² CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, párrafo 52, en el mismo sentido CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, N° 255, párrafo 82.

⁴³ Cfme. CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 103, CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229., párrafo 113; Caso Forneron e hija, párrafo 107, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, N° 255, párrafo, 82.

⁴⁴ En este sentido la Corte sostuvo que *no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia*. Cfme. Caso Forneron e hija, párrafo 107.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Constitución o una ley interna⁴⁵. Cabe destacar, que la efectividad de un recurso se relaciona con su capacidad de convertirse en el medio adecuado para procurar dar una respuesta al fin para el cual fue concebido⁴⁶ o para la corrección de la violación alegada y consecuentemente las causales de procedencia de dicho recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados en la sentencia⁴⁷; ello implica que la efectividad del recurso se relaciona directamente con la denegación del acceso a la justicia, ya que no se puede afirmar que la existencia de un recurso que no cumple con sus fines de solucionar el litigio no pueda ser considerado efectivo.

De las afirmaciones precedentes se desprende que el derecho de acceso a la justicia es fundamental para la adecuada garantía y funcionamiento del derecho de defensa, así como para la determinación de la verdad en relación con los hechos que motivaron las violaciones de los derechos humanos que se examinan. En consecuencia el Estado debe realizar todas las adecuaciones que sean pertinentes para evitar que este derecho sea violado.

⁴⁵ Cfme. CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97, párrafo 52, CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 102, CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229., párrafo 113, Caso Forneron e hija, párrafo 107, CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, N° 255, párrafo 82 y 101.

⁴⁶ Cfme., CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, N° 255, párrafo 99.

⁴⁷ Cfme., CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, N° 255, párrafo 100.

María Pilar Llorens

2. Libertad personal

Otro de los derechos contemplados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos es el relativo a la libertad personal. Este derecho puede verse afectado de diversos modos, pero uno de ellos destaca por sobre los otros puesto que la afectación proviene del propio aparato estatal: esto es la detención arbitraria. Sobre este aspecto la Corte ha tenido la oportunidad de verter algunas consideraciones al resolver los casos argentinos.

Es así que la Corte ha señalado que si bien el Estado tiene la facultad y la obligación de garantizar su seguridad y mantener el orden público, este poder no es ilimitado: la actuación estatal está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos y la consecuente observancia de los procedimientos legales previstos en el ordenamiento jurídico interno de un Estado⁴⁸, siempre que esta normativa se adecue a los parámetros de la CADH⁴⁹. Estos procedimientos legales determinan los requisitos materiales (causas expresamente tipificadas) y formales (procedimientos objetivamente definidos en la norma) que deben ser cumplidos para aplicar una medida o sanción privativa de la libertad⁵⁰.

⁴⁸ Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párrafo 124, CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 54, CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229., párrafo 69.

⁴⁹ Cfme. CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, N° 229., párrafo 76.

⁵⁰ Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párrafo 125.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

A los fines de garantizar la legalidad de la medida y consecuentemente impedir detenciones ilegales o arbitrarias se requiere que exista un control judicial inmediato⁵¹. Esta revisión judicial debe realizarse sin demora y de forma tal de garantizar el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido⁵². Además es necesario que los establecimientos carcelarios cumplan con ciertos estándares mínimos que aseguren los derechos y garantías de los detenidos, entre estos estándares se encuentra la obligatoriedad de contar con un registro de detenidos; ello también permite controlar la legalidad de las detenciones⁵³.

Es posible destacar que la Corte al tratar cuestiones vinculadas con la libertad personal se ha preocupado por poner de manifiesto cuáles son los límites al ejercicio del poder estatal y cuáles son los mecanismos que el Estado debe adoptar para proteger y garantizar este derecho conforme a los estándares previstos en la CADH. Ello en el entendimiento de que es el Estado quien tiene la obligación de adoptar las medidas pertinentes para garantizar los derechos contemplados en la CADH así como el que se encuentra en mejores posibilidades para hacerlo.

⁵¹ Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párrafo 129, CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 63.

⁵² Cfme. CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, N° 187, párrafo 67.

⁵³ Cfme. CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párrafo 132.

María Pilar Llorens

IV. Consideraciones finales

A través de estas breves reflexiones se ha buscado examinar y señalar los elementos más relevantes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos en los que la República Argentina ha sido parte. Este análisis, dada la extensión del trabajo, ha supuesto un importante recorte sobre las consideraciones de la Corte acerca de los derechos examinados en cada caso concreto.

En este sentido se han seleccionado aquellos temas que por repetición en dos o más casos representaban una postura constante de la Corte Interamericana. Es así que en los aspectos procesales se ha destacado el accionar argentino en el reconocimiento parcial de su responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos ya que ello implica una evolución en la respuesta del Estado ante reclamos por violaciones de derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos y supone un paso importante para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

También se ha destacado la posición de la Corte en relación con la valoración de los medios de prueba señalando la trascendencia que le otorga a las nuevas tecnologías en este campo como mecanismos facilitadores y favorecedores del desarrollo del proceso judicial internacional. En consecuencia supone poner de relieve la importancia de la tecnología en el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos.

Con relación a los aspectos sustanciales sólo se han destacado dos cuestiones que se encuentran íntimamente ligadas. Por un lado la relativa al derecho de acceso a la justicia y por el otro la relativa a la protección de la libertad personal. Ambas cuestiones tienen especial trascendencia debido al papel que juega el Poder

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Judicial argentino tanto en las conductas que producen la violación de estos derechos protegidos por la Convención Americana como en su protección. Consecuentemente la selección de estos temas obedece a la necesidad de evaluar el papel de los tribunales argentinos en el proceso de protección de los derechos humanos. En una primera aproximación se puede sostener que los tribunales argentinos son los responsables de numerosas violaciones de derechos humanos por las cuales Argentina ha sido declarada responsable internacionalmente. Sin embargo, estos mismos pronunciamientos internacionales han permitido la adecuación de la legislación argentina y consecuentemente mejorar los sistemas de prestación de justicia; ello implica que si bien la dinámica propia del Poder Judicial argentino ha permitido la violación de derechos humanos consagrados en la Convención, también esta dinámica ha permitido incorporar modificaciones tendientes a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito interno y consecuentemente en el ámbito interamericano.

En consecuencia es posible destacar que el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es posible gracias a la interacción que existe entre los diversos sujetos de éste principalmente a través de los procesos contenciosos. Ello debido a que la Corte señala las pautas de conducta que deberían seguir los Estados y por lo tanto fija los estándares deseables en el Sistema y por otro lado son los Estados quienes adoptan todas las medidas pertinentes para que logran una adecuación plena a lo preceptuado por la Convención Americana de Derechos Humanos.

María Pilar Llorens

V. Bibliografía

AGUIAR, Asdrúbal: La libertad de expresión: ¿Piedra angular de la democracia? La Ley 2008 - D, 483.

ALICE, Mauricio: *El sistema jurídico interamericano*, Instituto de Servicio Exterior de la Nación, Buenos Aires, 2006, pp. 203.

ALTERIO, Ana Micaela: Los (des) incentivos económicos para facilitar el acceso a la justicia. Una crítica desde el análisis económico del derecho. La Ley Gran Cuyo 2009 (febrero), 6.

ANCAROLA, Gerardo: Libertad de prensa - Un controvertido fallo de la Corte Suprema. La Ley 1999 - B, 103.

ARIAS CAU, Esteban J. K.: La responsabilidad civil por la publicación de noticias inexactas. DJ 09/02/2011, 6.

AROZA, José M.: La ley 24.432 o de cómo la Nación ha pretendido limitar los honorarios de los abogados... Y nuestra Corte abrió la puerta en la provincia. La Ley Buenos Aires 2004, 571.

ASOREY, Rubén O. y GOZAÍNI, Osvaldo A.: La tasa de justicia como obstáculo para el acceso a la justicia. La Ley 2003 - D, 1278.

FINOCCHIARO, Enzo: Responsabilidad internacional del Estado por violar el derecho a la libertad de expresión periodística. La Ley, 09/02/2012, 4.

GARCÍA, Luis M.: Boogie del preso. Cuando la Argentina hace bailar a los niños debe hacerse cargo del costo del baile: La sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Walter David Bulacio. La Ley 2004-A, 682.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y NEGRETE MORAYA, Alejandra: “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [En línea], en: Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial: *Jornadas itinerantes: El impacto de las Reformas Constitucionales de Amparo y Derechos Humanos en la labor jurisdiccional*, 2012. Disponible en web:

⟨<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>⟩ Último acceso: 25/07/2013.

GELLI, María A.: El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso “Bayarri” en un dictamen de la Procuración General de la Nación. *La Ley* 01/06/10,1.

GONZÁLEZ PONDAL, Tomás I.: La responsabilidad del Estado frente a un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *RCyS* 2008, 525.

JULIANO, Mario A.: Libertad de expresión vs. protección de la honra. *La Ley* 2009-A, 110.

MÁRQUEZ URTUBEY, Luis Oscar: La Corte Interamericana en el caso “Bulacio” y los derechos de las víctimas. *La Ley, Suplemento Actualidad* 27/09/2005, 1.

PEREZ SOLLA, Ma. Fernanda: El Estado Argentino ante la Corte Interamericana. El caso “Garrido y Baigorria” - El caso “Garrido y Baigorria”. *La Ley* 1999 - C, 489.

RAYA DE VERA, Eloísa B.: Las reparaciones espaciales en el caso “Torres Millacura” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *RCyS* 2012-II, 237.

María Pilar Llorens

SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina: El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú, Perú, 2012, pp. 375. Disponible en web:

⟨http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf⟩

SCHIANI, María M.: Los delitos contra el honor a partir de la reforma introducida por la reforma de la ley 26.551. DJ 12/10/2011, 93.

SILBERBERG, Cecilia: “El Sistema Interamericano” en PAGLIARI, Arturo S. (Coord.) *Temas de Doctrina y Jurisprudencia en el Derecho Internacional Público*, Advocatus, Córdoba, 2009, pp. 131-150.

TAZZA, Alejandro O. y CARRERAS, Eduardo: Los nuevos delitos de calumnias e injurias. s.d.

TRUCCO, Marcelo F.: La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Ley 28/12/2011.

VENTURA ROBLES, Manuel: “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad” [En línea] en: OACDH: *Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho*, OACDH, 2005. Disponible en:

⟨www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaMventura.doc⟩ Último acceso: 20/06/2013.

YACOBUCCI, Guillermo J.: Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo “Espósito” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). La Ley 2005-C, I.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

CASOS:

CorteIDH, “Caso Maqueda vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 17 de enero de 1995, Serie C, Nº 18. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_18_esp.doc

CorteIDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, 2 de Febrero de 1996, Serie C, Nº 26. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_26_esp.pdf

CorteIDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Sentencia de Reparaciones y Costas, 27 de agosto de 1998, Serie C, Nº 39. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf

CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 7 de septiembre de 2001, Serie C, Nº 85. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_85_esp.pdf

CorteIDH, “Caso Cantos vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2002, Serie C, Nº 97. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf

CorteIDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, Serie C, Nº 100. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

CorteIDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 11 de mayo de 2007, Serie C, Nº 164. Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_164_esp.pdf

María Pilar Llorens

CorteIDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, Nº 177. Disponible en web:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf⟩

CorteIDH, Caso “Bayarri vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y costas, 30 de octubre de 2008, Serie C, Nº 187. Disponible en web:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf⟩

CorteIDH, “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y costas, 26 de agosto de 2011, Serie C, Nº 229. Disponible en web:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_229_esp.pdf⟩

CorteIDH, “Caso Grande vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, 31 de agosto de 2011, Serie C, Nº 231. Disponible en web:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_231_esp.pdf⟩

CorteIDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nº 238. Disponible en web:

⟨http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf⟩

CorteIDH, “Caso Forneron e hija vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, Serie C, Nº 242. Disponible en web:

⟨http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf⟩

CorteIDH, “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, Nº 246. Disponible en web:

⟨http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf⟩

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

CorteIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2012, Serie C, Nº 255. Disponible en web:

⟨http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf⟩

NACIONES UNIDAS Y EL TERRORISMO INTERNACIONAL
EN EL SIGLO XXI, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA
REPÚBLICA ARGENTINA

UNITED NATIONS AND INTERNATIONAL TERRORISM IN
THE TWENTY-FIRST CENTURY, WITH SPECIAL REFERENCE
TO ARGENTINA

*Diego García Montaña**

Resumen: Los episodios del 11 de septiembre del 2001 en EE.UU. produjeron un cambio definitivo en el enfoque normativo y político sobre el tema del terrorismo internacional. El presente trabajo tiene por objetivo exponer los principales documentos destinados a prevenir y combatir este flagelo, emanados de Naciones Unidas a partir del año 2005, con especial referencia a la República Argentina. Tomamos en cuenta desde el año 2005 y hasta nuestros días, porque creemos que es el período en el que los objetivos y las respuestas de la comunidad internacional al fenómeno del terrorismo internacional, aparecen como más reposados, reflexivos y equilibrados que en épocas inmediatamente anteriores. En nuestra investigación, se analizan: el Documento Final de la Cumbre Mundial (2005); la Estrategia Global de la ONU contra el Terrorismo y su Plan de Acción, el que se cimienta en los denominados Cuatro Pilares (2006); los Avances en la Estrategia Global y el Informe del Secretario General (2012); el Informe de la Argentina sobre la aplicación de la Estrategia (2012). Finalmente, las conclusiones sobre todo lo manifestado.

* Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; egresado del *William J. Perry Center of Hemispheric Defense Studies* (2009-2011), *National Defense University*, Washington D.C.; e-mail: diegogmont@yahoo.com.ar

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Palabras - clave: Terrorismo – Naciones Unidas – Prevención – Combate – Argentina.

Abstract: The September 11 episodes in USA, 2001, produced a definite change in the regulatory and political focus on the issue of international terrorism. The aim of this paper is to present the main documents to prevent and combat this scourge, UN emanating from the year 2005, with special reference to Argentina. We take into account the period starting on 2005 and until today, because we believe that in this period the objectives and responses of the international community to the phenomenon of international terrorism, appear more sedate, reflective and balanced than in immediately preceding periods. In our research, we analyze: the Final Document of the World Summit (2005), the UN Global Strategy against Terrorism and its Action Plan, which is founded on the so-called Four Pillars (2006); Advances in Global Strategy and the Report of the Secretary-General (2012); the Argentina Report on the implementation of the Strategy (2012) and finally, the conclusions.

Keywords: Terrorism – United Nations – Prevention – Combat – Argentina.

SUMARIO: I. Introducción. - II. El Documento Final de la Cumbre del Milenio 2005. - III. La Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo. - IV. Los Cuatro Pilares. A. Primer Pilar: Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo. B. Segundo Pilar: Medidas para prevenir y combatir el terrorismo. C. Tercer Pilar: Medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de Naciones Unidas a ese respecto. D. Cuarto Pilar: Medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo. - V. Avances en la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo. - VI. El Informe del Secretario General. - VII. El Informe de la República Argentina. - VIII. Conclusiones.

Diego García Montaña

I. Introducción

Los actos criminales del 11 de septiembre del 2001 en los Estados Unidos produjeron un cambio definitivo en materia de análisis y estudio sobre el fenómeno del terrorismo internacional.

Desde el punto de vista jurídico y político, podríamos afirmar que en los años que ya han transcurrido desde aquellos condenables atentados, se pueden apreciar dos momentos: el primero que se extiende desde el mismo 11/S del 2001 y hasta el año 2005; y el segundo, que abarca desde el año 2005 hasta nuestros días.

Nuestra división temporal, tiene en cuenta el factor subjetivo de los actores internacionales involucrados en el asunto.

Así, desde el año 2001 al 2005 nos encontramos con que muchas de las medidas y resoluciones adoptadas por la comunidad internacional, responden al fragor de los acontecimientos que se van desarrollando en el instante mismo en el que suceden los hechos. La necesidad de dar pronta respuesta, muchas veces fue en detrimento de una adecuada respuesta normativa.

Este primer período, históricamente, comprende desde el 11/S como queda dicho, incluidas las denominadas Guerras contra el Terrorismo (Afganistán primero e Irak después), culminando con los atentados de Madrid y Londres¹.

La segunda etapa, que abarca desde el año 2005 hasta nuestros días, es un lapso en el que los objetivos y las respuestas de la comunidad internacional al fenómeno del terrorismo aparecen como más reposados, reflexivos y equilibrados.

¹ El primero de ellos ocurrido en España el 11 de marzo del 2004; y el segundo en Gran Bretaña, el 7 de julio del 2005.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Efectuadas estas precisiones, dejamos aclarado que nuestro trabajo se referirá a este último período, tomando como base los siguientes instrumentos: I) El Documento Final de la Cumbre Mundial 2005; II) La Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo y su Anexo que contiene el denominado Plan de Acción, el que se cimienta en Cuatro Pilares (2006); III) El Informe del Secretario General sobre los avances en la aplicación de la Estrategia y su Anexo (2012); y IV) El Informe presentado por la República Argentina sobre la aplicación de la Estrategia.

II. El Documento Final de la Cumbre Mundial 2005

Tras la reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno en septiembre del 2005², la AG aprobó la Resolución A/RES/60/I, en la que se reafirma la fe en los propósitos y principios de la ONU, en el Derecho Internacional³; en los valores fundamentales comunes: libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto a los DD.HH., entre otros⁴.

Se apela a la necesidad de contar con un sistema multilateral eficaz, ya que en el mundo globalizado, ningún Estado puede permanecer aislado⁵.

En el final de la parte introductoria, y con una redacción quizás demasiado optimista, establece que: “... *resolvemos crear un mundo más pacífico, próspero y democrático...*”⁶. ¿Cómo se va a lograr todo esto? Aportando soluciones multilaterales a los problemas en las

² Llevada a cabo en la Sede de la ONU en Nueva York, del 14 al 16 septiembre del 2005.

³ Parágrafo 2.

⁴ Parágrafo 4.

⁵ Parágrafos 6 y 7.

⁶ Par. 16.

Diego García Montaña

cuatro esferas siguientes: 1) Desarrollo; 2) Paz y Seguridad Colectiva; 3) Derechos Humanos e Imperio de la Ley; y, 4) Fortalecimiento de las Naciones Unidas⁷.

En cuanto a la primera esfera, Desarrollo, se pone énfasis en el compromiso para erradicar la pobreza y promover un crecimiento económico sostenido;⁸ por promover políticas de buen gobierno en todos los niveles;⁹ reafirmando que cada país debe asumir individualmente, la responsabilidad primordial de su propio desarrollo¹⁰.

Resulta interesante destacar la cantidad de veces que se hace un llamamiento al sector privado como factor para obtener mejores resultados en cuanto al desarrollo de los Estados, particularmente aquellos más vulnerables¹¹.

Con relación a la segunda esfera, Paz y Seguridad Colectiva, se deja en claro que las disposiciones de la Carta de la ONU son suficientes para hacer frente a toda la gama de amenazas a la paz y seguridad internacionales, como asimismo la ratificación de la autoridad del Consejo de Seguridad para imponer medidas coercitivas¹². También se hace un reconocimiento expreso a la Asamblea General en su rol para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales¹³.

⁷ Par. 16 *in fine*.

⁸ Par. 19.

⁹ Par. 20.

¹⁰ Par. 22.

¹¹ Por ejemplo, ver pars., 22 e); 23 e); 24 d); 25 a) y c); 55 b); etc.

¹² Par. 79.

¹³ Par. 80.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Específicamente sobre el terrorismo¹⁴, el Documento expresa su más enérgica condena al mismo, independientemente de quien o quienes lo cometan o con qué propósitos lo realicen, y reitera que el terrorismo constituye una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales¹⁵.

Insiste en la necesidad de llegar a un acuerdo para poder concretar un viejo anhelo, cual es el de concretar un convenio general sobre el terrorismo internacional en un corto plazo¹⁶, e incluso declara que se podría considerar la posibilidad de convocar a una conferencia de alto nivel, bajo los auspicios de la ONU, para dar una respuesta internacional al terrorismo en todas sus formas y manifestaciones¹⁷.

Hace un llamamiento a los Estados para que se abstengan de organizar, financiar o alentar actividades terroristas¹⁸; también destaca la contribución vital en la cooperación regional y bilateral¹⁹; insta a la comunidad internacional a prestar asistencia a los Estados²⁰, como a las víctimas del terrorismo²¹.

III. La Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo

En el “*Documento Final de la Cumbre Mundial 2005*”²², los dirigentes más encumbrados del mundo, asumían el compromiso de

¹⁴ Parágrafos 81 al 91.

¹⁵ Par. 81.

¹⁶ Par. 83.

¹⁷ Par. 84.

¹⁸ Par. 86.

¹⁹ Par. 87.

²⁰ Par. 88.

²¹ Par. 89.

²² Véase A/RES/60/1.

Diego García Montaña

apoyar todos los esfuerzos encaminados a prevenir y combatir el terrorismo, respetando los propósitos y principios que emanan de la Carta de la ONU; lo cual hemos visto en apretada síntesis en el punto anterior.

Pero además, se le daba mandato a la Asamblea General para que estableciera sin demora, una estrategia para luchar contra el terrorismo.

Como consecuencia de ello, la AG en septiembre del año 2006 dictó la resolución 60/288, denominada “*Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo*”²³.

En el preámbulo, reafirma que los actos, métodos y prácticas terroristas, son operaciones que tienen por objetivo la destrucción de: los DD.HH., las libertades fundamentales y la democracia. Seguidamente, considera que el terrorismo “*no puede ni debe vincularse a ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico*”.

IV. Los Cuatro Pilares

El Anexo de la resolución A/RES/60/288 contiene el denominado Plan de Acción, el que se cimienta en cuatro pilares; los que veremos a continuación:

A. Primer Pilar: Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo

Se propone seguir fortaleciendo y aprovechando al máximo la capacidad de las Naciones Unidas, para mantener y preservar la paz. Hace un reconocimiento expreso en el sentido que la solución

²³ A/RES/60/288, del 20 de septiembre del 2006.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

pacífica de los conflictos contribuiría a fortalecer la lucha global contra el terrorismo²⁴.

Insta a seguir trabajando en todas las medidas que sean necesarias para prohibir por ley (interna de cada uno de los Estados), la incitación a cometer actos terroristas y prevenir las condiciones que favorecen su desarrollo²⁵.

Promueve aplicar y reforzar los programas de trabajo en materia de desarrollo e inclusión social, especialmente en lo relativo al desempleo de los jóvenes, ya que de esta forma se podrían reducir las posibilidades de que muchos de ellos se vean impulsados al extremismo o a su reclutamiento por parte de grupos terroristas²⁶.

Alienta la creación de sistemas nacionales de asistencia a las víctimas del terrorismo y sus familiares, como el fomento de la participación de la sociedad civil en una campaña mundial contra el terrorismo y su condena²⁷.

B. Segundo Pilar: Medidas para prevenir y combatir el terrorismo

Amonesta a los Estados para que se abstengan de organizar o colaborar con el terrorismo, y para que adopten todas las medidas suficientes a fin de que sus territorios no sean utilizados para facilitar instalaciones o campamentos de adiestramiento para tales fines²⁸.

²⁴ Pilar I, par. 1.

²⁵ Pilar I, par. 4.

²⁶ Pilar I, par. 6.

²⁷ Pilar I, par. 8.

²⁸ Pilar II, par. 1.

Diego García Montaña

Establece la necesidad de una sincera cooperación interestatal a los efectos de localizar, negar refugio y someter a la acción de la justicia (extradición o enjuiciamiento), a toda persona que apoye, facilite o participe en actos de terrorismo o en su tentativa²⁹.

Promueve la intensificación de planes para la coordinación y cooperación entre los Estados, en aquellos delitos que puedan guardar relación directa con el terrorismo: narcotráfico, comercio ilícito de armas, blanqueo de capitales y contrabando de materiales altamente peligrosos (nuclear, químico, biológico, radiológico, otros materiales potencialmente letales)³⁰.

Entiende la imperiosa necesidad de coordinar esfuerzos con la ONU, para luchar contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones a través de Internet³¹.

Propone intensificar los controles fronterizos y aduaneros³², seguir de cerca el régimen de sanciones contra *Al Quaida* y los talibanes, en virtud de las resoluciones emanadas del CdeS. relativos a esas organizaciones³³; mejorar la seguridad en la fabricación y expedición de documentos de identidad y de viaje³⁴.

²⁹ Pilar II, par. 2.

³⁰ Pilar II, par. 5.

³¹ Pilar II, par. 12 *a*.

³² Pilar II, par. 13.

³³ Pilar II, par. 15.

³⁴ Pilar II, par. 16.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

C. Tercer Pilar: Medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de Naciones Unidas a ese respecto

Se reconoce que para llevar adelante una lucha eficaz contra el terrorismo, es necesario que los Estados, considerados individualmente, se fortalezcan para poder de esta forma dar la batalla a nivel global. Entre otras medidas, se resuelve adoptar las siguientes:

. Alentar a los Estados que tengan suficiente capacidad económica, para que hagan contribuciones voluntarias a los proyectos de la ONU sobre cooperación y asistencia técnica contra el terrorismo³⁵.

. La AG considera también la posibilidad de recurrir al sector privado a los efectos de conseguir contribuciones para programas de fomento, en particular en las esferas de seguridad portuaria, marítima y de la aviación civil³⁶.

En este pilar se toma en cuenta la posibilidad de que los Estados hagan reuniones periódicas, intercambios frecuentes sobre cooperación y asistencia técnica ya con la ONU o con otros organismos especializados³⁷; se acoge con beneplácito la iniciativa del Secretario General de crear un Equipo Especial para la lucha contra el terrorismo³⁸.

³⁵ Pilar III, par. 1.

³⁶ Pilar III, par. 1 *in fine*.

³⁷ Pilar III, par. 4.

³⁸ Pilar III, par. 5.

Diego García Montaña

Se alienta a seguir con sus esfuerzos al Comité contra el Terrorismo y su Dirección Ejecutiva³⁹; a la Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito, incluida la Subdivisión de Prevención del Terrorismo⁴⁰; al FMI, al Banco Mundial, a la Organización Internacional de Policía Criminal, para ayudar al los Estados en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo⁴¹; al OIEA y a la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas, a los efectos de que los Estados puedan impedir el acceso de los terroristas a materiales nucleares, químicos o radiológicos⁴².

Se alienta asimismo a la OMS a seguir prestando asistencia técnica, a fin de: "...prevenir los atentados terroristas con armas biológicas y preparase para ellos"⁴³.

Si se presta atención a la manera en la que está redactado el párrafo anterior, se podrá notar que la AG da por supuesto que si hay que *preparase*, es porque hay evidencia de que esos episodios, más temprano o más tarde; sucederán. Ya no es ciencia ficción, es la pura realidad de la comunidad internacional del siglo XXI.

En el último párrafo de este pilar, se hace un llamamiento a los Estados y a las Organizaciones Internacionales involucradas, a fin de que determinen y den a conocer las mejores prácticas para la prevención de los atentados terroristas contra objetivos especialmente vulnerables.

³⁹ Pilar III, par. 6.

⁴⁰ Pilar III, par. 7.

⁴¹ Pilar III, par. 8.

⁴² Pilar III, par. 9.

⁴³ Pilar III, par. 10.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Nuevamente, se hace un reconocimiento sobre la importancia de que se emprendan iniciativas conjuntas entre los sectores público y privado⁴⁴.

D. Cuarto Pilar: Medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el imperio de la ley como base fundamental de la lucha contra el terrorismo

Se pone de manifiesto que las medidas adoptadas para combatir al terrorismo, no deben ser óbice para la protección de los DD.HH. De hecho, se complementan y refuerzan mutuamente.

El marco básico es el contenido en la resolución 60/158 de la AG, y que se conoce como: “*Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo*”⁴⁵.

Se solicita enfáticamente a los Estados para que, sin demora, sean partes en los instrumentos internacionales básicos en materia de Derechos Humanos; como asimismo para que acepten la competencia de los órganos internacionales y regionales entendidos en la materia⁴⁶.

Se les pide a los Estados que hagan todo lo posible para establecer y mantener un sistema de justicia penal eficaz, incluido el tema de *aut dedere aut judicare*.

Se insta a los Estados para que tipifiquen los actos de terrorismo en sus legislaciones internas, como delitos graves⁴⁷.

⁴⁴ Pilar III; par. 13.

⁴⁵ Pilar IV, par. 1.

⁴⁶ Pilar IV, par. 3.

⁴⁷ Pilar IV, par. 4.

Diego García Montaña

Se solicita apoyo estatal efectivo para el fortalecimiento del Alto Comisionado de la ONU en materia de DD.HH. Dice textualmente: “La Oficina debería seguir desempeñando una función rectora en el examen de la cuestión...”⁴⁸.

V. Avances en la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo

Ante la petición formulada por los Estados miembros al Secretario General, en el sentido de que éste realizara un examen detallado de los logros de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo⁴⁹; el Secretario presentó en el año 2012 el denominado “*Informe del Secretario General*”⁵⁰, sobre los avances realizados en la aplicación de la estrategia.

Dicho documento está dividido en ocho secciones⁵¹ y un anexo, en el que se recoge la información recibida de los Estados Miembros, las organizaciones regionales y subregionales y otras

⁴⁸ Pilar IV, par. 7.

⁴⁹ A/RES/64/297.

⁵⁰ A/66/762.

⁵¹ I) Introducción; II) Aplicación holística e integrada de la Estrategia; III) Medidas para hacer frente a las condiciones que propician la propagación del terrorismo; IV) Medidas para prevenir y combatir el terrorismo; V) Medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de las Naciones Unidas a ese respecto; VI) Medidas para asegurar el respeto de los derechos humanos para todos y el estado de derecho como base fundamental de la lucha contra el terrorismo; VII) Recomendaciones para el futuro; VIII) Conclusión.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

organizaciones competentes sobre la aplicación de la Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo⁵².

Nos avocaremos primeramente a efectuar un análisis general del Informe para luego examinar la documentación remitida por Argentina, respecto de la aplicación de la Estrategia en nuestro país.

VI. El Informe del Secretario General

En este documento se pone de manifiesto, una vez más, que para lograr éxito en materia de lucha contra el terrorismo la responsabilidad recae, principalmente, en los Estados⁵³.

Pone especial énfasis en las tareas desarrolladas por el “Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo”⁵⁴, destacando que en la actualidad (2012) agrupa a 31 entidades desde adentro y afuera del sistema de Naciones Unidas.

Luego agrega: “La diversidad de las entidades que forman parte del Equipo Especial es reflejo del amplio alcance de la Estrategia. Esa variedad de experiencia también contribuye... para aplicar de manera integral y equitativa los cuatro pilares de la Estrategia”⁵⁵.

En otra sección, no exenta de cierto triunfalismo, describe: “El excepcional alcance de la Estrategia de las Naciones Unidas contra el

⁵² El Anexo está dividido en dos partes: A) Estados Miembros; y B) Organizaciones regionales y subregionales y otras organizaciones pertinentes.

⁵³ Informe, par. 4.

⁵⁴ A/RES/64/235. En el año 2009, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió darle forma institucionalizada al denominado: “Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo.

⁵⁵ Informe, par. 5.

Diego García Montaña

*terrorismo pone de manifiesto que el terrorismo afecta a todos los aspectos de la sociedad...*⁵⁶.

Con el fin de mejorar la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo, el Secretario General organizó un Simposio de Alto Nivel, al que asistieron más de 500 participantes en representación de todos los miembros de la ONU⁵⁷. Los concurrentes destacaron la necesidad de aplicar un enfoque multi-dimensional, amplio e integrado, para la lucha contra el terrorismo.

El Simposio se centró en cuatro temas: 1) Promoción del diálogo y del entendimiento y de medidas para contrarrestar la atracción por el terrorismo; 2) Fortalecimiento de las medidas para hacer cumplir la ley y desarrollar la capacidad; 3) El papel de las organizaciones regionales en la promoción de la cooperación en la lucha contra el terrorismo; y 4) promoción de los derechos humanos y el estado de derecho en la lucha contra el terrorismo⁵⁸.

Se recomienda la necesidad de crear una cultura de diálogo y entendimiento entre todos los grupos, para prevenir el terrorismo⁵⁹; la importancia de los organismos regionales y subregionales, para avanzar en las sinergias entre la Estrategia global y las estrategias regionales y nacionales⁶⁰; se destaca el importante papel que juegan los medios de comunicación, en particular el apoyo a las iniciativas para rebatir los argumentos del terrorismo⁶¹.

⁵⁶ Informe, par. 8.

⁵⁷ Informe, par. 9.

⁵⁸ Informe, par. 10.

⁵⁹ Informe, par. 11.

⁶⁰ Informe, par. 12.

⁶¹ Informe, par. 13.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Un logro importante es la puesta en marcha del “*Centro de Naciones Unidas contra el Terrorismo*”, financiado por el Reino de Arabia Saudita durante los tres primeros años⁶².

Es para destacar la cobertura que el Secretario General quiere ofrecerles a las víctimas del terrorismo y el fomento de la solidaridad internacional con ellos⁶³. En este sentido, se proclamó el 19 de agosto como el “*Día Internacional de Conmemoración y Homenaje a las Víctimas del Terrorismo*”⁶⁴.

En cuanto al diálogo y el entendimiento entre las diferentes culturas, la UNESCO presentó varias iniciativas de capacitación docente, a través de diversos manuales, en los que se incorpora un enfoque multidimensional, basado en los principios de tolerancia y entendimiento mutuo⁶⁵.

Dentro del marco del Equipo Especial, se destaca la creación del “Centro de Políticas para Contrarrestar la Atracción del Terrorismo del Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia (UNICRI)”, establecido en junio del 2010 y cuyo objetivo es prevenir la radicalización y el reclutamiento de terroristas y que también se dedica a separar, rehabilitar y reintegrar en la sociedad a las personas vinculadas con el terrorismo⁶⁶.

⁶² Ver: A/RES/66/10

⁶³ Informe, par. 30.

⁶⁴ El 16 de junio del 2011el Consejo de Derechos Humanos propuso, mediante la Res. 17/8 que se proclamara dicho acto conmemorativo.

⁶⁵ Informe, pars. 36 al 41.

⁶⁶ Informe, par. 42. El nombre correcto debería ser: “Centro de Políticas para Contrarrestar la Atracción *por el* Terrorismo”.

Diego García Montaña

UNICRI lleva adelante el proyecto titulado: “*Separación y rehabilitación de extremistas violentos y terroristas*”⁶⁷. Además, el Instituto ha producido dos documentales sobre terroristas arrepentidos: “*The Terrorist Who Came Home*” y “*Second Chance*”. Estos documentales tienen como finalidad explicar a las comunidades vulnerables y al público en general, los motivos por los cuales una persona puede devenir en terrorista. Las películas se produjeron en asociación con los gobiernos de Argelia y de Arabia Saudita⁶⁸.

Por otra lado, se hace hincapié en las disposiciones para hacer frente al uso de Internet con fines terroristas⁶⁹; las medidas para prevenir y combatir el terrorismo⁷⁰, las que incluyen: el fortalecimiento de los instrumentos jurídicos estatales e internacionales, la prevención de ataques con armas de destrucción masiva y respuesta a ellos e interdicción del tráfico ilícito, la lucha contra la financiación del terrorismo, medidas para mejorar el transporte, etc.

Otras acciones destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir y luchar contra el terrorismo, y para fortalecer el papel del sistema de la ONU⁷¹, son: asistencia jurídica; desarrollo de la capacidad para prevenir la proliferación de armas de destrucción en masa y responder a los ataques perpetrados con ellas; asistencia para la seguridad del transporte y el control de fronteras; protección de objetivos vulnerables y participación del sector privado; y mejora en el intercambio de información entre el Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo y otros recursos de esa lucha.

⁶⁷ Informe, par. 43.

⁶⁸ Informe, par. 44.

⁶⁹ Informe, par. 46.

⁷⁰ Informe, pars. 52 al 81.

⁷¹ Informe, pars. 82 al III.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Respecto de las medidas para asegurar el respeto de los DD.HH. y del Estado de Derecho como base fundamental en la lucha contra el terrorismo⁷², se vuelve a insistir en que el respeto de los Derechos Humanos y del Estado de Derecho es fundamental para combatir al terrorismo.

Aparece una crítica con relación al régimen de sanciones selectivas del Consejo de Seguridad y otras prácticas que obstaculizaban el derecho a un juicio justo, como, por ejemplo, la información procedente de los servicios de inteligencia en los procesos de justicia penal⁷³.

Por último, y dentro de las denominadas: “*Recomendaciones para el futuro*”⁷⁴, el Secretario General propone: el nombramiento de un Coordinador de la ONU para la lucha contra el terrorismo; la elaboración de planes nacionales y regionales para la aplicación de la Estrategia; fortalecimiento de las medidas de creación de capacidad; fomento de la cooperación internacional; y el fortalecimiento de la solidaridad internacional con las víctimas del terrorismo.

VII. El Informe de la República Argentina

Veintiséis países, conjuntamente con otras organizaciones internacionales, remitieron sus informes sobre la aplicación de la Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo⁷⁵.

Nos avocaremos a hacer una descripción sobre los aspectos principales de la normativa legal establecida en nuestro país para la prevención y el combate del terrorismo internacional.

⁷² Informe, pars. 112 a 121.

⁷³ Informe, par. 113.

⁷⁴ Informe, pars. 122 al 133.

⁷⁵ Anexo a la A/66/762.

Diego García Montaña

El Anexo destaca que en Argentina los actos de terrorismo son punibles conforme a las disposiciones vigentes del Código Penal. Tales conductas están previstas en los instrumentos internacionales vigentes.

Los artículos aplicables a la figura de incitación al terrorismo son: “instigación a cometer delitos” (art. 209), “apología del crimen (art. 213), e intimidación pública (art. 212). También lo preceptuado por el Cap. V del Código Penal: “Otros atentados contra el orden público” (art. 213), recientemente incorporado, que penaliza la participación en agrupaciones cuyo objetivo sea imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el terror⁷⁶.

Argentina ha ratificado 13 de los 14 instrumentos internacionales vinculados con el terrorismo; ha firmado el Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (que se encuentra en trámite de aprobación en el Congreso Nacional); y promueve la conveniencia de avanzar en la negociación de una convención general contra el terrorismo⁷⁷.

En el ámbito regional, Argentina es parte del Foro Especializado de Terrorismo (FET), dentro del MERCOSUR y recibe capacitación y actualización a través de seminarios y talleres dictados por el Comité Interamericano Contra el Terrorismo (CICTE), dependiente de la OEA⁷⁸.

La Comisión Nacional de Refugiados (CONARE) creada en el año 2006, se encarga entre otras cuestiones, de considerar la aptitud o no de un solicitante, ante un pedido de refugio en el país.

⁷⁶ Anexo, Argentina, par. 3.

⁷⁷ Anexo, Argentina, par. 4.

⁷⁸ Idem, par. 5.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

De particular importancia práctica resulta la aplicación de la cláusula de exclusión contenida en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, ante situaciones en las que haya motivos fundados para considerar que un peticionante ha cometido actos terroristas, en cuyo caso no se procederá a darle refugio⁷⁹.

Con motivo de las 49 recomendaciones formuladas por el Equipo de Acción Financiera, nuestro país creó la Unidad Fiscal para la Investigación de los Delitos de Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo, como complementario de las medidas adoptadas por la Unidad de Información Financiera.

En el año 2007 se creó la Agenda Nacional para la Lucha contra el Lavado de Activos y la Financiación del Terrorismo⁸⁰.

Desde diciembre del 2010 la UIF coordina y representa a la Argentina ante el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), el Grupo de Acción Financiera de América del Sur (GAFISUD) y el Grupo de Expertos en Lavado de Dinero de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas (LAVEX-CICAD), dependiente de la OEA⁸¹.

A partir del año 1996 el Comando Tripartito de la Triple Frontera (Argentina-Brasil-Paraguay), desempeña una importante función para el intercambio de información sobre actividades delictivas en dicha zona⁸².

Periódicamente, la Cancillería Argentina comunica a los organismos correspondientes las listas actualizadas de aquellas

⁷⁹ Idem, par.6.

⁸⁰ Idem, par.7.

⁸¹ Idem, par.8.

⁸² Idem, par. 11.

Diego García Montaña

personas o entidades que podrían estar sujetas al régimen de sanciones establecido en las Res. del CdeS.: 1988 (2011) y 1989 (2011), de conformidad con lo dispuesto en la Res. 1267 (1999)⁸³.

La Dirección Nacional del Registro de las Personas (RENAPER), desde el año 2009 viene realizando un proceso de modernización, digitalización e informatización tanto en los documentos de identidad, como en los de viaje. De esta manera, los nuevos DNI como los pasaportes, se ajustan a las medidas internacionales para evitar su falsificación, con características que se ajustan a las recomendaciones de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI)⁸⁴.

El Secretario General subraya el hecho de que la Argentina haya ratificado y aplique todas las convenciones relacionadas con el terrorismo, es decir, los principales instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos; Derecho Internacional de Refugiados y Derecho Internacional Humanitario.

Por otra parte, Argentina ha aceptado la competencia de diversos organismos de control de los tratados, vg., la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, etc.⁸⁵.

El Secretario General reconoce a nuestro país por todos los esfuerzos y recursos utilizados para investigar y enjuiciar a los responsables de dos gravísimos (sic) atentados provocados por el terrorismo internacional perpetrados en Buenos Aires, uno contra la

⁸³ Idem, par. 12

⁸⁴ Idem, par. 13.

⁸⁵ Idem, par. 15.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Embajada de Israel (1992), y el otro contra la Asociación Mutual Israelita Argentina AMIA) (1994)⁸⁶.

En lo que concierne a la tipificación de los actos de terrorismo, el Informe presentado por Argentina señalaba que la Ley 26.268 del año 2007, había incorporado a las Asociaciones ilícitas terroristas y a la financiación del terrorismo en su orden normativo (CP Argentino, Cap. VI, Tít. VIII y los arts. 213 ter y 213 quáter)⁸⁷.

Por Ley 26.734, se derogaron los artículos 213 ter y 213 quáter, se renumeraron los artículos 306 a 309 del Código Penal y, lo más destacable, se incorpora el artículo 41 *quinquies*⁸⁸.

Artículo 41 *quinquies*: “*Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo.*”

Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional”.

El Informe menciona además, la Ley 25.246 para la: “Prevenición del Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo”; y La Ley 26.683, promulgada en el 2011, que modifica el Código Penal Argentino, al perfeccionar el tipo penal correspon-

⁸⁶ Idem, par. 16.

⁸⁷ Idem, par. 17.

⁸⁸ Publicada en el Boletín Oficial con fecha 28/12/11.

Diego García Montaña

diente al lavado de dinero, cuando incorpora los denominados “Delitos contra el orden económico y financiero”⁸⁹.

Se crea el “Programa Nacional de Monitoreo de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo”, del año 2011, que es una iniciativa adicional para dar cumplimiento a las recomendaciones del GAFI⁹⁰.

Estas son, en apretada síntesis las medidas concretas que el Estado Argentino se ha comprometido en tomar, para prevenir y combatir al terrorismo internacional, en el marco de la Estrategia promovida por Naciones Unidas.

VIII. Conclusiones

Como hemos visto, desde el año 2005 a la fecha, los esfuerzos de Naciones Unidas, de otras organizaciones internacionales y de algunos Estados, han desembocado en una numerosa normativa destinada a prevenir y combatir el terrorismo, lo cual es sumamente loable.

Hecha esta primera y necesaria aclaración, veamos algunas cuestiones sobre las que queremos manifestar algunas objeciones.

Cuando en la A/RES/60/288, en su parte introductoria se sostiene que: “... *los actos, métodos y prácticas de terrorismo en todas sus formas y manifestaciones constituyen actividades cuyo objeto⁹¹ es la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la democracia*”. ¿Significa que el terrorismo solamente atacaría a aquellos regímenes

⁸⁹ Idem, par. 18.

⁹⁰ Idem, par. 20.

⁹¹ “objetivo”, debería decir.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

cuya forma de gobierno sea la democrática y no a aquellos que tengan otra forma de gobierno?

Si esto fuera así, Estados como Arabia Saudita o China, por poner solamente dos ejemplos; ¿no serían o no podrían ser, *prima facie*, objeto de actos terroristas, ya que ambos Estados no son democráticos?⁹².

Cuando acto seguido, en la misma resolución se dice que el terrorismo no puede ni debe vincularse a ninguna religión, nacionalidad, civilización o grupo étnico⁹³; la realidad nos indica que una cosa son las palabras generosas, amplias y llenas de buenas intenciones, pero otra es la realidad en la que se desenvuelven los actores internacionales.

Que no haya que discriminar injustamente a ciertos pueblos o culturas, no quiere decir que en su propio seno no podrían estar germinando futuros grupos de terroristas. Desconocer esto sería mirar para el costado, ante los hechos de la realidad y de nuestra historia contemporánea.

En cuanto al Primer Pilar de la Estrategia, se pone especial énfasis en volcar todos los esfuerzos para insertar a los jóvenes del mundo en la vida laboral, ya que de esta forma no estarían tan expuestos para ser reclutados por el terrorismo.

⁹² Arabia Saudita ha sido el Estado que más apoyo económico y logístico ha brindado a la ONU para dar vida al “Centro de las Naciones Unidas contra el Terrorismo”, creado en virtud de la A/RES/66/10. Respecto de China, todos sabemos que es miembro permanente del Consejo de Seguridad, privilegio reservado para sólo cinco naciones del mundo. Tanto Arabia Saudita como China, no poseen sistemas democráticos.

⁹³ Preámbulo, párrafo 8.

Diego García Montaña

La realidad, otra vez la cruda realidad, indica en líneas generales, un grave retroceso en este punto. Piénsese en la gran crisis económica y laboral que atraviesa la UE en los últimos años y los peligros que ello conlleva potencialmente⁹⁴.

En el Segundo Pilar y con relación al uso de Internet, resulta paradójico el mensaje: por un lado se insta a coordinar esfuerzos para luchar contra el terrorismo en todas sus formas y manifestaciones en Internet⁹⁵; pero por otro lado, se promueve y alienta su utilización como instrumento para luchar contra la propagación del terrorismo⁹⁶.

Si no se establecen reglas mínimas acerca de cuándo la utilización de Internet deberá ser considerada beneficiosa para la comunidad internacional y cuándo no, una descripción así de laxa, no contribuirá a aclarar los términos y por el contrario, ayudará a crear más confusión.

En casi todos los documentos normativos transcritos, pero en particular en la A/RES/60/1, se hace un llamamiento al sector privado⁹⁷. Se debe ser sumamente cuidadoso al momento de promover al sector privado en ámbitos internacionales.

Recordemos que dicho sector podrá ayudar a algunos Estados, particularmente los más vulnerables, tanto desde el trazado de una simple alcantarilla, hasta una reconstrucción posbélica a gran escala.

⁹⁴ En España, por ejemplo, se calcula que más del 50% de los jóvenes se encuentran desempleados. Las cifras de Grecia no son mucho más alentadoras.

⁹⁵ Pilar II, par. 12 *a*.

⁹⁶ Pilar II, par. 12 *b*.

⁹⁷ Por ejemplo, véanse los siguientes párrafos: 22 e); 23 e); 24 d); 25 a y c); 55 b), entre otros.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Habrá que tener en cuenta siempre que los Estados, buscan o deberían buscar el bien común de sus ciudadanos; por el contrario, el sector privado, procurará optimizar sus ganancias.

Por último, y con relación a nuestro país, recordemos las expresiones del canciller argentino el 19 de septiembre del 2011 en la ciudad de Nueva York, en el: “Simposio del Secretario General sobre la Cooperación Internacional en la Lucha contra el Terrorismo”. Allí afirmaba que se hacía necesario efectuar una aproximación integral al problema del terrorismo, ya que era la única manera de tener alguna posibilidad de éxito contra aquel flagelo. Utilizando una figura idiomática, destacaba en definitiva que cuando se habla y se piensa acerca del terrorismo internacional “... se trata de un choque entre la humanidad del diálogo y la tolerancia, versus la humanidad del odio y la violencia”⁹⁸. En el caso particular de la Argentina, ratificaba la decisión de nuestro país con la Estrategia Global contra el Terrorismo encabezada por la ONU, como así también reiteraba la voluntad estatal por respetar, aplicar y cumplir con los principios y propósitos del organismo internacional. Paralelamente a la descripción de los atentados terroristas sufridos por Argentina en la última década del siglo XX,⁹⁹ el canciller estimaba que: “...el terrorismo internacional es posible gracias al sostén, o cuanto menos la complicidad de gobiernos nacionales. En forma abierta o insinuada, todavía se recurre al terrorismo como una herramienta de política exterior”¹⁰⁰.

⁹⁸ Véase la página:

http://www.un.org/es/terrorism/ctif/sg_symposium.shtml. Declaraciones del canciller de Argentina.

⁹⁹ El primero tuvo lugar el 17 de marzo del año 1992 en la Embajada de Israel en Buenos Aires; y el segundo, de fecha 18 de julio de 1994, en la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA).

¹⁰⁰ *Idem*, p.2.

Diego García Montaña

Finalmente, y si bien del Informe del Secretario General es formalmente favorable a la Argentina sobre la aplicación de la Estrategia global de Naciones Unidas contra el terrorismo¹⁰¹, no menos cierto es que en los últimos tiempos la realidad parecería indicar otra cosa.

Con relación al proyecto de Ley sobre blanqueo de capitales por parte de Argentina, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), advirtió que objetaría la iniciativa del Congreso, si tal ley entrara en vigor. Nuestro país es uno de los más celosamente monitoreados por el organismo intergubernamental, debido a la falta de avances concretos sobre las leyes de lavado de dinero, vinculadas directamente con el narcoterrorismo. El GAFI ya había hecho otro llamado de atención al gobierno argentino en el año 2009.

Ante la reforma judicial promovida por el gobierno central de la presidenta y conocida como: “Democratización de la Justicia”, la Relatora Especial sobre la Independencia de los Magistrados de las Naciones Unidas, la brasilera Gabriela Knaul, dijo que: “Hay un potencial riesgo de que se rompa la independencia judicial si avanza la reforma”, para agregar luego: “La Justicia no es un órgano político”¹⁰².

Como se podrá apreciar, las amonestaciones hacia nuestro país en temas tan candentes como terrorismo, lavado de dinero y otros conexos tienen suficiente entidad.

Creemos haber descrito desde estas líneas cuál ha sido el enfoque de Naciones Unidas a partir del año 2005 sobre la prevención y combate al terrorismo, con especial referencia al caso argentino.

¹⁰¹ A/66/762, ps. 32 a 34.

¹⁰² Cf. Diario La Voz del Interior del 03/05/13, p. 10-A.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Más allá de todas las falencias que el sistema pudiera presentar, algunas de las cuales nos hemos encargado de resaltar; lo cierto es que parecería que en la comunidad internacional actual, existe un cierto consenso para llegar a algunos acuerdos básicos en materia de terrorismo internacional.

MEDIDAS DE APLICACIÓN COACTIVA DEL DERECHO
INTERNACIONAL
LAS CONTRAMEDIDAS

COERCIVE IMPLEMENTING MEASURES OF INTERNATIONAL
LAW
COUNTERMEASURES

*Guillermo Daniel Costilla**

Resumen: El cumplimiento del derecho internacional por parte de los Estados requiere en ciertas oportunidades, la necesidad recurrir a medios de presión ejercido por otro Estados o varios de ellos; son éstas las denominadas medidas de aplicación coactiva del derecho internacional, también conocidas por el término general de “contramedidas”. Si bien la licitud o justificación de recurrir a estas medidas ha sido contemplada en el Proyecto sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Asamblea General de N.U. en el año 2001, su mayor reglamentación la encontramos en la actualidad en los sistemas regionales u organizaciones de fines específicos. Este trabajo analiza cada una de esas medidas coactivas, sus elementos, la vinculación con la responsabilidad internacional y el modo en que fueron interpretadas por la jurisprudencia internacional, y la práctica seguida por los Estados.

* El autor. es Abogado graduado en la Universidad Nacional de Córdoba, es Licenciado en Ciencia Política y Licenciado en Relaciones Internacionales graduado de ambas en la Universidad Católica de Córdoba. Es Master en Estudios Internacionales por la Universidad Autónoma de Barcelona (España) y actual profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: gcostilla@onenet.com.ar

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Palabras – Claves: Responsabilidad internacional – Solución pacífica de controversias – Aplicación coactiva del derecho internacional – Prohibición del uso de la fuerza – El acto ilícito – Eximentes de responsabilidad – Contramedida.

Abstract: The enforcement of international law by States required in certain situations, the need to resort to means of pressure exerted by other states or several of them, are these so-called coercive measures implementing international law, also known by the general term “countermeasures”. While the legality or justification to resort to these measures has been provided on the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts adopted by UN General Assembly in august 2001, the most regulation is found today in the regional systems or organizations for specific purposes. This paper examines each of these coercive measures, elements, links with international responsibility and the way they have been interpreted by international jurisprudence and practice of the States.

Keywords: International responsibility – Peaceful settlement controversies – Application coercive international law – Prohibition of the using force – The illegal act – Defences of responsibility – Countermeasure.

SUMARIO: I. Introducción. - II. Acerca de las medidas de aplicación coactiva. Sus principales características. - III. Las distintas clases de medidas. - IV. La recepción normativa. - V. La práctica actual.

I. Introducción

Entre los principios generales del derecho reconocidos por el derecho internacional (D.I.), encontramos aquel deber de los de Estados de *cumplir de buena fe las obligaciones internacionales*. Este principio, que es reconocido en forma unánime por la comunidad internacional, sería llevado en el Siglo XX al *status* de norma positiva del alcance universal con su inclusión en la Carta de las Naciones

Guillermo Daniel Costilla

Unidas y posteriormente en la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad a la Carta de las N.U. (Resolución de A.G. 2625 (XXV)).

En aplicación de este principio, la lógica del D.I. es que los Estados acatan voluntariamente sus deberes internacionales y solo en forma excepcional recurrirían a procedimientos coactivos para obligar a otro Estado a conformarse según las reglas del orden jurídico internacional. Pero entra en el terreno discrecional de las autoridades o representantes del Estado el apreciar si los derechos de éste, se encuentran afectados o vulnerados por comportamientos ilícitos de otro u otros Estados.

Se genera así una nueva relación jurídica, propia de la responsabilidad internacional, en la cual el Estado infractor como el lesionado, se encuentran en pie de igualdad al amparo del principio de igualdad soberana de los Estados¹.

Producida la violación de la norma, el deber o facultad de reacción le corresponde al Estado que se considera víctima del ilícito, con el fin de obtener el cese, revocar sus efectos u obtener la reparación de sus consecuencias. Descartado el “uso de la fuerza” o el “recurso a la guerra” como primera medida sancionatoria, la primera reacción del Estado damnificado es la de recurrir al reclamo internacional por vía oficial o diplomática, tanto a nivel bilateral o en su caso multilateral en el ámbito de una organización o foro internacional competente.

Ante este reclamo internacional, puede ocurrir que el Estado reclamado discrepe con el reclamante, quien no reconoce la

¹ REMIRO BROTÓNS, A. y otros, *Derecho Internacional*. Mc. Graw Hill, Madrid, 1997, pág. 447.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ilicitud de su conducta o quizás encuentre justificativos a la misma restándole el elemento de la ilicitud. Presentada una situación como esta, el D.I. nos provee los medios alternativos de solución pacífica de controversias. No obstante, el recurrir a estos medios dependerá en cada caso de la predisposición de los Estados partes del conflicto, predisposición que se requiere tanto para los medios diplomáticos como lo son buenos oficios, la mediación o conciliación, pero más aún para recurrir a medios jurisdiccionales, como son el arbitraje y el recurso judicial, puesto que en este ámbito del D.I. rige el conocido principio de la aceptación voluntaria de jurisdicción.

Ahora bien, la ausencia de una jurisdicción internacional obligatoria o de una organización internacional competente para reaccionar con la coacción frente a ilícitos internacionales, no significa desconocer el rasgo de coactividad al D.I. Y ello, porque el Estado que es desoído en sus reclamos diplomáticos o se encuentra con la valla infranqueable de la necesaria aceptación de la contraparte para recurrir a los medios de solución de controversias, cuenta en forma alternativa con ciertos permisos o facultades que el D.I. les reconoce a los Estados u organizaciones internacionales que se han visto lesionados en sus intereses frente a una conducta ilícita por parte de otro sujeto.

Estas licencias que se toman mayormente los Estados constituyen un conjunto de medidas de presión previstas por el derecho internacional general y particular en orden al cumplimiento efectivo de sus reglas. Estas medidas de contenido jurídico y en muchos casos expresamente reglamentadas, tienen como objetivo asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas internacionales.

El contenido jurídico de estas licencias y su directa relación con la responsabilidad internacional, llevaron a la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (CDI) a incluirlas en su proyecto de codificación de la responsabilidad internacional de los

Guillermo Daniel Costilla

Estados (2001)² y en aquel de responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011)³. Más allá de ambos Proyectos, a la fecha, la reglamentación de estas medidas coactivas que no implican el uso de la fuerza, la podemos encontrar mayoritariamente en tratados internacionales de fines particulares, en tratados constitutivos de algunas organizaciones internacionales o en los sistemas de solución de diferencias de las mismas. Mientras, el derecho internacional general, las ha receptado de la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina.

II. Acerca de las medidas de aplicación coactiva. Sus principales características

Recordemos que al tratar este tipo de medidas de aplicación coactiva del Derecho Internacional, no nos estamos refiriendo al procedimiento de aplicación forzosa del derecho, es decir aquel que se ejerce mediante el uso de la fuerza contra el Estado infractor, tal como está reglamentada en el Capítulo VII de la Carta de N.U. Por el contrario nos referimos aquí a medidas de presión jurídicamente organizadas y de aplicación unilateral, ya por parte del Estado o derivado de la decisión de una organización internacional (O.I.).

Recordemos que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas opera coactivamente solo en las circunstancias previstas en el Capítulo VII de la Carta, es decir cuando se ha puesto en peligro la paz y la seguridad internacional, o se ha configurado el delito de agresión por parte de un Estado. Por ello quedan al margen de la

² Naciones Unidas. Asamblea General (A/RES/56/83 del 12/12/2001) Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (adoptado por la CDI 53º periodos de sesiones.

³ Naciones Unidas. Asamblea General. Comisión de Derecho Internacional (63º periodos de sesiones) Responsabilidad de las organizaciones internacionales, Ginebra, mayo de 2011.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

operatividad del Consejo de Seguridad la mayoría de los actos ilícitos internacionales, en primer lugar por su incompetencia material y en segundo lugar porque las decisiones de éste órgano tienen naturaleza política y discrecional, lo cual es una consecuencia directa de su composición.

Las medidas tratadas bajo este título suponen la previa violación de una norma de derecho internacional vigente y cualquiera sea el origen de la misma; violación que proviene de un Estado infractor (por acción u omisión) y lo es en perjuicio de uno o más Estados. Se genera así una relación jurídica de responsabilidad internacional entre el Estado autor de la violación y el afectado, recayendo en el primero la obligación de poner fin al acto ilícito, y en caso de continuar, dar garantía de su no reiteración y por último la obligación de reparar el daño causado, conforme a la naturaleza del mismo. Generada la responsabilidad internacional puede ocurrir que el Estado autor de la infracción a una norma internacional resulte eximido de responsabilidad con respecto a otro, se excluirá de este modo el elemento de ilicitud cuando ha mediado el consentimiento del Estado perjudicado, o si se actúa en el marco de la legítima defensa (Art. 51 de la Carta de N.U.) o si se trata de la aplicación una *contramedida*.

Las medidas de aplicación coactiva a las que nos referimos van desde las llamadas medidas de control o supervisión internacional hasta otras que implican una reacción frente a la conducta del sujeto infractor a las que de modo genérico denominamos *contramedidas*, entre ellas se encuentran la *retorsión*, la *represalia* y la *reacción institucional o sanción*.

Guillermo Daniel Costilla

Este conjunto de medidas, que tienen tenues fronteras entre sí, a decir del profesor Antonio Remiro Brotóns⁴ se caracterizan por ser un producto de la *práctica estatal*, sin que convención alguna reglamente las condiciones de su ejercicio. Si bien es cierto que el derecho consuetudinario fue moldeando a las contramedidas en general, a fin de excluir su ilicitud, por lo que son un resultado del mismo, actualmente son objeto de una mayor reglamentación e institucionalización en ámbito de la comunidad internacional.

El mismo autor, nos dice que estas medidas son de *carácter reactivo y no preventivo* pues se ponen en práctica cuando un sujeto es lesionado por el obrar ilícito de otro, y también las caracteriza por ser reacciones *preferentemente descentralizadas*, pues la reacción -el modo y la oportunidad de la misma- le corresponde directa y unilateralmente al Estado lesionado.

Sin perjuicio de la práctica preferentemente descentralizada, presenciamos actualmente una mayor regulación jurídica que permite centralizar los mecanismos de reacción, y ello lo podemos encontrar en los regímenes autónomos propios de tratados comerciales multilaterales, como lo son las reglas de la OMC, sus acuerdos derivados y de los tratados de integración económica, que en cierto modo permiten a los Estados entre otros supuestos la suspensión de concesiones comerciales al Estado infractor. Son las denominadas “medidas compensatorias”, en cuanto tienden a amortiguar los efectos lesivos tras la violación de una norma por parte de otro Estado. Ahora bien, en la mayoría de los regímenes autónomos la aplicación de contramedidas, se encuentran subordinadas a la obligación de recurrir a las instancias de solución pacíficas de controversias que los mismos han establecido.

⁴ REMIRO BROTÓN, A., op. cit pág. 448 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Producido el acto ilícito, dentro del marco de esa nueva relación jurídica que genera la responsabilidad internacional, se encuentra legitimado para reaccionar en forma coactiva el Estado u O.I. lesionado por un ilícito, por ello decimos que la reacción se caracteriza por ser *unilateral*. No obstante el carácter unilateral de la respuesta del Estado, la práctica de los últimos treinta años nos muestra una tendencia a la multilateralización, que lleva a la aplicación de medidas coactivas por parte de Estados que no son directamente lesionados por el obrar de otros. Estas reacciones de terceros han encontrado justificación en los intereses subjetivos de la comunidad internacional en su conjunto. Se nos presenta cuando se encuentra en juego la salvaguardia de intereses fundamentales de sociedad internacional; su implementación se justifica así, en conceptos tales como normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*.

Corresponde también tener presente las *limitaciones* de esa reacción coactiva. Como no todos los Estados cuentan con igual capacidad para adoptar contramedidas, y atento a que la práctica interestatal las admite, y a la vez, puede considerarse como legítima la reacción de estado afectado, corresponde que su adopción se realice bajo estrictas condiciones⁵.

Atendiendo a las limitaciones en el ejercicio de las contramedidas, en primer lugar deben estar dirigidas exclusivamente contra el Estado autor del hecho ilícito frente al que se reacciona, si bien esto no excluye la posibilidad de afectar la posición de terceros Estados. Lo realmente importante es que las medidas vayan dirigidas al Estado autor del hecho ilícito, con independencia de que puedan existir ciertos daños colaterales “razonables”. También se contempla dentro de las limitaciones la proporcionalidad entre el ilícito y la

⁵ BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Público*. Zavalía Ed. Buenos Aires 1999, pág. 391.

Guillermo Daniel Costilla

respuesta, la obligación de recurrir previamente a medios de solución pacífica de controversias, la prohibición del uso de la fuerza armada⁶, el respeto de los derechos humanos, y por cierto el cumplimiento de normas imperativas y obligaciones *erga omnes*.

Para finalizar, la aplicación de las medidas coactivas debe tener como finalidad, obtener el *cese del acto ilícito o la reparación del daño*, es decir que no tiene un carácter punitivo, por ello resultan de aplicación temporal y deben suspenderse si el sujeto infractor cesó en su obrar ilícito o las partes decidieron someter la cuestión a la decisión de un órgano jurisdiccional.

En el título siguiente analizaremos las distintas opciones de medidas coactivas reconocidas por el D.I.

III. Las distintas clases de medidas

Como ya mencionamos, la aplicación coactiva del Derecho Internacional, a través de medidas que no implican el uso de la fuerza, ha evolucionado desde la descentralización, propia de una sociedad interestatal y de relación predominantemente bilateral, hacia la proliferación de regímenes autónomos, que permiten centralizar en el marco de una relación multilateral los mecanismos de reacción y/o coacción.

Una regla clásica del D.I. es aquella que autoriza al Estado perjudicado por un hecho ilícito a tomar medidas contra el Estado

⁶ En la prohibición del uso de la fuerza armada como limitación, se debe distinguir los casos de legítima defensa ante agresión armada que está legitimada por el D.I. (art. 51 Carta de N.U.), y la condena a la implementación de medidas coactivas – represalias o contramedidas – que implique el uso de la fuerza.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

que lo ha perpetrado, regla que subsiste hasta hoy pero con limitaciones como veremos a continuación.

Así surge la llamada CONTRAMEDIDA como una reacción del sujeto afectado por el hecho ilícito de otro, persiguiendo restaurar el respeto al orden jurídico. Las contramedidas suponen la preexistencia de un hecho ilícito, descartando del concepto a las medidas de auto tutela o contramedida preventiva que no son autorizadas por el D.I. En este contexto el Estado lesionado por un acto ilícito de otro, puede recurrir a dos categorías de contramedidas: LAS RETORSIONES y LAS REPRESALIAS.

La *retorsión* implica el uso de medios lícitos pero que son perjudiciales para el sujeto infractor, son medidas legales aunque poco amistosas y tomadas por un sujeto en respuesta al obrar ilícito de otro. Mientras, las *represalias* son medidas que no se encuentran de conformidad al D.I. y constituyen una respuesta contraria a una obligación internacional, pero que encuentran su justificación en el accionar ilícito de otro sujeto.

Ambas son medidas independientes que el Estado o sujeto afectado puede aplicar discrecionalmente, cuando se presenten las condiciones de su ejercicio. Se entiende por RETORSION a una medida legal pero inamistosa, adoptada por un sujeto como reacción ante el *ilícito* cometido por otro que ha violado sus derechos. Suele recurrirse a esta medida como respuesta a actos inamistosos de otros Estados, pero en este caso al faltar el obrar ilícito previo no estaríamos en presencia de una medida coactiva propiamente dicha⁷.

Las retorsiones pertenecen al ámbito discrecional del Estado y de los comportamientos no reglamentados por el D.I. Esta

⁷ REMIRO BROTONS, A., op. cit., pág. 452.

Guillermo Daniel Costilla

reacción del Estado no infringe ninguna obligación internacional; por ejemplo la ruptura de relaciones diplomáticas que ningún Estado está obligado a mantener, pero que el retiro del personal diplomático es tomado por el Estado receptor como la respuesta a un agravio.

Entre las retorsiones institucionalizadas encontramos aquellas que se pueden plantear en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en particular ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) a fin de que se le permita a un Estado aplicar medidas retorsivas, y con carácter compensatorio, frente al otro Estado que ha incumplido con las disposiciones del Tratado o de una resolución del OSD⁸.

Por otra parte LAS REPRESALIAS, antigua denominación de las actuales contramedidas, consisten en reacciones que infringen una obligación internacional, pero quedando excluida la ilicitud de la misma, por ser la respuesta a un ilícito previo. Esta institución surge como una medida a la que recurría directamente el ofendido a los fines de obtener una reparación del daño causado. Esta medida de autotutela no está exenta de discusiones jurídico-doctrinarias al tratarse de una medida de coerción que es tomada por un Estado a consecuencia de actos ilícitos cometidos en perjuicio suyo por otro

⁸ En el ámbito de la OMC, la adopción de contramedidas se encuentra limitada por el Entendimiento Relativo a Normas y Principios por los que rige la Solución de Diferencias (ESD) el cual exige que los Estados Miembros que deseen obtener una reparación a la acción de otro Miembro recurran previamente al sistema multilateral de solución de diferencias en el marco del Acuerdo (Art. 23 párr 1º) “Esto rige en las situaciones en las que un Miembro cree que otro Miembro ha violado el Acuerdo sobre la OMC, anula o menoscaba por otro concepto las ventajas resultantes de los Acuerdos de la OMC o impide el logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos.... En tales casos, un Miembro no puede tomar ninguna medida, sino que antes deberá recurrir al sistema de solución de diferencias con arreglo a las normas y procedimientos del ESD”.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Estado. Se trata entonces de imponer un daño al sujeto infractor para compelerlo a respetar el derecho. Este tipo de medidas de autotutela están permitidas por el Derecho Internacional siempre que cumplan las condiciones y respeten determinados límites.

El sujeto activo de la represalia no es solo el perjudicado materialmente sino todos aquellos que ven afectados como consecuencia del hecho ilícito, por ejemplo cuando se afecta a un bien subjetivo general o multilateral, como la prohibición del uso de la fuerza o el atentado contra los derechos humanos.

Como toda contramedida, estas represalias deben respetar ciertos límites para revestir el carácter de lícitas, siendo el principal la prohibición del uso de la fuerza armada. Son condiciones de su ejercicio, aplicarse cuando resulta imposible obtener la satisfacción por otros medios, debiendo mediar la existencia de un requerimiento previo de parte del ofendido, requerimiento que debe ser desatendido por el sujeto infractor. Además debe mediar una proporcionalidad entre el hecho y la reacción e inmediatez entre el obrar ilícito y la reacción.

El Tribunal arbitral que resolvió la disputa germano – luso en el asunto incidente de Naulilaa (1928), sobre la responsabilidad de Alemania por los daños causados en las colonias portuguesas en Africa del Sur (Angola), clarificó el concepto de **represalia** como *“un acto de propia justicia del Estado lesionado que responde –después de un requerimiento infructuoso– a un acto contrario al Derecho de Gentes del Estado infractor. Será ilegal si no suministra un motivo para la reacción un acto previo contrario al Derecho de Gentes”* De este concepto se desprenden los “requisitos para el ejercicio de la represalia”: a) la existencia de un Estado infractor y un Estado lesionado; b) la comisión de un ilícito previo por el primero que vulnera un derecho del segundo; c) requerimiento de cesación del ilícito que el lesionado dirige previamente al infractor; d) legitimación del Estado lesionado para

Guillermo Daniel Costilla

reaccionar; e) la finalidad de la medida debe estar encaminada a obtener la reparación de daño causado y por último, f) la proporcionalidad de la reacción.

Existe una confusión terminológica y doctrinaria entre los conceptos de REPRESALIAS, SANCIONES y CONTRAMEDIDAS. Si bien estos conceptos están vinculados entre sí, se fueron precisando con la labor de la Comisión de Derecho Internacional de N.U. (CDI) en la codificación sobre responsabilidad internacional. En el Proyecto de 2001, los términos tradicionales *represalias* y *sanciones* fueron comprendidos dentro de término *contramedidas* como circunstancia extintiva de la ilicitud, por ser adoptadas como respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. El Proyecto no contempló las ya tratadas *retorsiones* por consistir éstas en medidas totalmente lícitas, y por lo tanto exentas de reglamentación.

Dentro del concepto más amplio de represalia, existe una distinción doctrinarias entre *medidas de reciprocidad* y la máxima *inadimplenti non est adimplendum*. Las *medidas de reciprocidad* se nos presentan cuando Estado lesionado a título de contramedida incumple obligaciones impuestas por la misma norma que ha sido violada por el infractor, o por una norma directamente relacionada, con ellas. La medida de reciprocidad tiende a reestablecer el equilibrio entre la posición del lesionado y el infractor. Esta medida suele estar contemplada en los tratados de libre comercio como en cualquier tratado marco en materia comercial.

La máxima *inadimplenti non est adimplendum* es una subcategoría de las medidas de reciprocidad, que consisten en el incumplimiento de una obligación derivada del tratado que ha sido previamente violado por el Estado infractor. Ya no se trata infligir la misma norma violada por el infractor, sino de cualquier otra disposición del mismo tratado.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

El término *sanciones* es usado políticamente por los Estados que adoptan medidas de presión (amenazas, bloqueos, embargos, etc.) contra otros Estados más débiles en términos de poder, a los fines de otorgar ropaje jurídico a conductas que en realidad son contrarias al D.I. Ahora, desde el punto de vista jurídico el término sanción nos conduce necesariamente a suponer la existencia de una instancia superior, con facultades para sancionar y reprimir los actos ilícitos internacionales, pero salvo en casos de órganos supranacionales o de jurisdicción obligatoria para sus miembros, tal instancia no existe en el derecho internacional contemporáneo.

El término sanción internacional debería aplicarse al acto de cualquier organización internacional (O.I.) que tiene estrictamente por finalidad reaccionar contra las violaciones de sus reglas que pudieran cometer sus Estados miembros, fue así que la CDI a partir del Proyecto de 1980, sustituye el término sanciones por el más comprensivo de contramedidas como fueron también denominadas en el Proyecto del 2001. Por otra parte, se fue acuñando así el término REACCION INSTITUCIONAL, para contemplar aquellas medidas adoptadas en el marco de una O.I y dentro de sus competencias con el objeto de restaurar el respeto al derecho o el cumplimiento de reglas no obligatorias emanadas de la propia organización. Por su función esta medida cuenta con tres vertientes: la sanción social, el poder disciplinario y el poder de coerción. La sanción social se materializa en una expresión de censura que la O.I. dirige a uno o varios miembros cuando desoyen recomendaciones emanadas de sus órganos. Mientras que el poder disciplinario extendido a los miembros de la O.I. se puede materializar en la suspensión temporaria de derechos hasta la exclusión de la organización. Finalmente el poder de coerción atribuido a la O.I. puede contemplar medidas que impliquen el aislamiento del Estado infractor, u otras

Guillermo Daniel Costilla

como las previstas en el art. 41 de la Carta de N.U.⁹. Sin embargo este último supuesto debe excluirse como contramedida, por no consistir en una reacción de la Organización frente al obrar ilícito de un Estado miembro, sino que la respuesta es adoptada en cumplimiento del objetivo fundacional de mantener la paz y la seguridad internacional.

IV. La recepción normativa

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia se ha referido a las contramedidas en asuntos como el del personal diplomático y consular de EE.UU. en Teherán (1980)¹⁰ y el relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua

⁹ Artículo 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

¹⁰ En el caso del *Personal diplomático y consular*, la Corte Internacional de Justicia entendió que las violaciones a las inmunidades diplomáticas consulares no pueden justificarse como contramedidas frente a un hecho ilícito cometido por el Estado acreditante. La Corte señaló al respecto que "el propio derecho diplomático prevé los medios necesarios de defensa y las sanciones en caso de actividades ilícitas llevadas a cabo por miembros de misiones diplomáticas o consulares". Sostiene que el derecho diplomático constituye un régimen independiente que "prevé el mal uso que pueden hacer de ellas las misiones y los miembros de la misión y precisa los medios de que dispone el Estado acreditante para hacer frente a tales abusos." Por otra parte entiende la Corte que las medidas de presión económica adoptadas por EE.UU. tras los incidentes de 1979 en que se violaron las inmunidades diplomáticas fueron adoptadas bajo a título de *contramedidas*. C.I.J. Sentencia del 24 de mayo de 1980 *Asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (EE.UU. c/ Iran) (fondo) CIJ Recueil 1980.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

(1986)¹¹. Pero fueron los trabajos de la CDI los que contribuyeron a precisar el concepto, los requisitos y limitaciones de su implementación.

Los trabajos codificadores de la CDI relativos a Responsabilidad Internacional en 1980 receptan el término *contramedida* como sustitución del ejercicio de una sanción y como causa de exclusión de ilicitud. La sustitución de sanción por *contramedida* pretendía garantizar la inclusión de otras medidas legítimas de reacción como la *exceptio non adimpleti contractus*. Su finalidad es asegurar la aplicación de obligaciones internacionales no observadas por los destinatarios.

La CDI aprobó en agosto de 2001 el Proyecto de Codificación de la Responsabilidad Internacional y en su tercera parte trata sobre los “Modos de hacer efectiva la responsabilidad”. El capítulo I se refiere a la invocación de la Responsabilidad del Estado y el capítulo II reglamenta las *contramedidas* (arts. 49 a 54).

Al tratar las *contramedidas* la CDI ha excluido de su ámbito de aplicación a las *retorsiones*, en razón de que éstas no vulneran obligación internacional alguna. Se recogen en ella las medidas tradicionales de aplicación coactiva del D.I. como lo son las *represalias* y la aplicación por parte del Estado de sanciones decididas por una O.I.

¹¹ En este caso, en relación a las *contramedidas* fueron analizadas su justificación y el criterio de la proporcionalidad, y se plantea la inadmisibilidad del recurso a las *contramedidas* por terceros Estados que no han sido víctimas del ilícito internacional. Corte Internacional de Justicia. Sentencia del 27 de junio de 1986 *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (fondo), CIJ Recueil 1986.

Guillermo Daniel Costilla

El Proyecto establece la legitimidad de las **Contramedidas** bajo dos requisitos: a) Deben tener como único fin inducir al Estado infractor a cumplir con la obligación violada (Art. 49.1); b) En lo posible deben ser de carácter reversible, para que una vez que el Estado autor de la infracción haya dado cumplimiento a su obligación, se pueda retornar a la situación anterior, es decir la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones (art. 49 3). El requisito de reversibilidad no es absoluto, toda vez que la aplicación de una contramedida puede generar perjuicios irreparables, siendo un criterio discrecional del Estado elegir, entre un abanico de contramedidas posibles, aquella que permita reanudar de inmediato el cumplimiento de las obligaciones una vez suspendida la causa que dio lugar a la misma¹².

Además, la medida adoptada debe ser limitada en el tiempo (art. 49.2), debe cesar cuando cesa el ilícito y debe ser proporcional al perjuicio sufrido, a la gravedad del hecho ilícito y a los derechos afectados (art. 51).

El proyecto de 2001, a modo de limitaciones en el ejercicio de las contramedidas, prohíbe expresamente el uso de la fuerza (art. 50.1.a). La prohibición de las contramedidas armadas es taxativa, conforme al art. 2.4 del la Carta de ONU y constituye la primera limitación para las reacciones unilaterales en respuesta a ilícitos internacionales. También se prohíbe mediante la aplicación de contramedidas atentar contra derechos humanos fundamentales (art. 50.1.b), su no utilización cuando están en juegos intereses

¹² ÁLVAREZ VILLAR, D., "Las represalias como circunstancia que excluye la ilicitud del hecho internacional cometido por el estado", en: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, Abril de 2012, www.eumed.net/rev/cccss/20

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

humanitarios que prohíban represalias¹³ (art. 50.1.c) y además que la medida no implique la violación a una norma imperativa de D.I (art. 50.1.d). Es también obligación del Estado que aplica la contramedida respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos o consulares (art. 50.2.b).

También el Proyecto de 2001 establece un procedimiento que implica en primer lugar el requerimiento al sujeto infractor para que ponga fin a la medida (art. 52.1.a), luego la obligación de la notificación previa de la adopción de la contramedida y el ofrecimiento de negociación. Entonces no constituye una obligación en el Proyecto el de recurrir a la negociación, sino que prevé el requisito de la oferta (invitación) a negociar previo a la implementación de la contramedida (art. 52 b. in fine). Contempla el Proyecto la posibilidad de aplicar medidas urgentes cuando las mismas resulten necesarias (art. 52.2.). Se impone como obligación al Estado que está implementando contramedidas, la de suspender las mismas sin retardo injustificado, si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y si la controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes (art. 52.3), ello no ocurrirá mientras el Estado responsable no aplique de buena fe los procedimientos de solución de controversias (art.52.4).

En cuanto al sujeto facultado para adoptar las contramedidas es, por lo general, el lesionado por la infracción, aunque se prevé la posibilidad de que reaccionen otros sujetos. En relación a quién puede ser considerado lesionado por un hecho ilícito, podemos seguir el artículo 42 del Proyecto de la CDI sobre la

¹³ El Protocolo de la Haya de 1929, las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional de 1977 prohíben las represalias contra determinadas clases de personas internacionalmente protegidas.

Guillermo Daniel Costilla

responsabilidad internacional, donde se distinguen tres tipos de obligaciones: 1) Obligaciones bilaterales de un Estado frente a otro. 2) Obligaciones frente a un grupo de Estados del cual éste forma parte (son las llamadas obligaciones *erga omnes partes*) o frente a la comunidad internacional en su conjunto (obligaciones *erga omnes*) cuya violación afecta especialmente a un Estado (que sería el Estado lesionado legitimado para adoptar contramedidas) y 3) Obligaciones integrales que no deben ser confundidas con cualquier obligación *erga omnes*, sino que son aquellas obligaciones que operan de manera absoluta, todo o nada y que afecta especialmente a ese Estado; o es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación con respecto al ulterior cumplimiento de ésta.

Esta última situación está prevista en el art. 60.2.c) de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, en cuanto la violación de una obligación integral da derecho a todas las demás partes a suspender el cumplimiento del tratado no sólo respecto del Estado que se halla en violación, sino respecto de todos los demás Estados, afectado al tratado *in totum*, no siendo esto posible cuando el objeto del tratado es la protección de los derechos humanos.

Excepcionalmente, otros Estados distintos del lesionado se encontrarían facultados para adoptar contramedidas, cuestión que es contemplada, pero no resuelta, en los arts. 48 y 54 del Proyecto. En estos casos se considera más adecuado la adopción de reacciones institucionales por sobre las contramedidas unilaterales.

Las Contramedida se encuentran también contemplada en el Proyecto de la CDI sobre “Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales” del año 2011. En primer lugar están consideradas dentro de las causales eximentes de la ilicitud (art. 22) y luego en el Capítulo II del Proyecto se reglamenta su implementación (Art. 51 a

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

57), en cuanto a las condiciones de aplicación, límites y requisitos de procedencia.

V. La práctica actual

A partir de los años ochenta, frente a situaciones de crisis internacionales se presentan **reacciones descentralizadas** por parte de los Estados más fuertes y que van acompañadas de sanciones solidarias por parte del resto de los Estados. Las mismas son adoptadas por terceros Estados, no directamente lesionados, como es el caso de los EEUU, invocando para ello la defensa del D.I. Muchas de estas medidas tienen contenido económico y se nos presentan como sustitutivas de la acción sancionatoria, que le correspondería al sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas.

En otro orden, advertimos una mayor reglamentación de las llamadas **contramedidas** en los tratados de orden comercial directamente o en su remisión al sistema de solución de diferencia, como ocurre en el marco de la OMC. También advertimos su contemplación en los sistemas de solución de controversias del Mercosur, en situaciones que el Estado no acata en forma inmediata la decisión del tribunal arbitral.

Para concluir, no debemos dejar de lado que hay un trasfondo político en la aplicación de las **contramedidas** en general. Si excluimos la reacción institucional, la aplicación de las demás **contramedidas** consisten en una decisión discrecional del Estado afectado, quién decidirá la conveniencia o no del recurrir a ellas. Habiéndose optado por su implementación, la decisión debe ser tomada con la prudencia política del caso y por los órganos responsables de la ejecución de la política exterior. Por otra parte habrá que atender a la posible eficacia de la medida a adoptar, que en la mayoría de los casos va a depender de capacidad de presión de

Guillermo Daniel Costilla

quien la aplica y del contexto social-político-económico en el cual se implementan. Y por último antes de tomar la decisión de aplicar una contramedida, habrá que prever posibles réplicas del sujeto al cual están dirigidas, y los posibles efectos colaterales, que en ambos casos, de ser adversos los resultados, pueden significar una escalada no deseada del conflicto.

En definitiva, si bien a la fecha de este artículo no existe en el Derecho Internacional General, norma positiva vigente que regule las contramedidas en sus diversas versiones; son las regulaciones adoptadas por los regímenes autónomos, las que sumadas a la práctica descentralizada de los Estados y jurisprudencia internacional, nos han permitido delinear su concepto, las condiciones y las limitaciones para su implementación.

LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA EN EL DERECHO
INTERNACIONAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS
GENERALES DEL DERECHO

THE ANTICIPATORY SELF-DEFENSE IN INTERNATIONAL
LAW IN THE LIGHT OF THE GENERAL PRINCIPLES OF LAW

*Eduardo J. Pintore**

Resumen: La teoría de la legítima defensa preventiva recobró actualidad en la década pasada a través de las operaciones armadas en Afganistán e Irak en los años 2001 y 2003 respectivamente y es actualmente mencionada en torno a la situación actual del Irán y su programa nuclear. Esta teoría enuncia el derecho de tomar medidas defensivas actuales frente a un ataque que aún no ha comenzado. Dada la persistente discusión dentro de la doctrina internacional sobre su legalidad, el presente artículo busca encontrar una respuesta desde la perspectiva objetiva de los principios generales del derecho. Estos principios proveen los elementos interpretativos necesarios para determinar si la teoría de la legítima defensa preventiva puede tener o no una base jurídica.

Palabras – clave: Legítima defensa preventiva – Principios generales del derecho – Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas.

* El autor es Profesor Ayudante en Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba. Es 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 en Derecho en la *Università degli Studi di Bologna*, Italia. E-mail: eduardopintore@gmail.com

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Abstract: The theory of anticipatory self-defense was recovered in the past decade through the military operations in Afghanistan and Iraq in 2001 and 2003 respectively, and nowadays it is mentioned in respect to the current situation of Iran and its nuclear program. This theory states de right to take actual defensive measures against an attack which has not started yet. Given the continued debate within the international doctrine on its legality, this article aims to find an answer to this topic from the objective perspective of the general principles of law. This principles provide the necessary interpretative elements to determine if the theory of anticipatory self-defense may or may not have a legal basis.

Keywords: Anticipatory self-defense – General principles of law – Article 51 of the UN Charter.

SUMARIO: I. Introducción. - II. La legítima defensa en el derecho internacional. - III. La teoría de la legítima defensa preventiva. A. La constelación del ataque futuro. B. La constelación de la serie de ataques. C. Valoración de la legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo. D. Cuestiones que suscita la teoría de la legítima defensa preventiva. - IV. Los principios generales del derecho que rigen la legítima defensa. A. Los principios generales del derecho como medio de interpretación de las normas internacionales. B. Los principios generales del derecho reconocibles en la legítima defensa del *foro domestico*. 1. El requisito de la actualidad del ataque. 2. La constelación del ataque futuro. 3. La constelación de los ataques que se repiten en el tiempo. 4. Actualidad del ataque e ilicitud del mismo. 5. Actualidad del ataque y necesidad de la conducta defensiva. 6. Actualidad del ataque y proporcionalidad de la conducta defensiva. 7. Actualidad del ataque y el *animus defendendi*. 8. Legítima defensa y estado de necesidad. - V. La teoría de la legítima defensa preventiva a la luz de los principios generales del derecho. A. Con respecto a la actualidad. B. Con respecto a los ataques futuros. C. Con respecto a los ataques que se repiten en el tiempo. D. La teoría de la legítima defensa preventiva y los demás requisitos de la legítima defensa.

Eduardo J. Pintore

1. La ilicitud del ataque. 2. La necesidad de la conducta defensiva.
3. La proporcionalidad de la conducta defensiva. 4. La voluntad defensiva o animus defendendi. D. La teoría de la legítima defensa preventiva y el instituto jurídico del estado de necesidad. - VI. Conclusiones.

I. Introducción

La teoría de la legítima defensa preventiva fue invocada especialmente para justificar acciones militares que no estaban cubiertas a través del entendimiento prevalente, tanto en la doctrina como en la práctica internacional, de la legítima defensa del derecho internacional. Dada la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza en el derecho internacional y el Sistema de Seguridad Colectiva establecido por la Carta de Naciones Unidas, la legítima defensa del artículo 51 de la Carta se presenta como la única excepción a esa prohibición, que habilita a los Estados individuales a aplicar la fuerza por sí solos en contra de otros Estados. Esto lleva a que, cada vez que un Estado utiliza la fuerza en contra de otro fuera del marco del Sistema de Seguridad Colectiva, busque justificarlo a través de la legítima defensa internacional. En este sentido se observa una tendencia, por parte de los Estados militarmente más poderosos, de realizar una interpretación amplia y permisiva de este instituto jurídico, la cual les otorga un mayor margen de libertad al momento de usar la fuerza en contra de Estados militarmente más débiles.

Las guerras de Afganistán e Irak, iniciadas en los años 2001 y 2003 respectivamente, la situación actual en torno al programa nuclear de Irán y las respuestas militares israelíes en contra de sus vecinos frente a los ataques recibidos sobre su territorio hablan de la tremenda actualidad que esta teoría tiene y probablemente seguirá teniendo tanto para la política internacional como para el derecho internacional.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En virtud de ello, este artículo tiene por finalidad investigar la legalidad o ilegalidad de estas acciones militares preventivas en base a la norma contenida en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho consuetudinario correspondiente. En primer lugar se analizará el estado del debate en el ámbito jurídico internacional. En un segundo paso se observará qué soluciones nos brindan los principios generales del derecho. Para ello se realizará un trabajo de derecho comparado de diversos sistemas jurídicos internacionales sobre sus normas relativas al instituto jurídico de la legítima defensa. En la parte final se aplicarán, por vía de una interpretación conforme a los principios generales del derecho, esas soluciones al ámbito del derecho internacional para comprobar la licitud o no de las acciones militares tomadas en base a una reclamada legítima defensa preventiva.

II. La legítima defensa en el derecho internacional

La legítima defensa en el derecho internacional está contemplada en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, el cual establece:

“Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”.

Eduardo J. Pintore

Una primera observación sobre este artículo es que reconoce expresamente el “derecho inmanente” de legítima defensa pero no lo describe en sus elementos constitutivos¹. De la enunciación misma de este artículo se desprende empero que este instituto jurídico está formado por dos grandes momentos: de un lado encontramos el ataque y del otro la reacción defensiva. Dentro de estos dos polos se ubican los diversos requisitos inherentes que rigen el ejercicio de este derecho. Doctrina y jurisprudencia reconocen algunos de ellos, a pesar de que no ser nombrados por el artículo 51 de la Carta de la ONU. En cuanto al ataque que habilita a la defensa se hace referencia a la *ilicitud*² del mismo y que se debe tratar no de cualquier ataque sino de un *ataque armado*³. Del lado de la

¹ Tal como lo resalta la Corte Internacional de Justicia (CIJ): “Moreover the Charter, having itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content”. Ver: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J., Reports 1986, p. 14, en adelante: ICJ Reports (1986), para. 176. En la doctrina: SKOPETS, Michael, “Battered Nation Syndrome: Relaxing the imminence requirement of self-defense in International Law”, en: *American University Law Review*, Vol. 55, año 2000, pp. 753 y ss., p. 772.

² En ese sentido la CIJ sostuvo: “The Court has recalled above (pararagraphs 193 to 195) that for one State to use force against another, on the ground that that State has committed a wrongful act against a third State, is regarded as lawful, by way of exception, only when the wrongful act provoking the response was an armed attack”. ICJ Reports (1986), para. 211. En la doctrina: VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, Dritte Auflage, Berlin, 1984, para. 1336, p. 902. GILL, Terry D., “The temporal dimension of self-defense: Anticipation, preemption, and immediacy”, en: *International law and armed conflict: Exploring the faultlines. Essays in honour of Yoram Dinstein*, SCHMITT, Michael N./PAJIC, Jelena (Edit.), Leiden-Boston, 2007, p. 117. LAMBERTI ZANARDI, Pierluigi, *La legittima difesa nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 124.

³ ICJ Reports (1986) paras. 191, 195 y 211. En la doctrina: VOIGTLÄNDER, René, *Notwehrrecht und killektive Verantwortung. Die zeitliche Begrenzung des Rechts zur Selbstverteidigung nach Art. 51 UN-Charta im Licht von Handlungsinstrumenten des*

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

conducta defensiva se mencionan como requisito tanto la *necesidad*⁴ como la *proporcionalidad*.⁵ Dentro de la defensa también hemos señalado la existencia de un requisito aún no analizado por la doctrina internacionalista, cual es la *voluntad defensiva* o *animus defendendi*.⁶

El requisito de la actualidad del ataque, esto es el requerimiento de que el ataque debe existir al momento en que se realiza la conducta defensiva, se encuentra contenido, en opinión de una parte de la doctrina, ya en la letra misma del artículo 51 cuando expresa: “en caso de ataque armado”⁷. Este entendimiento empero es

UN-Sicherheitsrat, Frankfurt am Main, 2001, p. 28. STEIN, Torsten/von BUTTLAR, Christian, *Völkerrecht*, 12. neu bearbeitete Auflage, Köln-München, 2009, para. 784, p. 277.

⁴ En la jurisprudencia: ICJ Reports (1986) para. 176. *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinión, ICJ Reports 1996, en adelante: ICJ Reports (1996), p. 226 ss., para. 41. *Case concerning oil platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports 2003, en adelante: ICJ Reports (2003), p. 161 ss., para. 73. En la doctrina: KUNDE, Martin, *Der Präventivkrieg. Geschichte, Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung*, Frankfurt am Main, 2007, p. 120. HOBE, Stepahn, *Einführung in das Völkerrecht*, Neunte, aktualisierte und erweiterte Auflage, Tübingen und Basel, 2008, p. 335. RANDELZHOFFER, Albrecht, “Article 51” en: *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Bruno Simma (Edit.) Second Edition, Volume I, München 2002, para. 42.

⁵ En la jurisprudencia: ICJ Reports (1986) para. 176. ICJ Reports (1996) para. 41. ICJ Reports (2003) para. 77. En la doctrina: BRYDE, Brun-Otto, “Self-defence”, en: *Encyclopedia of Public International Law*, BERNHARDT, Rudolf (Edit.), Amsterdam, 2000, p. 362. STEIN/ von BUTTLAR, ob. cit. para. 794, p. 281. HOBE, ob. cit., p. 335.

⁶ PINTORE, Eduardo J., “El *animus defendendi* en la legítima defensa internacional”, en: *Anuario XIII* (2011), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho y Cs. Soc. de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 179 ss.

⁷ BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford-New York, 2008, p. 732. FERZAN, Kimberly Kessler, “Defending

Eduardo J. Pintore

relativizado por los sostenedores de la teoría de la legítima defensa preventiva, en tanto y en cuanto sostienen que, según el sentido de este artículo, también es lícito realizar una conducta defensiva aunque el ataque no haya comenzado, si es que existe un *peligro* de que dicho ataque se realice de no tomar acciones militares preventivas. La legítima defensa preventiva se dirige así en contra de un *peligro* de ataque y no en contra de un ataque⁸.

Se debe remarcar a su vez que la regulación del *derecho consuetudinario de la legítima defensa* es en cuanto a su contenido idéntica a la norma del artículo 51 de la Carta, salvo en lo relativo a la obligación de informar su ejercicio al Consejo de Seguridad⁹.

Realizadas estas precisiones veamos cómo es entendida la legítima defensa preventiva en el derecho internacional público contemporáneo.

imminence: From battered women to Iraq”, en: *Arizona Law Review*, Vol. 42, 2004, pp. 213 y ss., p. 224. El texto en inglés “if an armed attack occurs”, es decir, “si se produce un ataque armado” o “si ocurre un ataque armado” da una idea más clara aún, que el ataque debe preceder a la defensa.

⁸ Esto se ve con claridad en *The National Security Strategy of the United States of America* del año 2002, en adelante: NSS 2002, p. 15, en donde se afirma: “Legal scholars and international jurists often conditioned the legitimacy of preemption on the existence of an imminent threat—most often a visible mobilization of armies, navies, and air forces preparing to attack. We must adapt the concept of imminent threat to the capabilities and objectives of today’s adversaries”. En el mismo sentido: *The National Security Strategy of the United States of America* del año 2006, en adelante: NSS 2006, p. 18.

⁹ En la jurisprudencia: ICJ Reports (1986) paras. 193, 200, 211 y 235. ICJ Reports (2003) paras. 42 y 51. En la doctrina: ALEXANDROV, ob. cit., p. 93 ss. KUGELMANN, Dieter, “Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Gewalt gegen Terroristen”, en: *Juristische Ausbildung* (JURA), Berlin, 2003, pp. 376 y ss., p. 378. RANDELZHOFFER, ob. cit., para. 9. LAMBERTI ZANARDI, ob. cit., pp. 204 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

III. La teoría de la legítima defensa preventiva

La teoría de la legítima defensa preventiva se utilizó en los años recientes para justificar acciones militares preventivas en diversas ocasiones. En general todos estos antecedentes pueden ser subsumidos por dos constelaciones¹⁰ fácticas básicas:

A. La constelación del ataque futuro

Es la constelación básica de la legítima defensa preventiva. Aquí la conducta defensiva se ejecuta antes que el ataque sobre el fundamento de que el Estado lo estaría ya preparando y lo produciría en un futuro más o menos próximo. En virtud de esto se actúa o se desea actuar antes de que el ataque ocurra. Ejemplo paradigmático de esta constelación es la operación *Iraqi Freedom* contra el Irak en el año 2003¹¹ y es sin dudas la constelación invocada actualmente en torno al Irán y su atribuido programa nuclear con fines militares.

¹⁰ El concepto de “constelación” (Konstellation) es utilizado comúnmente por la doctrina penal alemana y hace referencia a un conjunto de elementos fácticos que constituyen una situación susceptible de apreciación jurídica.

¹¹ La comunicación que el gobierno norteamericano realiza al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 20 de marzo de 2003 contiene esta hipótesis, si bien no menciona expresamente el artículo 51 de la Carta. Allí se justifica la acción de la coalición entre otros, con el siguiente fundamento: “The actions that coalition forces are undertaking are an appropriate response. They are necessary steps to defend the United States and the international community from the threat posed by Iraq and to restore international peace and security in the area”. Ver: UN Doc. S/2003/351. El bombardeo israelí al reactor nuclear de Osirak en junio de 1981 constituye otro caso en que se argumentó en manera parecida. Ver: Notificación del representante israelí ante el Consejo de Seguridad del 12 de junio de 1981, UN Doc. S/PV.2280. En la doctrina encuadra la operación *Enduring Freedom* en esta constelación: YOO, John, “International Law and the war in Iraq”, en: *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, en adelante: AJIL 97 (2003), pp. 563 y ss., p. 574.

Eduardo J. Pintore

La licitud del ejercicio preventivo de legítima defensa es reclamada en la Estrategia de Seguridad Nacional de los EE.UU. del año 2002. Allí se sostiene que la novedad de la aparición de grupos terroristas dispuestos a utilizar armas nucleares y de “Estados parias” dispuestos a transferir esa tecnología a esos grupos o a utilizarla ellos mismos en contra de otros Estados, impone la necesidad de actuar antes que el ataque terrorista o por parte del Estado se realice¹². Frente a esta nueva situación parte de la doctrina internacionalista exigió una nueva interpretación del derecho a legítima defensa dotándola de facultades preventivas¹³.

B. La constelación de la serie de ataques

En cuanto a la otra constelación fáctica, en la cual se reclama un derecho a ejercer legítima defensa preventiva, es aquella que en el mundo anglosajón viene denominada *accumulation of events theory*. Ella se da en los casos en los que un Estado o un grupo de ellos es víctima de una serie de ataques, generalmente de tipo terrorista o de incursiones de bandas armadas, cuya fuente se encuentra en un tercer Estado. El o los Estados víctimas actúan cuando no existe

¹² NSS 2002, pp. 13 ss. La NSS de 2006 fundamenta en el mismo sentido. Con una nueva administración en la Casa Blanca, la NSS habla del peligro que proviene del terrorismo. Nada dice sobre el alegado derecho a legítima defensa preventiva, y justamente por ello tampoco lo niega, por lo tanto esta teoría queda vigente en la política norteamericana de la actual administración. Ver. NSS 2010, pp. 19 y ss.

¹³ Se trata sobre todo de autores norteamericanos que justificaron la operación Iraqi Freedom. YOO, ob. cit., p. 574. WEDGWOOD, Ruth, “The fall of Saddam Hussein: Security Council mandates and preemptive self-defense”, en: AJIL 97 (2003), pp. 576 y ss., p. 583. SAPIRO, Miriam, “Iraq: The shifting sands of preemptive self-defense”, en: AJIL 97 (2003) pp. 599 y ss., pp. 602, 604 y 606. TAFT IV, William H., “Old rules, new threats. The legal basis for preemption”, en: Council on foreign relation, November 2002, accesible en: <http://www.cfr.org/publication.html?id=5250> Consultado el 18/05/2013.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

contemporáneamente un ataque pero justifican sus acciones militares en base a una unión ideal de la serie de ataques pasados y los ataques que se cree continuarán en el futuro. Esta unión ideal tiene, por lo general, dos consecuencias concretas. Se toma la serie de ataques como si se tratara de un ataque continuo, que se extiende en el tiempo y por lo tanto es siempre actual y, por otro lado, se suman la totalidad de estos ataques a los fines de valorar la proporcionalidad de la defensa. Objetivamente, empero, la conducta defensiva en esta constelación es ejecutada cuando los últimos ataques ya han concluido y los que se esperan en el futuro no tienen lugar aún. En tanto y en cuanto la conducta defensiva se justifica para evitar los ataques futuros, se observa la naturaleza preventiva de esta teoría y la utilización de la conformación básica vista en la constelación anterior. Un ejemplo de esta constelación lo encontramos en la operación *Enduring Freedom* en contra de Afganistán en el año 2001¹⁴.

La Corte Internacional de Justicia en el caso de las plataformas petrolíferas del año 2003 parece haber rechazado la teoría de la acumulación de eventos, sobre todo en lo concerniente a la

¹⁴ Así la comunicación norteamericana al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre el inicio de los ataques en Afganistán hace referencia a la siguiente situación: “The attacks on 11 September 2001 and the ongoing threat to the United States and its nationals posed by the Al-Qaeda organization...” y luego declara: “In response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States”. Ver: UN Doc. S/2001/946. La comunicación británica se expresa en un mismo sentido: “The forces have now been employed in exercise of the inherent right of individual and collective self-defence, recognized in Article 51, following the terrorist outrage of 11 September, to avert the continuing threat of attacks from the same source”. Ver: UN Doc. S/2001/947.

Eduardo J. Pintore

valoración de la proporcionalidad de la conducta defensiva¹⁵. Sin embargo parte de la doctrina internacionalista se expresa a favor de esta teoría, sobre todo luego de la operación *Enduring Freedom*¹⁶.

C. Valoración de la legítima defensa en el derecho internacional contemporáneo

No se puede sostener que la legítima defensa preventiva haya sido aceptada en el derecho internacional contemporáneo.

La jurisprudencia internacional no ha tratado expresamente el requisito de la actualidad del ataque en la legítima defensa internacional. Sin embargo, en virtud de la interpretación restrictiva que la Corte Internacional de Justicia realiza del artículo 51 de la Carta, como derecho excepcional frente a la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza contenido en el artículo 2 inciso 4 de la misma y como uso unilateral y excepcional de la fuerza por parte del Estado frente al Sistema de Seguridad Colectiva establecido por la

¹⁵ En efecto la Corte no valoró a la serie de ataques que los EE.UU. sostuvo haber padecido de forma cumulativa, sino que a la respuesta militar norteamericana la confrontó con el daño del USS Samuel B. Roberts no acumulando a él los otros ataques que este Estado reclamaba habrían sido perpetrados por Irán. Ver: ICJ Reports (2003) para. 77. En el mismo sentido: OCHOA-RUIZ, Natalia/SALAMANCA-AGUADO, Esther, “Exploring the limits of International Law relating to the use of force in self-defence”, en: *European Journal of International Law*, Vol. 16, 2005, pp. 499 y ss., pp. 516 y s.

¹⁶ WANDSCHER, Christiane, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht*, Berlin, 2006, p. 170. STEIN/von BUTTLAR, ob. cit., para. 848, p. 304. GRAY, Christine, *International Law and the use of force*, Third Edition, Oxford, 2008, p. 155. KUGELMANN, ob. cit., p. 381. TOMUSCHAT, Christian, “Der 11. September 2001 und seine rechtlichen Konsequenzen”, en: *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2001, pp. 535 y ss., pp. 542 y ss. SOFAER, Abraham D., “On the necessity of pre-emption”, en: *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, Nr. 2, pp. 209 y ss., p. 225.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Carta¹⁷, puede inferirse una tendencia negativa a una ampliación del mismo¹⁸. Esta tendencia es apoyada también por lo observado en el título anterior en el fallo sobre las plataformas petrolíferas del año 2003.

En cuanto a la doctrina, existe una gran mayoría de autores que rechazan la teoría de la legítima defensa preventiva por ser incompatible con el texto del artículo 51 de la Carta al igual que con los fines de esta¹⁹. Se suele criticar la pretensión de parte de algunos

¹⁷ ICJ Reports (1986) para. 50, en donde se afirma: “Both Article 51 of the United Nations Charter and Article 21 of the Organization of American States Charter refer to self-defence as an exception to the principle of the prohibition of the use of force”. Sobre la interpretación restrictiva que la Corte realiza del concepto de ataque armado ver: PINTORE, Eduardo José, “La caracterización del concepto de ataque armado del art. 51 de la Carta de Naciones Unidas a través de la jurisprudencia de la CIJ”, en: *Cuaderno de Derecho Internacional VI, Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del Derecho Internacional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2012, pp. 49 a 76. Accesible en:

<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>

Fecha de Consulta: 20/06/2013.

¹⁸ En ese sentido, la CIJ sostuvo: “Article 51 of the Charter may justify a use of force in self-defence only within the strict confines there laid down. It does not allow the use of force by a State to protect perceived security interests beyond these parameters. Other means are available to a concerned State, including, in particular, recourse to the Security Council”. Ver: *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, en adelante: ICJ Reports (2005), para. 148.

¹⁹ A modo de ejemplo: VERDROSS/SIMMA, ob. cit., para. 470 pp. 287 y s. BLUMENWITZ, Dieter, “Der Präventivkrieg und das Völkerrecht”, en: *Politische Studien*, Heft 391, 54. Jahrgang, September-Oktober 2003, p. 21. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, *Derecho Internacional Público*, Tono II, Montevideo, 1996, p. 312. CONSTANTINO, Avra, *The right of self-defence under customary international law and article 51 of the Charter*, Athènes-Bruxelles, 2000, pp. III y ss. PINTORE, Eduardo José, *La legítima defensa en el derecho*

Eduardo J. Pintore

Estados, generalmente los militarmente más poderosos, de justificar acciones armadas que en nada están cubiertas por la legítima defensa internacional²⁰ y la peligrosidad que la aceptación de una teoría semejante supone para la paz y la seguridad internacionales, siendo ejemplos bien claros de ello las operaciones *Enduring Freedom* e *Iraqi Freedom*, arriba mencionadas. Se remarca a su vez que las acciones de carácter preventivo corresponden, en el sistema de establecido en la Carta de las Naciones Unidas, al Consejo de Seguridad²¹.

Tampoco se puede sostener que la práctica internacional haya aceptado tal teoría como norma de derecho consuetudinario, sino más bien que ella la ha rechazado por ser contraria a derecho. Esto lo demuestran las reacciones de rechazo frente a las incursiones

internacional, Córdoba, 2012, pp. 146 y ss. BOTHE, Michael, "Terrorism and the legality of pre-emptive force", en: *European Journal of International Law*, (EJIL), Vol. 14, 2003, pp. 227 y ss., p. 229.

²⁰ Especialmente claro al respecto: CONFORTI, Benedetto, *Diritto Internazionale*, Settima Edizione, Napoli, 2006, pp. 344 y s.

²¹ En ese sentido: *Informe del grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, del 1 de diciembre de 2004, UN Doc. A/59/565, para. 190. Es claro que el Consejo de Seguridad es un órgano que necesita una reforma para lograr una mejor actuación, pero la lucha de intereses en juego no la facilitan. Sobre la necesidad de reforma del Consejo de Seguridad ver: REY CARO, Ernesto, "La reforma de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad", en: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2004, accesible en:

<http://www.acaderec.org.ar/doctrina/articulos/aaartreformacartaonu> Fecha de consulta: 17/06/2013.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

armadas de parte de Colombia en Ecuador²² y de EE.UU. en Pakistán²³, realizadas en los últimos años.

Frente a este debate generado por la teoría de la legítima defensa preventiva y teniendo en cuenta los grandes intereses que detrás de este debate pueden observarse²⁴ -los cuales originan no pocas veces interpretaciones interesadas que poco tienen que ver con el derecho-, se torna útil, si no necesario, recurrir a parámetros objetivos y ajenos a cualquier parcialidad para, a la luz de ellos, evaluar la licitud o ilicitud de la legítima defensa preventiva. Esos parámetros están dados, en el derecho internacional, por los principios generales del derecho mencionados como normas jurídicas internacionales en el artículo 38 inciso 1 párrafo c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

²² Véase como ejemplo: Declaración de los jefes de Estado y de gobierno del Grupo de Río sobre los acontecimientos recientes entre Ecuador y Colombia, del 7 de marzo de 2008. En el ámbito de la OEA: CP/RES. 930 del 5 de marzo de 2008.

²³ Frente a los ataques aéreos norteamericanos del 3 de septiembre de 2008 en territorio paquistaní, el Ministro de Relaciones Exteriores del Paquistán, Shah Mehmood Qureshi, protestó enérgicamente en conferencia de prensa llamada al efecto. Ver:

<http://www.turkishweekly.net/news/59168/pakistanis-furious-over-u-s-led-border-raid.html> Fecha de consulta: 18/05/2013.

²⁴ Se menciona la gran libertad de acción que una interpretación amplia y flexible de los límites de la legítima defensa otorga a los Estados más poderosos, para imponer sus intereses en diversas zonas del globo de indiscutible importancia estratégica, política y económica. Baste remarcar que esta teoría se invocó en acciones militares en contra de Afganistán e Irak, países de gran importancia por su ubicación estratégica limitando con Asia central, China, Irán y Pakistán, en el caso de Afganistán, y por su importancia petrolífera en el caso de Irak. Actualmente se invoca con respecto al Irán que a la importancia de su ubicación estratégica, se le suman sus grandes reservas de petróleo y gas.

Eduardo J. Pintore

D. Cuestiones que suscita la teoría de la legítima defensa preventiva

La ejecución de una conducta defensiva para evitar un ataque que se espera ocurrirá en el futuro plantea diversas cuestiones con respecto a los demás requisitos de este instituto jurídico. A modo de ejemplo diremos que si la ilicitud del ataque es un requisito *sine qua non*, ocurre que en el momento de tomar la conducta defensiva el atacante futuro no presenta un ataque ilícito; luego no hay un justificante para actuar en contra de quien se comporta lícitamente. Si la necesidad de la conducta defensiva es un requisito de la legítima defensa, ella faltaría en estos casos ya que en caso de ataque futuro se posee el tiempo suficiente para tomar otras medidas. Si la proporcionalidad de la conducta defensiva es un requisito, ¿cómo se realizará la evaluación sobre ella si el ataque, por ser futuro, no se conoce en su forma y en los bienes jurídicos que lesionaría? El mismo problema de valuación se presenta con la necesidad de los medios empleados en la conducta defensiva. Si la voluntad defensiva es un requisito, ¿cómo se constata su existencia en el caso concreto si no hay un ataque que esté sucediendo del cual defenderse? Estas preguntas quedan abiertas y veremos en el transcurso del trabajo si encuentran una solución a través de los principios generales del derecho.

IV. Los principios generales del derecho que rigen la legítima defensa

Como todo instituto jurídico también la legítima defensa en el derecho internacional está regida por una serie de principios que le confieren su constitución y contenido. Más allá de la discusión

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

sobre su naturaleza²⁵, es pacífica la doctrina en que estos principios del derecho pueden ser conocidos mediante su reconocimiento normativo en los diversos sistemas jurídicos internos estatales²⁶. Se torna necesario entonces un trabajo de derecho comparado de los diversos sistemas jurídicos nacionales como medio de conocimiento de los principios generales en cuestión.

A. Los principios generales del derecho como medio de interpretación de las normas internacionales

A la par de su *función normativa* en el orden internacional, los principios generales del derecho tienen una *función interpretativa* de las normas convencionales o consuetudinarias poco claras, o cuyo sentido y alcance son discutibles. Esto se funda tanto en el derecho positivo²⁷, como en la doctrina internacional²⁸.

²⁵ Sobre la naturaleza de los principios generales del derecho ver: BAQUERO LAZCANO, Emilio/BAQUERO LAZCANO, Pedro Enrique /CARUBINI, Delia Beatriz/BAQUERO LAZCANO, Horacio, *Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado*, Tomo I, Córdoba 1993, pp. 88 y ss.

²⁶ Es así que Jiménez de Aréchaga sostiene: “La revisión y examen de los hechos para determinar si se ha configurado o no defensa legítima debe realizarse conforma a ciertos criterios de derecho internacional, que tienen sus fuentes en los principios generales de derecho. Todos los países reconocen en el foro interno el instituto de la legítima defensa, sometido a ciertos principios que regulan su ejercicio. Estos principios constituyen, por lo tanto, principios generales de derecho directamente aplicables en la esfera internacional”. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., p. 318.

²⁷ El artículo 31 inciso 3 párrafo c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, establece que en la interpretación de los tratados, juntamente con el contexto, se deberá tener en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. La expresión *toda norma pertinente de Derecho Internacional* debe ser entendida en base al artículo 38 inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, esto es, junto al derecho convencional y al consuetudinario se debe considerar también los principios generales del

Eduardo J. Pintore

Si la legítima defensa preventiva es admitida o no por el derecho internacional es una cuestión de interpretación del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y del derecho consuetudinario sobre ella el cual tiene, como ya hemos visto arriba, identidad de contenido con ese artículo.

B. Los principios generales del derecho reconocibles en la legítima defensa del *foro domestico*

Establecida la importancia de los principios generales del derecho en la interpretación de la norma internacional poco clara, veamos a continuación qué principios reconocen los sistemas jurídicos nacionales sobre las diversas cuestiones que suscita la teoría de la legítima defensa internacional.

1. *El requisito de la actualidad del ataque*

En el derecho interno de los Estados se observa un reconocimiento general del *requisito de la actualidad* del ataque para el

derecho en la interpretación de la norma dudosa. En ese sentido: VILLIGER, Mark, E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden-Boston, 2009, para. 25, p. 433. VARGAS CARREÑO, Edmundo, *Derecho Internacional Público de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, 2007, p. 155.

²⁸ Confirman: VERDROSS/SIMMA, ob. cit., para. 610, p. 389. LAUTERPACHT, Hersch, *The development of International Law by the International Court*, Cambridge-New York, 1996, pp. 165 y ss. CHENG, Bin, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, London, 1953, p. 390. WENGLER, Wilhelm, *Völkerrecht*, Band I, erster und zweiter Teil, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1964, p. 365. HAILBRONNER, Kay, “Ziele und Methoden volkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung”, en: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 36 año 1976, pp. 19 y ss., p. 206. SEPÚLVEDA, Cesar, *Derecho Internacional*, México DF, 1991, p. 444. PAGLIARI, Arturo Santiago, *Curso de Derecho Internacional Público*, Córdoba 2007, p. 63.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ejercicio de la legítima defensa. La actualidad del ataque es con ello una *conditio sine qua non* para el ejercicio de este derecho. La actualidad del ataque está definida en un grupo de sistemas jurídicos nacionales de forma expresa bajo la expresión “ataque actual” o “ataque inminente”²⁹. Otros sistemas lo definen como un “peligro inminente”³⁰, y un último grupo de sistemas jurídicos nacionales no exige la actualidad del ataque de manera expresa en la normativa positiva al efecto, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia la entienden tácitamente contenida en ella, como uno de los elementos inherentes de la legítima defensa³¹.

²⁹ Ejemplos de este grupo lo constituyen: Alemania, parágrafo 32 del Código Penal (en adelante: C.P.) alemán. Austria, parágrafo 3 del C. P. austríaco. Bolivia, artículo 32 del C. P. boliviano. Brasil, artículo 25 de su C. P. Colombia, artículo 32 inciso 6 del C. P. colombiano. Corea del Sur, artículo 21 del C. P. sudcoreano. Cuba, artículo 21 inciso 2 del C. P. cubano. China, parágrafo 20 inciso 1 del C. P. chino. Dinamarca, parágrafo 13 inciso 1 del C. P. danés. Ecuador, artículo 19 del C. P. ecuatoriano. Francia, artículo 122 inciso 5 del C. P. francés. Grecia, artículo 22 del C. P. griego. México, artículo 15 inciso 4, del C. P. mexicano. Paraguay, artículo 19 del C. P. paraguayo. Puerto Rico, artículo 26 del C. P. portorriqueño. Rusia, artículo 37 de su C. P. Suiza, artículo 15 del C. P. suizo.

³⁰ Generalmente los sistemas jurídicos del common law utilizan esta terminología (*imminent threat* o *imminent danger*) como los Estados Unidos (Ver como ejemplo: *State v. Norman*, 324 N.C. 253, S.E.2d 8 (1998)), Inglaterra (Ver: WITTEMANN, Frank, *Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa*, Frankfurt am Main, 1997, p. 129) y Escocia (CHRISTIE, Sarah, *Introduction to Scots Criminal Law*, Glasgow, 2003, p. 96). También Italia se ubica en este grupo (*pericolo attuale di un'offesa ingiusta*), artículo 52 del C. P. italiano.

³¹ Ejemplos de este grupo son entre otros: Argentina, artículo 34 inciso 6 del C. P. argentino. Chile, artículo 10 inciso 4 del C. P. chileno. Costa Rica, artículo 28 del C. P. costarricense. El Salvador, artículo 27 inciso 2 del C. P. salvadoreño. España, artículo 20 del C. P. español. Guatemala, artículo 24 inciso 1 del C. P. guatemalteco. Honduras, artículo 24 inciso 1 del C. P. hondureño. India, sección 97 del C. P. indio. Perú, artículo 20 del C. P.

Eduardo J. Pintore

Más allá de la formulación que los diversos sistemas jurídicos adopten, se reconoce que ataque actual es no sólo aquel que ya ha comenzado, sino también tanto el ataque que es inminente como aquel que aún perdura. En cuanto al concepto de “ataque inminente”, entendido como ataque actual y que es el que más nos interesa a los fines de este trabajo, en los diversos sistemas jurídicos internos es determinado a través de la inminencia o cercanía temporal de la *lesión* de un bien jurídico concreto por medio de una conducta ya iniciada³². Con ello la inminencia no se refiere a un “peligro”³³ o a un “ataque” en definitiva, sino a la *lesión* de un bien

peruano. Uruguay, artículo 26 del C. P. uruguayo. Venezuela, artículo 65 inciso 3 del C. P. venezolano.

³² En Alemania: RÖNNAU, Thomas/HOHN, Kristian, en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12. Auflage, Berlin, 2006, para. 32 Nr. 141; KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2009, para. 16 Nr. 17; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch. Beck'scher Kurz-Kommentar*. 58. Auflage, München 2011, para. 32 Nr. 17. En los Estados Unidos de América: HALL, Daniel E., *Criminal Law and Procedures*, Fifth edition, New York, 2009, p. 234. DIX, George E., “Self-Defense”, en: *Encyclopedia of Crime and Justice*, KADISCH, Sanford H. (Edit), New York-London, 1983, p. 947. BACIGAL, Ronald J. *Criminal Law and Procedure*, Second edition, Albany, NY, 2002, p. 72. BEECHER-MONAS, Erica, *Evaluating scientific evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*, New York, 2007, p. 21. En Italia: PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto Penale. Parte Generale*, Seconda Edizione, Torino, 2006, p. 396. PAGLIARO, Antonio, *Principi di Diritto Penale, Parte Generale*, Ottava edizione, Milano, 2003, p. 441. BOSCARRELLI, Marco, “Legittima Difesa” en: *Enciclopedia Giuridica*, Tomo II, Roma, 1990, 3.1. En Japón, el parágrafo 36 del C. P. hace referencia a “la amenaza inmediata de lesión”. En México: CARRANCÁ y TRUJILLO, Raúl/CARRANCÁ y RIVAS, Raúl, *Derecho Penal mexicano. Parte general*. 22 da. Edición, México DF, 2004, p. 606. En India: SAXENA, R. N., *The Indian Penal Code. Act No. XLV of 1860*, Sixteenth edition, Allahabad, 2001, p. 123. En Austria: LEWISCH, Peter, en: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27 Auflage, HÖPFEL/RATZ (Edit.), Wien, 2003, para. 3 Nr. 65 y 66.

³³ En este sentido remarca la doctrina penal italiana, frente a la formulación de la actualidad del artículo 52 del C. P. italiano a través del uso del

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

jurídico determinado. Como se sostiene en la jurisprudencia alemana, se trata de una conducta que de forma inmediata puede desembocar en una lesión a un bien jurídico³⁴. Un ejemplo de esto lo constituye la conducta del atacante que lleva su mano hacia el bolsillo donde tenía su pistola con la clara intención de usarla³⁵.

La conexión de una lesión a un bien jurídico con la actualidad del ataque se observa en el hecho que, para los sistemas jurídicos internos, un ataque puede ser permanente, y por lo tanto su actualidad es continua en el tiempo, en tanto y en cuanto la lesión al bien jurídico concreto dure³⁶. La privación ilegítima de la libertad o

concepto de “peligro”, esto es, *pericolo attuale di un'offesa ingiurista*, que el requisito inmanente de la inmediatez, se refiere a la inmediatez o inminencia de la lesión a un bien jurídico. Esto es así ya que un “peligro” inminente, es un peligro cuya existencia aún no ha comenzado y por lo tanto no es actual. GROSSO, Carlo F., *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, pp. 79 y s. FINDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*, Quinta edizione, Bologna 2007, p. 278. BETTIOL, Giuseppe/MANTOVANI, Luciano P., *Diritto Penale. Parte Generale*, Duodicesima edizione, Padova, 1986, pp. 380 y ss.

³⁴ Bundesgerichtshof, Decisión del 11 de diciembre de 1991 – 2 StR 535/91, en: BGH, StGB para. 32 inciso 2, Angriff 5, Zeitpunkt.

³⁵ Según un conocido caso valorado por la doctrina alemana como límite en cuanto a la determinación del comienzo de la actualidad del ataque. Ver: Bundesgerichtshof, Sentencia del 7 de diciembre de 1972 – 1StR 489/72, publicado en: Neue Juristische Wochenschrift, 1973, pp. 255 y ss.

³⁶ Esto se ve en Alemania: PERRON, Walter, en: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, SCHÖNKE/SCHRÖDER (Edit.), 28. Auflage, München, 2010, para 32 Nr. 15. BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld, 2003, para. 17 Nr. 14. ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Auflage, München 2006, para. 15 Nr. 28. GÜNTHER, Hans-Ludwig, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Auflage, 1999, para. 32 Nr. 66. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, para. 32, p. 342. SPENDEL, Günter, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 11. Auflage, 1988,

Eduardo J. Pintore

violación de domicilio son ejemplos de estos casos. Aquí se puede actuar en legítima defensa durante todo el tiempo en que la lesión al bien jurídico concreto sea actual.

2. *La constelación del ataque futuro*

Por definición el ataque futuro no es un ataque actual y por lo tanto no habilita a actuar en legítima defensa. Este principio se ve corroborado en los diversos sistemas jurídicos nacionales aquí analizados³⁷.

para. 32 Nr. 122. En Argentina: FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Decimosexta edición, Buenos Aires 19998, p. 285. DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo III, Buenos Aires, 2008, pp. 177 y 192. ZAFFARONI, Eugenio R./ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2. Edición, Buenos Aires, 2003, p. 623. VIÑAS, Raúl H., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2007, p. 465. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Buenos Aires, 1952, para. 1315, p. 178. En Brasil: SHINTATI, Tomaz M., *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1993, p. 128. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, *La legítima defensa*, San José, 2004, p. 148. En España: BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALAÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 2006, p. 262. En México: PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: *Diccionario de Derecho Penal*, México DF, 1997, p. 631. En Perú: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A., *Derecho Penal. Parte General*, Lima, 2006, p. 539. En Suiza: HURTADO POZO, José, *Droit Pénal. Partie Générale*, Nouvelle edition refondue et augmentée, Genève-Zurich-Aâle, 2008, Nr. 707 y 708. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, Miguel, *Manual de Derecho Penal uruguayo*, Montevideo, 2006, p. 275.

³⁷ En Alemania: GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 74, SPENDEL, ob. cit., para. 32 Nr. 128. WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 40. Auflage, Heidelberg, 2010, Nr. 329. En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1315, p. 178. NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tercera edición, Córdoba, 1987, p. 195. En Austria: LEWISCH, ob. cit., para. 3 Nrs. 69 y ss. En Brasil: SHINTATI, ob.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

La constelación del ataque futuro constituye en realidad una situación de *estado de necesidad*: Un ataque que se dará, incluso casi con certeza, en un futuro más o menos cercano genera una situación de *peligro presente* que puede fundamentar un *estado de necesidad*, en caso que estén presentes los demás requisitos³⁸.

3. La constelación de los ataques que se repiten en el tiempo

En los casos de ataques que se repiten en el tiempo constituyendo una serie de ataques provenientes de la misma fuente, el derecho interno no los valora como un ataque continuo y por lo tanto actual³⁹. El derecho interno es bien claro en valorar cada uno

cit. p. 128. PAULA, Marco A., *Direito Penal*, Sao Paulo, 1995, p. 68. En España: BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 262. En los Estados Unidos de América: HALL, ob. cit., p. 234. LAFAVE, Wayne R., *Substantive Criminal Law*, second edition, St. Paul (Minnesota), 2003, para. 10.4(d). En Francia: RASSAT, Michèle-Laure, *Droit Pénal Général*, 2. Édition, Paris 2006, p. 380. STEFANI, Gaston/LAVASSEUR, Georges/BOULOC, Bernard, *Droit Pénal Général*, Paris, 2005, Nr. 392. En Inglaterra: CARD, Richard/CROSS, Sir Rupert/JONES, Philip A., *Criminal Law*, 18 th edition, New York 2005 p. 702. ORMEROD, David/SMITH, JC./HOGAN, Brian, *Criminal Law*, 11 th edition, New York, 2005, p. 336. En Italia: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 278. BOScarelli, ob. cit. 3.1. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., pp. 274 y ss.

³⁸ ROXIN, Claus, "Von welchem Zeitpunkt an iste in Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?", en: *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, p. 141, quien remarca que esa es la posición dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana.

³⁹ En Alemania: GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 79. SPENDEL, ob. cit., Nr. 129. HAVERKAMP, Rita, "Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf aus strafrechtliche Sicht", en: *Gotdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, pp. 586 y ss., p. 592. El caso típico de esta constelación en Alemania está resuelto en la sentencia del Tribunal Federal Supremo del 15 de mayo de 1979 (BGH, Sentencia del 15.5.1979 StR 74/79, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 40 (1979), pp. 2053 y ss. En Austria: LEWISCH, ob. cit., para. 3 Nr. 72. En los

Eduardo J. Pintore

de los ataques por separado. Los ataques anteriores de la serie, son ataques ya pasados, en virtud de lo cual falta la necesidad de la conducta defensiva, ya que el ataque no existe más, y los ataques por venir son valorados como ataques futuros, tal como fueran caracterizados en el título inmediatamente anterior. En los momentos en que no hay un ataque actual, no es lícito reaccionar a través de legítima defensa, justamente, por falta de un ataque actual al cual responder. Toda la serie de ataques puede constituir un peligro permanente que, dadas las demás condiciones, puede fundamentar un estado de necesidad⁴⁰.

El ejemplo más emblemático que nos provee esta constelación es el caso de violencia familiar, en donde una persona violenta, generalmente el hombre, golpea una y otra vez a su pareja o hijos. En un momento dado alguna de las víctimas elimina a la persona violenta en situaciones en que no hay ataque actual, como por ejemplo en el momento que ésta duerme. Estos casos son valorados no como de legítima defensa sino como de *estado de*

Estados Unidos de América: SANGERO, Boaz, *Self-Defence in Criminal Law*, Oxford-Portland, 2006, p. 343. HALL, ob. cit., p. 234. LEVERICK, Fiona, *Killing in Self-Defence*, New York, 2006, pp. 105 y s. En Inglaterra: ORMEROD/SMITH/HOGAN, ob. cit., pp. 336 y s., y en la jurisprudencia R. v. Thornton (1992) AII ER 306. En Italia: SZEGŐ, Alessandra, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Verona, 2003, pp. 219 y ss. PADOVANI, Tulio, "Difesa Legittima", en: *Digesto delle discipline penalistiche*, pp. 496 y ss., Torino, 1989, p. 520. En Suiza: De manera muy clara en la jurisprudencia en BGE 122 IV I y 125 IV 49.

⁴⁰ En Alemania: PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 16. JOECKS, Wolfgang, *Strafgesetzbuch*, Studienkommentar, 9. Auflage, München, 2010, para. 32 Nr. 9. GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 66. ROXIN, Strafrecht, ob. cit., para 15 Nr. 11. En Italia: SZEGŐ, ob. cit., pp. 219 y ss.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

necesidad o se lo resuelve en la etapa de la culpa como una provocación⁴¹.

4. Actualidad del ataque e ilicitud del mismo

Que el ataque, para justificar legítima defensa, debe ser ilícito o antijurídico es un principio reconocido ampliamente por todos los ordenamientos jurídicos⁴². Sería ilógico reconocer legítima

⁴¹ En Alemania: WESSELS/BEULKE, ob. cit., Nr. 316. FISCHER, ob. cit. para. 32 Nr. 18. En Austria: LEWISCH, ob. cit., para. 3 Nr. 68. En Escocia: LEVERICK, ob. cit., p. 88. En Inglaterra: ORMEROD/SMITH/HOGAN, ob. cit., pp. 336 y s. En la jurisprudencia inglesa: R. v. Ahluwalia (1992) 4 AII ER 889. R. v. Thornton (1992) AII ER 306. En Italia: PADOVANI, ob. cit., p. 502. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 275.

⁴² Este requisito está generalmente reconocido de forma expresa en la regulación de la legítima defensa. A modo de ejemplo: En Alemania, parágrafo 32 de su C. P.. En Argentina, artículo 34 inciso 6 de su C. P. En Austria, parágrafo 3 de su C. P. En Bolivia, artículo 32 de su C. P. En Brasil, artículo 25 de su C. P. En Colombia, artículo 32 inciso 6 de su C. P. En Corea del Sur, artículo 21 de su C. P. En Costa Rica, artículo 28 de su C. P. En Cuba, artículo 21 inciso 2 de su C. P. En Chile, artículo 10 inciso 4 de su C. P. En China, parágrafo 20 de su C. P. En Dinamarca, parágrafo 13 inciso 1 de su C. P. En España, artículo 20 inciso 4 de su C. P. En Francia, artículo 122 inciso 5 primer párrafo de su C. P. En Grecia, artículo 22 de su C. P. En Ecuador, artículo 19 de su C. P. El Salvador, artículo 27 inciso 2 de su C. P. En Guatemala, artículo 24 de su C. P. En Honduras, artículo 24 inciso 1 de su C. P. En Italia, artículo 52 de su C. P. En Japón, artículo 36 de su C. P. En México, artículo 15 inciso IV de su C. P. En Noruega, parágrafo 48 de su C. P. En Paraguay, artículo 19 de su C. P. En Perú, artículo 20 de su C. P. En Rusia, artículo 37 de su C. P. En Suiza, artículo 15 de su C. P. En Turquía, artículo 25 de su C. P. En Uruguay, artículo 26 de su C. P. En Venezuela, artículo 65 inciso 3 de su C. P.

En aquellos que no están expresamente reconocido, se entienden implícito en la estructura misma de la legítima defensa. En ese sentido: En Escocia: CHRISTIE, ob. cit., p. 97. En India: SAXENA, ob. cit., p. 121. En Inglaterra: SANGERO, ob. cit., pp. 128 y s. CARD/CROSS/JONES, ob. cit., p. 7000. En los Estados Unidos: FERZAN, Kimberly Kessler, "Defending imminence: From battered women to Iraq", en: *Arizona Law Review*, Vol. 42, 2004, pp. 213

Eduardo J. Pintore

defensa en contra de, por ejemplo, una acción lícita realizada por la autoridad pública, como un arresto llevado a cabo por la fuerza policial. Es justamente la ilicitud del ataque lo que justifica la defensa como legítima. En virtud de ello tampoco se reconoce una legítima defensa en contra de una legítima defensa, por ser esta segunda, justamente una conducta permitida por el ordenamiento jurídico⁴³.

Los sistemas jurídicos reconocen una legítima defensa sólo en contra del atacante, justamente, por ser él quien lleva adelante el ataque ilícito. En contra de terceros inocentes se reconoce un estado de necesidad⁴⁴. Es así que el requisito de la ilicitud del ataque tiene

y ss., p. 223. ROBINSON, Paul H., *Criminal Law Defences*. Criminal practices series, Volume 2, St. Paul, Minnesota, 1984, para. 131 (b) 2. DRESSLER, Joshua, *Criminal Law*, first edition, St. Paul, 2005, p. 192.

⁴³ En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1299 p. 81 y para 1316 p. 190. DONNA, ob. cit., p. 176. VIÑAS, ob. cit., p. 464. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 621. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 128. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 154 y s. En Cuba: BAQUERO VERNIER, Ulises, "Las eximentes de legitima defensa y estado de necesidad", en: *Selección de lecturas de Derecho Penal*, MEDINA CUENCA/GOILE PIERRE (Edit.), La Habana, 2000, p. 124. En Chile: CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, 2005, p. 372. En Escocia: CHRISTIE, ob. cit., p. 97. En España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 262. En los Estados Unidos de América: FERZAN, ob. cit., p. 223. ROBINSON, ob. cit., para. 131 (b) 2. DRESSLER, ob. cit., p. 192. En India: SAXENA, ob. cit., p. 123. En Francia: WITTEMANN, ob. cit., p. 82. En Inglaterra: ORMEROD/SMITH/HOGAN, ob. cit., p. 335. En Suiza: SEELMANN, Kurt, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Bassel, 2007, p. 69.

⁴⁴ En base al material disponible para este trabajo se comprueba lo dicho en: Alemania: KINDHÄUSER, ob. cit., para 16 Nr. 26. STRATENWERTH, Günter/KUHLEN, Lothar, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5. Auflage, Köln-Berlin-München, 2004, para. 9 Nrs. 65, 73 y 74. GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 83. PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 31. Argentina: DONNA, ob. cit., p. 202. VIÑA, ob. cit., p. 461. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit.,

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

una vinculación con su actualidad: si se reconoce la legítima defensa fundada en la ilicitud del ataque, es claro que en el caso de legítima defensa preventiva, el futuro atacante presenta una conducta lícita al momento de la defensa anticipada, en tanto y en cuanto el ataque ilícito se producirá en el futuro⁴⁵.

p. 622. NUÑEZ, ob. cit., p. 195. Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 34. Brasil: SHINTATI, ob. cit., pp. 130 y 135. Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 175 y s. Chile: CURY URZÚA, ob. cit., p. 376. España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 265. En los Estados Unidos de América: DUBBER, Markus D., *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, München, 2005, p. 153. LEVERICK, ob. cit., pp. 6 y s. Grecia: ANAGNOSTOPOULOS, Ilias G./MAGLIVERAS, Konstantinos D., *Criminal Law in Grece*, The Hague-London-Boston-Athen, 2000, pp. 62 y s. Guatemala: ENRIQUEZ COJULÚN, Carlos R. "El delito como acción antijurídica", en: *Manual de Derecho Penal guatemalteco. Parte General*, RIPOLLÉS /GIMÉNEZ - SALINAS COLOMER (Edit.), Guatemala, 2001, p. 262. India: SAXENA, ob. cit., p. 121. Inglaterra: SANGERO, ob. cit., pp. 2 y ss., 118 y 128 y ss. Italia: GROSSO, ob. cit., p. 73. ZAINA, Carlo A., *La nuova legittima difesa*, San Marino, 2006, p. 87. DEL CORSO, Stefano, en: *Codice Penale*, PADOVANI, Tulio (Edit.), Tomo I, Milano, 2007, Artículo 52 Nr. 3. PADOVANI, ob. cit., p. 511. Perú: VILLAVICENCIO TERREROS, ob. cit., p. 541. Suiza: SEELMANN, ob. cit., p. 69. TRECHSEL, Stefan/JEAN-RICHARD, Marc, (Edits.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Zürich - St. Gallen, 2008, artículo 15 Nr. 2 y 9. HURTADO POZO, ob. cit., para. 716. Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 274. Venezuela: Es exigido expresamente en el artículo 65 inciso 3 parágrafo 1 de su C. P.

⁴⁵ En Argentina se sostiene que no es lícito actuar en legítima defensa en contra de quien se conduce conforme a derecho. Acciones defensivas con contra de terceros inocentes se valoran en el marco de un estado de necesidad y no en el marco de una legítima defensa. Ver: DONNA, ob. cit., p. 176 y ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 619 y s. En el mismo sentido en Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 135. En Cuba: BAQUERO VERNIER, ob. cit., p. 124. En Chile: CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, 2005, p. 372. En Guatemala: ENRIQUEZ COJULÚN, ob. cit., p. 260. En Alemania se destaca que, para que exista una conducta ilícita, no basta que la misma persiga un resultado ilícito (*Erfolgsunrecht*), sino también ella misma como tal debe estar en oposición al orden jurídico

5. Actualidad del ataque y necesidad de la conducta defensiva

La necesidad de la conducta defensiva es un requisito ampliamente reconocido por los diversos ordenamientos jurídicos⁴⁶.

(*Handlungsunrecht*). Ver, por ejemplo: ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit. para. 15 Nr. 14. LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011, para. 32 Nr. 5. RÖNNAU/HOHN, ob. cit., para. 32 Nr. 108. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 21. GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 56. En el mismo sentido en Italia a modo de ejemplo: BOSCARRELLI, ob. cit., p. 60. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 278.

⁴⁶ En Argentina: GIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1320, p. 203. FONTÁN BALLESTRA, ob. cit., p. 287. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 55. En Alemania: ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., para. 15 Nr. 42. LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 9. PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 34. KINDHAUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2009, para. 16 Nr. 27. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 28 ss. JOECKS, ob. cit., para. 32 Nr. 11a. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32 p. 343. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 130. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 180. En Chile: CURY URZÚA, ob. cit., p. 375. En China: Parágrafo 20 inciso 1 del C. P. chino. En Escocia: WITTEMANN, ob. cit., p. 153. En España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 266. En los Estados Unidos de América: FLETCHER, George P., *Notwehr als Verbrechen. Der U-Bahn-Fall Goetz*, Frankfurt am Main, 1993, p. 39. WÖSSNER, Marion, *Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA*, Berlin, 2006, p. 31. DRESSLER, ob. cit., p. 192. En Francia: RASSAT, ob. cit., p. 382. STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC, ob. cit., Nr. 395. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS/MAGLIVERAS, ob. cit., p. 63. En India: SAXENA, ob. cit., p. 135. Irán, artículo 61 de su ley penal. En Italia: BROCCA/MINGRONE, ob. cit., p. 71 y s. LATTANZI, Giorgio, *Codice Penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2007, articolo 52, Nr. 3. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 281. BOSCARRELLI, ob. cit., 4.2, PADOVANI, ob. cit., p. 511 y s. En Japón: artículo 36 de su C. P. En Noruega: WITTEMANN, ob. cit., p. 174. ANDENAES, Johs, “Das norwegische Strafrecht”, en: *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Vierter Band, MEZGER/SCHÖNKE/JESCHECK (Edit.), Berlin, 1962, p. 292. En Suiza: RÖNNAU/HOHN, ob. cit., para. 32 Nr. 12. En Turquía: artículo 25 inciso 1 del C. P. turco.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

En los ordenamientos más claros, se define a la necesidad por los medios aplicados tanto en el ataque como en la defensa. Una conducta defensiva es necesaria cuando de todos los medios idóneos para frenar el ataque, el utilizado constituye el menos dañoso para el atacante⁴⁷.

En diversos sistemas jurídicos se observa una estrecha vinculación entre la actualidad del ataque y la necesidad de la conducta defensiva⁴⁸: si el ataque aún no ha comenzado se pueden

⁴⁷ En Argentina: GIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1320, p. 212. DONNA, ob. cit., p. 202. FONTÁN BALLESTRA, ob. cit., p. 288. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, ob. cit., p. 615. En Alemania: PERRON, ob. cit., para. 32 Nr. 34. KINDHAUSER, ob. cit., para. 16 Nr. 27. LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 9. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 28 ss. JOECKS, ob. cit., para. 32 Nr. 11a. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32 p. 343. ROXIN, *Strafrecht*, ob. cit., para. 15 Nr. 42. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 55. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 130. En Chile: CURY URZÚA, ob. cit., p. 375. En Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 186 y s. En Dinamarca: WITTEMANN, ob. cit., p. 164. En España: BUSTOS RAMÍREZ/HORMZÁBAL MALARÉE, ob. cit., p. 266. En Italia: LATTANZI, Giorgio, *Codice Penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2007, artículo 52, Nr. 3. BROCCA/MINGRONE, ob. cit., p. 71 y s. BOSCARELLI, ob. cit., 4.2. PADOVANI, ob. cit., p. 511 y s. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 281. En los Estados Unidos de América: FLETCHER, ob. cit., p. 39. HALL, ob. cit., p. 234. WÖSSNER, p. 31. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p. 70.

⁴⁸ En Argentina: DONNA, ob. cit., p. 201. En Alemania: SUPPERT, Hartmut, *Studien zur Nootwehr und "notwehrähnlichen Lage"*, Bonn, 1973, p. 287. En Dinamarca: WITTEMANN, ob. cit., p. 164. En India: Esta vinculación entre uno y otro requisito se ve en el párrafo 99 del C. P. indio, en donde se excluye una legítima defensa en los casos que se dispone de tiempo suficiente para buscar ayuda de la autoridad. Una normativa similar presenta el artículo 61 inciso 3 del C. P. iraní. En Italia: ZAINA, ob. cit., p. 90. CARACCIOLI, Ivo, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª edición, Padova, 2005, p. 403, este autor remarca de manera especial que cuando el peligro no es actual, porque se dispone por ejemplo de tiempo para recurrir a la policía, luego no hay necesidad de conducta defensiva alguna., ob. cit., p. 440. GROSSO, Carlo F., "Legittima difesa", en: *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1970, pp. 27 y ss. En los Estados Unidos de América: ROBINSON,

Eduardo J. Pintore

tomar otras medidas, que no sea la conducta defensiva violenta, para evitarlo. Desde otro punto de vista, si el ataque es futuro no se lo conoce en cuanto a los medios que involucra e intensidad que presenta, luego no se puede determinar si la conducta defensiva actual fue necesaria para detener el hipotético ataque.

La vinculación entre el requisito de la actualidad del ataque y el de la necesidad de la conducta defensiva se observa también en el punto final del ataque: Si el ataque ha concluido, entonces la conducta defensiva ya no es necesaria y por lo tanto ya no hay derecho a legítima defensa⁴⁹.

6. Actualidad del ataque y proporcionalidad de la conducta defensiva

La proporcionalidad de la conducta defensiva es reconocida de forma cuasi unánime por los ordenamientos jurídicos aquí analizados⁵⁰. Si bien no suele ser muy clara la exposición de la misma

ob. cit., para. 131 (b) 3. DIX, ob. cit., p. 950. BACIGAL, ob. cit., p. 72. LAFAVE, ob. cit., 3 10.4 (d). BEECHER-MONAS, ob. cit., p. 210 y s. ROSEN, Cathrin Jo, "The excuse of self-defense, imminence and woman who kill their batterers", en: *North Carolina Law Review*, 1993, Vol. 71, pp. 371 y ss., p. 379.

⁴⁹ En Alemania: BAUMANN/WEBER/MITSCH, ob. cit., para. 17 Nr. 14. GÜNTHER, ob. cit., para. 32, Nr. 79. En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1315, p. 178. NUÑEZ, ob. cit., p. 196. FONTÁN BALLESTRA, ob. cit., p. 286. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 128. En Dinamarca: WITTEMANN, ob. cit., p. 163. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS/MAGLIVERAS, ob. cit., p. 62. En India. SAXENA, ob. cit., p.120. En Italia: BROCCA, Gianluigi/MINGRONE, Marco, *La legittima difesa*, Milano, 2003, p. 55. PADOVANI, ob. cit., p. 502. FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 278. En Perú: WILLAVICENCIOS TERREROS, ob. cit., p. 539. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit. p. 273.

⁵⁰ En Argentina: DONNA, ob. cit., p. 206. GIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para. 1321, p. 215. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 37. En Costa Rica:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

en algunos sistemas jurídicos, la proporcionalidad de la conducta defensiva se determina confrontando los *bienes jurídicos* que a través de ella se lesionan con aquellos *bienes jurídicos* afectados por el ataque⁵¹. En base a ello los bienes jurídicos destruidos por la

CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., p. 197. En Cuba: BAQUERO VERNIER, ob. cit., p. 126. En China: Parágrafo 20 del C. P. chino. En Dinamarca: RÖNNAU/HOHN, ob. cit. para. 32 Nr. 41. En Escocia: CHRISTIE, ob. cit., p. 97. WITTEMANN, ob. cit. p. 152. En España: WITTEMANN, ob. cit., p. 188. En los Estados Unidos de América: DRESSLER, ob. cit., p. 192. FLETCHER, ob. cit., p. 39. WÖSSNER, ob. cit., p. 31 y 194 y s. En Francia: RASSAT, ob. cit., p. 382. MAYAUD, Yves/ALLAIN, Emmanuelle, *Code Pénal. Annotations de jurisprudence et bibliographie*, cent-quatrième édition, Paris, 2007, Art. 122,5 Nr. 24. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS /MAGLIVERAS, ob. cit., p. 63. En Guatemala: ENRIQUEZ COJULÚN, ob. cit., p. 261 y s. En India: SAXENA, ob. cit., p. 119. En Inglaterra: WITTEMANN, ob. cit., p. 130. RÖNNAU/HOHN, ob. cit. para. 32 Nr. 18. En Irán: artículo 61 de la ley penal iraní. En Italia: GROSSO, en: *Enciclopedia del diritto*, ob. cit., p. 29. PAGLIARO, ob. cit., pp. 443 y ss. DEL CORSO, ob. cit., artículo 52 Nr. 3. PADOVANI, ob. cit., p. 512. BETTIOL/MANTOVANI, ob. cit. p. 384. En Japón: artículo 36 del C. P. Japonés. En México: PAVÓN VASCONCELOS, ob. cit., p. 633. CARRANCÁ Y TRUJILLO/CARRANCÁ Y RIVAS, ob. cit., pp. 606 y ss. En Noruega: ANDEANAES, ob. cit., p. 292. En Paraguay: CENTURIÓN ORTIZ, Rodolfo F., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Asunción 2007, p. 149. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p.70. En Turquía: SÖZÜER, Adem, “Das neue türkische Strafgesetzbuch”, en: *Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht*, TELLENBACH, Silvia (Edit.), Berlin, 2008, p. 22. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 276. Un caso especial lo constituye Alemania, en donde “en principio” no se exige un examen de proporcionalidad de la conducta defensiva (LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. II. WÖSSNER, ob. cit., p. 195. KINDHÄUSER, ob. cit., para. 32 Nr. 30). Sin embargo, para evitar conductas defensivas desproporcionadas la doctrina elaboró ciertos límites a la misma como la de los “límites éticos y sociales de la legítima defensa”, que consiste en definitiva una valoración de los bienes jurídicos afectados por el ataque y la defensa. Ver: GÜNTHER, ob. cit., para. 32 Nr. 102. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32, p. 338.

⁵¹ En Argentina: NUÑEZ, ob. cit., p. 197. En Austria: WITTEMANN, ob. cit., p. 37. En Brasil: SHINTATI, ob. cit., p. 130. En Escocia: WITTEMANN, ob.

Eduardo J. Pintore

conducta defensiva no deben ser desproporcionadamente superiores en valor a los bienes jurídicos que el ataque amenazaba destruir⁵². Los medios empleados tanto en el ataque como en la defensa no forman parte de del examen de proporcionalidad⁵³: si la proporcionalidad se refiriera a los medios empleados en el ataque y en la defensa, se debería juzgar como proporcionada una conducta que destruye bienes jurídicos de altísimo valor para defender bienes

cit., p. 165. En Francia: STEFANI/LAVASSEUR/BOULOC, ob. cit., p. 396. En Inglaterra: RÖNNAU/HOHN, ob. cit. para. 32 Nr. 18. WITTEMANN, ob. cit. pp. 130 y ss. Allí se habla de *balancing of arms*. En Paraguay: CENTURIÓN ORTIZ, ob. cit., p. 149. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p.70. En Uruguay: LANGÓN CUÑARRO, ob. cit., p. 276. A pesar que en Alemania no se exige una evaluación de proporcionalidad de la conducta defensiva, la doctrina es conteste en afirmar que dicho examen involucra los bienes jurídicos afectados por el ataque y la defensa (Ver por ejemplo: WESSELS/BEULKE, ob. cit., Nr. 340.) En los Estados Unidos de América, se observa una remisión a los bienes jurídicos en conflicto en los principios que rigen a la proporcionalidad: La defensa de la propiedad privada no prevalece sobre el derecho a la vida del atacante. Ver: DUBBER, ob. cit., p. 159. HALL, ob. cit., p. 234. ROBINSON, ob. cit., para. 131 (d) 2. DRESSLER, ob. cit., p. 192. WÖSSNER, ob. cit., p. 42, con cita de otros autores. En Italia hubo en el pasado una discusión de si la valoración de la proporcionalidad de la conducta defensiva se basaba en los medios utilizados tanto en el ataque como en la defensa o en los bienes jurídicos afectados por el uno y la otra. En la actualidad la doctrina ampliamente dominante sostiene que el juicio de proporcionalidad se basa solamente en los bienes jurídicos afectados por el ataque y la defensa. Ver: PAGLIARO, ob. cit., pp. 443 y ss. BETTIOL/MANTOVANI, ob. cit. p. 384. DEL CORSO, ob. cit., artículo 52 Nr. 3. PADOVANI, ob. cit., p. 512. GROSSO, en: *Enciclopedia del diritto*, ob. cit., p. 29.

⁵² Por ejemplo no se admite en legítima defensa matar al ladrón para evitar el robo de una ínfima cantidad de dinero.

⁵³ Base de la confusión que se observa al respecto es la conexión que existe entre los medios y su peligrosidad y los efectos que éstos pueden tener sobre los bienes jurídicos en cuestión: No se peligran los mismos bienes jurídicos atacando a través de una bofetada que con un arma de fuego.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

jurídicos de ínfimo valor, toda vez que el medio utilizado sea el único disponible, lo cual sería un contrasentido⁵⁴.

El requisito de la proporcionalidad de la conducta defensiva muestra una estrecha vinculación con el requisito de la actualidad del ataque en dos maneras: primero, si el ataque no es actual no se puede determinar si la conducta defensiva es proporcionada ya que no se conocen los bienes jurídicos que el ataque destruirá⁵⁵; segundo, como bien se remarcó en la doctrina italiana, sólo la lesión del bien jurídico concreto o su puesta en peligro inminente proveniente del ataque actual justifica la inclusión de ese bien jurídico al examen de proporcionalidad⁵⁶. Un peligro general, aunque seguramente real, a

⁵⁴ Esto fue claramente señalado en la doctrina penalista italiana: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 282.

⁵⁵ Esto se ve claramente en los casos de mecanismos de defensa automáticos. Aquí el problema no lo plantea la actualidad del ataque, pues el mecanismo se acciona al momento en que es cometido el ataque, por ejemplo en el momento en que el ladrón ingresa a la habitación protegida, sino el problema se presenta en el requisito de proporcionalidad ya que al momento de activar el mecanismo se conoce qué bienes jurídicos puede dañar el mecanismo, pero no se conoce qué bienes jurídicos afectará el ataque futuro. Del mismo modo se plantea el problema sobre el juicio de necesidad de la conducta defensiva: al no conocerse el ataque no se puede establecer si la conducta defensiva del mecanismo automático es la necesaria para frenarlo o si ésta es innecesaria. Esto se comprueba en el material aquí utilizado en Costa Rica: CASTILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 190 y ss., quien destaca que en estos casos se plantea el problema del juicio sobre la proporcionalidad y sobre la necesidad de la conducta defensiva. En los Estados Unidos de América: WÖSSNER, ob. cit., p. 185. En Francia: RASSAT, ob. cit., p. 383. En Italia, remarcando en general como mientras el ataque en un futuro más lejano se ubica, más difícil es identificar el bien jurídico que será afectado por él: CONSORTE, Francesca, “La presunzione di proporzione in una prospettiva intrnazionale: Spunti interpretativi”, en: *Cassazione Penale*, 2006, (pp. 2653 y ss.) pp. 2655 y s.

⁵⁶ En ese sentido argumentaron Findaca y Musco en torno a la reforma de los incisos 2 y 3 del artículo 52 del C. P. italiano del 13 de febrero de 2006, los cuales reconocen iure et de iure la proporcionalidad de la conducta

Eduardo J. Pintore

algún bien jurídico más o menos identificable no basta para ser considerado dentro del examen de proporcionalidad de la legítima defensa. Sí puede ser considerado en el marco de un estado de necesidad como causa de justificación, en el cual empero se establece una relación de proporcionalidad inversa a la de la legítima defensa: en el estado de necesidad, el bien jurídico salvado por la conducta defensiva debe ser desproporcionadamente superior al bien jurídico afectado por ella. Es por ello que diversos sistemas jurídicos, no admiten la destrucción de bienes jurídicos de alto valor, como la vida, a través de un estado de necesidad justificante, sino sólo en base a un estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad y dentro de los rigurosos requisitos del mismo⁵⁷.

7. Actualidad del ataque y el animus defendendi

La voluntad defensiva o *animus defendendi* es requerida por diversos sistemas jurídicos nacionales. Ella está constituida por el *conocimiento* que el defensor tiene de la situación de ataque⁵⁸ y por la *voluntad* de este de defenderse. A la par de la voluntad defensiva pueden aparecer otros móviles de la conducta presentada, tales como

defensiva, cuando en situaciones de violación de domicilio existe un peligro de agresión (*pericolo di aggressione*) de parte del delincuente. Ver: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 291.

⁵⁷ Esto se comprueba claramente en la jurisprudencia alemana. Ver: Sentencia del Tribunal Federal Supremo del 25 de marzo de 2003 (BGHSt 48 255), en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 2003, pp. 482 y ss. y *Juristenzeitung* (JZ), 2004, pp. 44 y ss. Sentencia del Tribunal Regional de Offenburg del 24 de julio de 2002, en: *Strafverteidiger* (StV), 2003, pp. 672 y ss.

⁵⁸ El conocimiento de la situación defensiva es tan importante que frente a la percepción equívoca de ella, es decir de la percepción de un ataque que no existe, los sistemas jurídicos reconocen una legítima defensa putativa, que no excluye la ilicitud o antijuridicidad de la conducta, sino la culpa del actor. Esto se ve claramente en Italia: BROCCA/MINGRONE, ob. cit., p. 76.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

odio, venganza, etc., pero se exige que la conducta defensiva sea la determinante de la conducta del defensor y no los móviles ajenos a ella⁵⁹.

La relación de la voluntad defensiva con la actualidad del ataque consiste, en que sólo frente a un ataque actual se puede constatar objetivamente la voluntad de defenderse del mismo. Por un lado es muy difícil el “conocer” una futura situación de ataque. Por el otro, de aceptarse una legítima defensa preventiva, quien esté determinado por móviles muy distintos a la defensa podrá siempre alegar que realizó la conducta violenta para prevenir un ataque futuro.

8. Legítima defensa y estado de necesidad

El derecho interno reconoce en los casos de un ataque futuro y de una serie de ataques con respecto a los ataques futuros, una situación de peligro presente la cual, unida a otros requisitos propios de ese instituto jurídico, puede llegar a fundamentar un estado de necesidad. Aquí se observa cómo los sistemas jurídicos nacionales distinguen conceptualmente entre la concesión de una

⁵⁹ En Alemania: KINDHÄUSER, ob. cit., para. 16 Nr. 37. LACKNER/KÜHL, ob. cit., para. 32 Nr. 7. FISCHER, ob. cit., para. 32 Nr. 25. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., para. 32 pp. 342 y ss. BAUMANN/WEBER/MITSCH, ob. cit., para. 17 Nr. 31. WESSELS/BEULKE, ob. cit., Nr. 333 y 350a. En Argentina: JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., para 1318 p. 195. VIÑAS, ob. cit., p. 474. DONNA, ob. cit., p. 219. En los Estados Unidos: FLETCHER, ob. cit., p. 47. DIX, ob. cit., p. 947. DRESSLER, ob. cit., p. 194. En Grecia: ANAGNOSTOPOULOS/ MAGLIVERAS, ob. cit., p. 64. En Italia: FINDACA/MUSCO, ob. cit., p. 287. En Suiza: SEELMANN, ob. cit., p. 72. HURTADO POZO, ob. cit., Nr. 731.

Eduardo J. Pintore

legítima defensa frente a un *ataque actual* y un estado de necesidad frente a una situación de *peligro presente*⁶⁰.

V. La teoría de la legítima defensa preventiva a la luz de los principios generales del derecho

Realizado el análisis sobre los principios generales reconocidos por los diversos ordenamientos jurídicos internos atinentes a las cuestiones que plantea la teoría de la legítima defensa preventiva, se debe a continuación aplicar los resultados obtenidos.

A. Con respecto a la actualidad

Como se observó en el título IV.B.1. los sistemas aquí analizados exigen el requisito de la actualidad del ataque como *conditio sine qua non* para el ejercicio de la legítima defensa. Se trata de un requisito inherente a dicho instituto jurídico. El ataque es actual no sólo cuando ha comenzado sino también cuando es inminente. De una profundización de este concepto se constató que la inminencia del ataque está definida por la inminencia de una *lesión* a un bien jurídico concreto. La lesión del bien jurídico concreto determina la

⁶⁰ Existe una clara división entre el concepto de ataque o agresión para la legítima defensa y el concepto de peligro para el estado de necesidad en: Alemania, párrafos 32 y 34 de su C. P. Bolivia, artículo 32 incisos 6 y 7 de su C. P. Brasil artículos 24 y 25 de su C. P. Colombia, artículo 32 incisos 6 y 7 de su C. P. Costa Rica, artículos 27 y 28 de su C. P. Cuba, artículo 21 incisos 1, 2 y 3 de su C. P. Chile, artículo 10 incisos 4 y 7 de su C. P. China, párrafos 20 y 21 de su C. P. El Salvador, artículo 27 incisos 2 y 3 de su C. P. España, artículo 24 incisos 1 y 2 de su C. P. Grecia, artículo 21 de su C. P. Guatemala, artículo 24 incisos 1 y 2 de su C. P. Honduras, artículo 24 incisos 1 y 4 de su C. P. Irán, artículo 61 de su ley penal. Japón, artículos 36 y 37 de su C. P. México, artículo 15 incisos IV y V de su C. P. Paraguay, artículos 19 y 20 de su C. P. Perú, artículo 20 incisos 3 y 4 de su C. P. Suiza, artículos 15 y 17 de su C. P. Turquía, artículo 25 inciso 1 y 2 de su C. P. Venezuela, artículo 65 incisos 3 y 4 de su C. P.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

actualidad del ataque en tal sentido, que cuando se está frente a una lesión continuada del bien jurídico se admite la existencia de un ataque continuo, y por lo tanto continuamente actual, que da derecho a legítima defensa mientras dure.

En virtud de todo esto se puede considerar la actualidad del ataque como un elemento constitutivo de la legítima defensa lo cual, traducido al orden internacional en virtud de los principios generales que rigen este instituto, fundamenta una interpretación del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y de la legítima defensa del derecho consuetudinario, que exige la actualidad de un ataque para dar lugar a este derecho. Si no hay ataque actual, no hay derecho a legítima defensa. Un ataque puede ser considerado actual cuando es inminente, esto es, cuando el Estado agresor ha comenzado ya una conducta que es idónea de lesionar un bien jurídico de forma inmediata, si no se actúa en legítima defensa⁶¹. En cuanto a la extensión temporal de este derecho y siguiendo una interpretación de la norma internacional a la luz de los principios generales del derecho, se puede sostener que el derecho a actuar en legítima defensa internacional dura mientras dure la lesión a un bien jurídico que constituye el ataque. Se debe empero recordar que esa lesión debe aparecer en la forma de un *ataque armado*, tal como lo exige el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y el derecho consuetudinario coincidente con él.

⁶¹ Esto concuerda con la fórmula Webster en la parte que remarca: "...leaving no choice of means, and no moment of deliberation". Este es la interpretación que parece sostener también el Informe del Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio del año 2004. Ver: UN Doc. A/59/565, para. 188 y 189.

Eduardo J. Pintore

B. Con respecto a los ataques futuros

Dada la exigencia de la actualidad del ataque, los sistemas jurídicos rechazan de forma categórica que un ataque futuro pueda fundar un derecho a legítima defensa, tal como se comprobó en el título IV.B.2. Un ataque futuro puede constituir una situación de *peligro* presente capaz de fundar un estado de necesidad si es que confluyen los demás requisitos de este instituto jurídico.

Frente a este resultado se debe concluir que artículo 51 de la Carta y el derecho a legítima defensa consuetudinario no justifican acciones militares en contra de ataques que se esperan tendrán lugar en el futuro, tal como se argumentó con respecto a la operación *Iraqi Freedom*, en el 2003, o tal como se argumenta en la actualidad con respecto al programa nuclear del Irán. Esto no significa que el Estado amenazado no tenga alternativas de acción: el peligro que genera un posible ataque futuro es de competencia del Consejo de Seguridad, de acuerdo a la Carta de Naciones Unidas, y el Estado así amenazado puede llevar la cuestión ante el mismo. A la par de ello, el peligro presente que genera un ataque futuro puede fundar un estado de necesidad a favor del Estado amenazado, si es que se dan los demás requisitos de este instituto jurídico y teniendo en cuenta que las medidas que tome el Estado no deben estar en contraposición de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza⁶².

C. Con respecto a los ataques que se repiten en el tiempo

En el título correspondiente (IV.B.3) se comprobó cómo los sistemas jurídicos nacionales rechazan en la constelación de los

⁶² Véase artículos 25 y 26, y sus respectivos comentarios, del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas del año 2001, UN Doc. A/56/10.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ataques que se repiten en el tiempo la existencia de un ataque continuo y por lo tanto actual. Los sistemas nacionales valoran a cada ataque por separado, razón por la cual en los momentos en que no hay un ataque concreto y actual, no hay derecho a legítima defensa. Los ataques ya realizados se consideran como ataques pasados y los por venir se consideran como ataques futuros. La serie de ataques puede fundamentar un peligro presente y por lo tanto un estado de necesidad, siempre y cuando se den los demás requisitos de este instituto jurídico.

En el ámbito del derecho internacional esto significa un rechazo a la posición que sostiene que la *accumulation of events theory* puede estar cubierta por el artículo 51 de la Carta y por el derecho consuetudinario correspondiente. En ese sentido, la operación *Enduring Freedom* realizada en Afganistán en el año 2001 carece de toda justificación jurídica basada en una legítima defensa internacional. Los ataques terroristas que se repitieron en el tiempo - según lo argumentado por la coalición todos atribuibles a al Qaeda con asiento en Afganistán- constituyen ataques pasados que no habilitan al ejercicio de este derecho, al igual que los ataques que se espera vendrán en el futuro. Dado el caso se podría reconocer un estado de necesidad internacional, bajo las condiciones y con las limitaciones que se remarcaron en el título inmediatamente anterior.

D. La teoría de la legítima defensa preventiva y los demás requisitos de la legítima defensa

La legítima defensa como instituto jurídico es una construcción jurídica basada en una situación natural, cual es la defensa frente a un ataque, y que está constituida por elementos o requisitos inherentes a esa construcción jurídica vinculados a esa situación natural. Tal como se observó en el transcurso de la investigación, estos requisitos o elementos constitutivos de la legítima defensa muestran una interrelación entre ellos. Si la

Eduardo J. Pintore

actualidad del ataque es un elemento inherente a la legítima defensa, su ausencia tiene que afectar necesariamente a los demás elementos de este instituto jurídico. Y esto exactamente fue corroborado a lo largo de la investigación.

1. La ilicitud del ataque

En cuanto a la *ilicitud* del ataque se observa que todos los sistemas lo exigen: sería jurídicamente ilógico que un sistema legal reconociera legítima defensa en contra de una conducta totalmente acorde a derecho. Es justamente la ilicitud del ataque lo que justifica el actuar en contra de él en legítima defensa. Es en base a la ilicitud del ataque que se admite el ejercicio de la legítima defensa en contra del atacante, distinto a los casos de estado de necesidad en donde se puede afectar bienes jurídicos de terceros inocentes, es decir, personas que actúan conforme a derecho. Ahora bien, si se reconociera una legítima defensa preventiva, se debería aceptar necesariamente la realización de una conducta defensiva actual en contra de un sujeto, el futuro atacante, que actualmente se conduce conforme a derecho y no presenta ninguna conducta ilícita. Esto significaría que un Estado pueda ser atacado, a pesar de presentar actualmente una conducta lícita, porque se sostiene que en el futuro realizará un ataque ilícito. Esto se comprueba de manera clara tanto en la operación *Enduring Freedom* como en la operación *Iraqi Freedom*⁶³. Ni el Afganistán del año 2001 ni el Irak del año 2003 ejecutaban un ataque ilícito al momento de sufrir la reacción militar de las respectivas coaliciones, como así tampoco el Irán presenta un ataque

⁶³ En este caso, Irak no había violado ninguna norma internacional que convirtiese directamente a los Estado Unidos de América en Estado lesionado y por lo tanto facultado para tomar medidas de autodefensa. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “La Invasión de EE.UU a Iraq: Legalidad-Legitimidad vs. Pragmatismo Globalizante”, en: *Anuario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año 2005, p. 6.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

ilícito en el caso de no cumplir con acuerdos sobre energía nuclear⁶⁴. El instituto jurídico, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, que posibilita el actuar en contra de un tercero inocente, en base a un peligro actual de sufrir una lesión a un bien jurídico en un futuro más o menos próximo, es el estado de necesidad. Como ya se ha remarcado empero, el estado de necesidad en el derecho internacional excluye la posibilidad de utilizar la fuerza en contra de otro Estado.

Otro resultado ilógico a causa de la teoría de la legítima defensa preventiva surge del hecho que la exigencia de la ilicitud del ataque excluye la legítima defensa frente a conductas justificadas como por ejemplo aquellas conductas cubiertas, justamente, por una legítima defensa: no hay legítima defensa contra una legítima defensa. Si se llegara a aceptar la teoría de la legítima defensa preventiva, empero, se daría el caso ilógico en que un Estado es atacado militarmente en virtud de una legítima defensa preventiva, si bien el mismo no presenta en la actualidad ningún ataque ilícito y sin reconocerle a él un derecho a defenderse de ese ataque actual, debido a que se le imputa que en el futuro realizará un ataque ilícito. Esto significaría que el ataque armado actual es lícito, porque el ataque armado futuro será ilícito, lo cual es jurídicamente insostenible.

⁶⁴ Aquí se debe tener en cuenta que la legítima defensa internacional no se otorga frente a cualquier conducta ilícita, sino sólo frente a una conducta ilícita que adquiera la forma de *ataque armado*, tal como lo establece el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas. En virtud de ello incumplimiento de un tratado de desarme, por ejemplo, no constituye la conducta ilícita requerida por la norma internacional para actuar en legítima defensa.

2. La necesidad de la conducta defensiva

El requisito de la *necesidad* de la conducta defensiva es reconocido por todos los ordenamientos jurídicos, al igual que en el derecho internacional, como elemento constitutivo de la legítima defensa. La necesidad significa que el medio empleado para la defensa es, de entre todos los medios idóneos disponibles para frenar el ataque, el menos dañoso para el atacante. Este requisito se contraponen a la teoría de la legítima defensa preventiva en contra de un ataque futuro: si el ataque es futuro se dispone de tiempo para tomar otras medidas menos dañosas que la conducta defensiva. Tanto en el caso de la operación *Enduring Freedom* del 2001 como de la operación *Iraqi Freedom* del 2003, se puede comprobar la falta de necesidad tanto de una como de la otra ya que al momento de ejecutarse no se desarrollaba ningún ataque que se debiera contrarrestar y por lo tanto se podrían haber tomado otras medidas menos dañosa que una intervención militar a gran escala. En la situación actual con respecto al Irán, se observa una falta absoluta de ejecutar una “conducta defensiva” en contra de este Estado que actualmente no presenta ningún ataque. En virtud de ello se pueden emplear otras medidas menos dañosas, es decir que cuestan menos vidas humanas como ocurrió en Afganistán e Irak. En general, frente a un temido ataque futuro se puede, entre otras medidas, involucrar al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el asunto. Todo ello lleva a la inexistencia de la necesidad de la conducta defensiva actual en legítima defensa frente a un ataque futuro.

Dentro de la vinculación de este requisito con el de la actualidad del ataque es de notar que si no hay actualidad del ataque tampoco hay necesidad actual de la defensa. El caso de la operación *Iraqi Freedom* es paradigmático: Si se sostenía que Irak, una vez completado su programa de armas de destrucción masiva, podría atacar a algún Estado, porqué realizar la conducta defensiva en el

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

2003 pudiendo ser ejecutada más tarde, en un año o dos, tiempo en el cual se podría haber neutralizado el peligro a través de otros medios o, simplemente, se podría haber comprobado, que Irak no poseía ningún programa de armas de destrucción masiva desde el año 1991 y por lo tanto no podía ejecutar ningún ataque futuro con ellas⁶⁵.

Con respecto a los ataques pasados, contemplados en la teoría de la acumulación de eventos, desaparece la necesidad de reaccionar con legítima defensa, justamente, porque ya no hay más un ataque del cual defenderse.

Por último se ha observado cómo el requisito de la necesidad de la conducta defensiva exige la actualidad del ataque para poder realizar un juicio de necesidad: si el ataque es futuro, no se lo conoce en cuanto a los medios empleados en el mismo ni tampoco en su intensidad, luego se torna imposible juzgar si la “conducta defensiva” actual cumple con el requisito de la necesidad.

3. La proporcionalidad de la conducta defensiva

La proporcionalidad de la conducta defensiva es reconocida como otro de los elementos constitutivos de la legítima defensa. El examen de la misma se basa en la confrontación de los bienes jurídicos afectados tanto por la conducta defensiva como por el ataque, no debiendo ser los primeros desproporcionadamente superiores en valor a los segundos. La conexión que ella tiene con el requisito de la actualidad del ataque, y que milita en contra de la

⁶⁵ Ver el informe del Grupo de Investigación (Survey Group), “Comprehensive Report of the Special Advisor to the DCI on Iraq’s WMD”. Allí bajo el título “Key Findings” se reconoce expresamente que las capacidades de armas de destrucción masiva por parte del Irak estaban “esencialmente destruidas” en el año 1991. El informe puede ser consultado en: https://www.cia.gov/library/reports/general-reports/1/iraq_wmd_2004/index.html

Eduardo J. Pintore

adopción de la teoría de legítima defensa preventiva, se da en el hecho de que el ataque futuro no es conocido en su configuración y por lo tanto no son conocidos los bienes jurídicos que el mismo afectará. Dada esta imposibilidad de conocer los bienes jurídicos que el ataque futuro afectará, se torna imposible del mismo modo establecer un juicio de proporcionalidad con respecto a los bienes jurídicos que afecta la conducta defensiva preventiva. Pretender dictar un juicio en esas condiciones implicaría realizar una confrontación de datos concretos (los bienes jurídicos afectados por la defensa preventiva) con datos imaginarios (los bienes jurídicos que afectaría un ataque futuro)⁶⁶.

Los efectos concretos de este principio en la legítima defensa internacional se pueden observar en los ejemplos aquí analizados: tanto en el caso de la operación *Enduring Freedom* como en la operación *Iraqi Freedom* no se puede concluir que las “conductas defensivas” consistentes en la toma del territorio de Afganistán y del Irak respectivamente, luego de sangrientas guerras, hayan sido proporcionales ya que no se conoce y nunca se conocerá qué tipos de bienes jurídicos hubieran afectado los pretendidos ataques que, de acuerdo a los alegatos de la coalición, de esos dos países amenazaban provenir. Esto se ve claramente frente a la situación en torno al Irán: ¿qué bienes jurídicos podría afectar un futuro ataque por parte del Irán? Esta pregunta formulada empero con la plena conciencia de que un Irán que un futuro pueda poseer armas nucleares, no significa un Irán que vaya a utilizarlas necesariamente.

⁶⁶ En la doctrina italiana Zaina remarca que se estaría frente a un examen ficticio ya que para realizarla se tomaría como base una conducta efectivamente dada, de un lado, y un ataque que nunca ocurrió, del otro lado. ZAINA, ob. cit., p. 38.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

A la par de ello se debe remarcar que sólo el daño en curso o el peligro concreto a un bien jurídico identificable que produce un ataque actual justifica la inclusión de ese bien jurídico al examen de proporcionalidad. Este principio de la legítima defensa en el plano internacional se manifiesta, en los ejemplos aquí seguidos, de la siguiente forma: puede ser que de no haber detenido a al-Qaida en Afganistán, se hubieran seguido cometiendo atentados con pérdidas de vidas humanas, tal como se argumentó de parte de las potencias de la coalición⁶⁷. Pero el peligro de perder vidas humanas no justifica la destrucción concreta, real y actual de miles de vidas humanas que produce la conducta preventiva. Es jurídicamente, al igual que moralmente, difícil de fundamentar que para evitar el peligro que corren vidas humanas a causa de un supuesto ataque futuro, se pueda destruir actualmente vidas humanas. En el caso del Irán una legítima defensa preventiva significaría que se va a sacrificar miles de vidas humanas, tal como se hiciera en Afganistán e Irak, para eliminar el peligro que existiría sobre otros miles de vidas humanas. Como se vio en el derecho interno, sólo dentro de un estado de necesidad se admite incluir al examen de proporcionalidad a bienes jurídicos afectados por un peligro presente. En el estado de necesidad empero se exige que el valor salvado sea desproporcionadamente superior al afectado por la conducta defensiva. Es por ello que también el estado de necesidad del derecho internacional no admite la destrucción de bienes jurídicos de alto valor, tal como lo establece el artículo 25 del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos⁶⁸.

⁶⁷ Ver por ejemplo las presentaciones de los Estados Unidos de América y de Gran Bretaña ante el Consejo de Seguridad, UN Doc. S/2001/946 y UN Doc. S/2001/947.

⁶⁸ El artículo 25 inciso 1 párrafo b) establece como uno de los requisitos del estado de necesidad que: "No afecte gravemente a un interés esencial del

Eduardo J. Pintore

4. La voluntad defensiva o animus defendendi

Como se viera en el título correspondiente (IV.B.8), la voluntad defensiva o *animus defendendi* viene exigido por diversos sistemas jurídicos internos, de acuerdo al material analizado en este trabajo. Ella está constituida por el *conocimiento* de la situación de ataque y la *voluntad* de defenderse. La falta de voluntad defensiva excluye la legítima defensa.

Si se aplica este requisito -aún no investigado lo suficientemente en el ámbito internacional- a la teoría de la legítima defensa preventiva se notará la dificultad casi insuperable de poder establecer fehacientemente la existencia de una verdadera voluntad defensiva ante un ataque que por ser futuro no puede ser comprobable de manera objetiva. Sólo el ataque armado actual puede proveer la certeza de la voluntad de defenderse frente al mismo. El reconocer una legítima defensa en contra de un ataque que se realizará en el futuro, facilita la invocación de esta justificante en casos en los cuales los Estados persiguen otros fines, generalmente ilícitos, distintos a la defensa, como por ejemplo, el apoderamiento de fuentes de recursos naturales o la ocupación de lugares estratégicamente relevantes ubicados en el territorio de otros Estados. Si se observan los ejemplos aquí analizados, la operación *Iraqi Freedom* puede ser ordenada al primer caso⁶⁹, mientras que la

Estado o de los Estados con relación a los cuales existe esa obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto". Ver: UN Doc. A/56/10.

⁶⁹ Horas antes del comienzo de dicha operación, el representante de Siria en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sostuvo: "Syria believes that ignoring that paragraph, demanding that inspectors be suddenly withdrawn from Iraq or that their work be suspended also makes it clear, beyond any shadow of a doubt, that the objective is not to disarm Iraq of weapons of mass destruction, but to occupy it and usurp its natural resources, in contravention of all norms and laws". Ver: UN Doc. S/PV. 4721. Accesible en:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

operación *Enduring Freedom* corresponde al segundo⁷⁰. Las posibilidades de abusos en este sentido que la teoría de la legítima preventiva provee, fueron reconocidas incluso por los Estados que la reclamaron para sí⁷¹. Por todo lo aquí expuesto, se verifica que la teoría de la legítima defensa presenta problemas insolubles también con respecto al requisito de la voluntad defensiva.

D. La teoría de la legítima defensa preventiva y el instituto jurídico del estado de necesidad

Como se viera en el transcurso del trabajo, los problemas que plantea la teoría de la legítima defensa preventiva sobre los diversos requisitos que constituyen el instituto jurídico de la legítima defensa son tratados por los diversos ordenamientos jurídicos en el marco de otro instituto jurídico emparentado con la legítima defensa pero a la vez distinto: el instituto jurídico del estado de necesidad. Esto se debe a que la situación de peligro sobre un bien jurídico, peligro derivado no de un ataque actual sino de uno futuro, es una situación defensiva propia y característica del estado de necesidad. Esto se refleja entre otros, en la ejecución de la conducta

<http://www.undemocracy.com/S-PV-4721.pdf> Fecha de consulta: 02/04/2013.

⁷⁰ Afganistán limita al oeste con el Irán (rico en recursos energéticos), al norte con los países del Asia Central (ricos en recursos energéticos y minerales), al nordeste con China (Gran consumidor de recursos naturales de todo tipo y principal competidor estratégico de los Estados Unidos de América) y al sur con Pakistán, el cual completa la salida al mar de los recursos energéticos y minerales provenientes del Asia Central. La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América del 2006, p. 40, caracteriza a Afganistán como “país puente”. Allí se afirma: “Increasingly Afghanistan will assume its historical role as a land-bridge between South and Central Asia, connecting these two vital regions”.

⁷¹ La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América del año 2002 remarca en su p. 15, esta posibilidad: “...nor should nations use preemption as a pretext for aggression”.

Eduardo J. Pintore

defensiva en contra de un sujeto que actúa *licitamente* (el atacante futuro), en la *necesidad* de tomar medidas defensivas a pesar que no existe un ataque actual y en el problema que se plantea en torno al juicio de *proporcionalidad* de la conducta defensiva. Tanto la constelación del ataque futuro como de los ataques que se repiten en el tiempo no constituyen un *ataque actual* en el sentido del instituto jurídico de la legítima defensa, sino una situación de *peligro presente* típica del estado de necesidad, tal como numerosos sistemas jurídicos lo remarcan a través de la diferencia conceptual utilizada para uno y otro instituto⁷². Todo esto, tal como se analizara aquí en los títulos inmediatamente anteriores, es aplicable al plano internacional.

VI. Conclusiones

En el transcurso de este trabajo, los principios generales del derecho que rigen el instituto de la legítima defensa nos mostraron la inviabilidad de la teoría de la legítima defensa preventiva en el derecho internacional.

Esta teoría incorpora una situación defensiva típica del estado de necesidad, cual es un peligro presente fundado en un temido ataque futuro, al instituto jurídico de la legítima defensa problematizando de forma insalvable cada uno de los distintos requisitos que la constituyen. En virtud de ello, la teoría de la legítima defensa preventiva no presenta un mero problema de interpretación del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas y del derecho consuetudinario conforme con él, sino una verdadera imposibilidad lógico-jurídica. El instituto jurídico de la legítima defensa está imposibilitado de cubrir medidas armadas de carácter preventivo.

⁷² Ver: Título IV.B.8 de este trabajo.

LA GARANTIA DEL AMPARO: UNA VISION DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

THE GUARANTEE OF AMPARO: INSIGHT FROM
INTERNATIONAL PUBLIC LAW

*Néstor Alejandro José Hillar**

Resumen: El presente trabajo, representa un estudio sistemático del amparo, como se regula en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y como una garantía del Derecho Internacional Público. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 25 determina la protección judicial, mediante la acción de amparo: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo antes de que los jueces o tribunales competentes, que actúan violan sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación puede haber cometido por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados partes se comprometen: a. para asegurar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial y c. para garantizar la aplicación, por las autoridades competentes de cualquier decisión que se ha estimado el recurso del Apartado 1 del artículo 25 de la Convención, señala la obligación internacional de los Estados partes, de contar con un recurso rápido, simple y eficaz, que cubre todas las personas, que están bajo su jurisdicción, o

* Abogado & Contador Público Nacional. Profesor asistente de la materia, Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U. N. C. E-mail: hillarconsult@yahoo.com.ar

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

contra actos violan los derechos fundamentales, para la defensa y protección de los derechos reconocidos en las respectivas constituciones, leyes, o en el propio Convenio. Esta obligación de los Estados, incluye tener jueces o tribunales competentes, para su conocimiento, proceso y resolución, así como la ejecución de resoluciones judiciales en su integralidad. Los actos en violación a los derechos humanos incluyen especialmente los cometidos por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones de estado. Por lo tanto, es la conducta del estado, a través de cualquier persona que actúe en el ejercicio de la autoridad pública, que puede definirse como una violación de los derechos humanos fundamentales, pero la protección en este caso se extiende asimismo a los actos de particulares.

Palabras - clave: Amparo – Garantía fundamental – Derecho Internacional Público – Alcance de la garantía – Formas de protección.

Abstract: The present work represents a systematic study on the amparo, as it is regulated in the American Convention of human rights. The American Convention, on human rights, or Pact of San José, in its article 25 of Judicial protection, notes: 1. Everyone has the right to simple and prompt recourse or any other effective remedy before judges or competent tribunals, which act that violate their fundamental rights recognized by the Constitution, the law or the present Convention even when such violation may have been committed by persons acting in the exercise of their official duties. 2. The States parties undertake: a. to ensure that the competent authority provided for by the legal system of the State will decide on the rights of any person claiming such remedy; b. to develop the possibilities of judicial remedy, and c. to ensure the implementation, by the competent authorities of any decision that the resource has been estimated from Paragraph 1 of article 25 of the Convention, drew the international obligation of States parties, to count with a fast, simple, and effective, resource that covers all people, that are under its jurisdiction, or against acts violate fundamental rights, for the defence and protection of the

Néstor Alejandro José Hillar

rights recognized in the respective constitutions, laws, or in the Convention itself. This obligation of States, includes having judges, or competent courts, to his knowledge, process, and resolution, as well as the enforcement of judgements in its integrity. The acts in violation to human rights, include particularly those committed by persons acting in the exercise of their State functions. Therefore, it is the conduct of the State, through any person, acting in the exercise of public authority, which can be characterized as a violation of human rights. But also leaves open the possibility of violations, human rights acts are committed by private individuals.

Keywords: Amparo – Fundamental guarantee – Public International Law – Scope of the protection.

SUMARIO: 1. Los Antecedentes. - 2. El amparo su desarrollo y recepción. - 3. El artículo 25 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica. - 4. El sentido de la regulación del amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. - 5. La influencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno de los países latinoamericanos. - 6. La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. - 7. Conclusión.

1. Los antecedentes del amparo

Se suele mencionar como antecedente, de la acción de Amparo, al interdicto pretoriano, del *homine libero exhibendo*, o a la *intercessio tribunicia*, del derecho romano, así como los procesos forales aragoneses, de la Edad Media¹.

¹ MAC GREGOR, Eduardo Ferrer, en *El amparo iberoamericano*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, Chile, págs. 39 a 65.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Dicha afirmación es correcta, si nos referimos principalmente al Amparo en general en América. Sin embargo, si nos referimos al Amparo regulado en algunos países americanos, como la Argentina, la protección de la libertad personal, está regulada por otro Instituto (*Habeas Corpus*). En puridad de conceptos, el estudio del Amparo como garantía de los derechos humanos, sea como concepto amplio, o excluyendo a la libertad personal, **interesa al Derecho Internacional Público**, y a la rama de este, denominada, **Derecho Internacional de los DD. HH.** y asimismo al **Derecho Internacional Procesal**.

En los Estados latinoamericanos, progresivamente se adoptó la figura del *Habeas Corpus*, como herramienta para la protección de la libertad personal.

Sin perjuicio de las distintas denominaciones que recibió el Instituto, la naturaleza del mismo era símil. Debido a que el *Habeas Corpus* constituía la única herramienta para la protección de los derechos humanos antes de la regulación del Amparo como tal, el *Habeas Corpus*, fue ampliándose a la protección de otros derechos de fundamental importancia y que hasta el momento no tenían consagrada una garantía que constituyera la base de su protección. Pero luego el amparo se divorció del *Habeas Corpus*, protegiendo a todos los otros derechos que no caían en el derecho a la libertad ambulatoria o física.

Nos interesa hacer **un estudio del Amparo** desde el punto de vista del **Derecho Internacional Público** y determinar si este es, o no, **una garantía establecida por dicho derecho**. Es una visión *ius* internacionalista de la garantía, y como impacta en el derecho interno.

Podríamos decir que el principal antecedente de la expansión de la garantía antes mencionada, la constituye la

Néstor Alejandro José Hillar

interpretación extensiva del habeas corpus de la Constitución de la República de Brasil, al ampliarse a la protección de otros derechos humanos fundamentales, siempre y cuando guardaran similitud con la libertad individual, por ello fue necesario darle protección jerarquizada a ciertos derechos fundamentales.

Debiendo recordar asimismo, que a mi juicio, los tres derechos humanos mayores, son el **derecho a la vida digna, a la integridad psico, física y moral, y a la libertad, y seguridad personal** y que, por ende, estos tienen prioridad frente a los otros derechos fundamentales, aclarando que el **derecho a la vida digna, es siempre el más importante de los tres.**

Tal interpretación con el tiempo fue abandonada, al punto de restringirse esta a la protección originaria de libertad individual, y así se creó una nueva figura, el *Mandato de Segurança* (mandato, o mandamiento de seguridad), reconocido por la Constitución de 1934, institución esta que se corresponde con la figura conocida como Amparo y que tiende a asegurar la protección de los derechos y libertades fundamentales, con la excepción de la libertad individual.

La interpretación extensiva de la Constitución brasileña, sirvió de fuente para otros Estados, entre ellos la Argentina, que en varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la aplicó en forma pretoriana. Luego el instituto fue reconocido legislativamente, y posteriormente incorporado en la propia Constitución Nacional, en la reforma de 1994 (Art. 43°), siguiendo en general los lineamientos del art. 25 de la Convención Americana de DD.HH.

Recordando un poco más la evolución de este Instituto en el Estado Mexicano, podemos recordar lo que el prestigioso miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Hector Fix-

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Zamudio² ha denominado, una “*federación de instrumentos procesales*”, a través del amparo de la libertad o *habeas corpus*; el amparo contra leyes, a su vez mediante la acción de inconstitucionalidad, y el recurso de inconstitucionalidad; el amparo contra actos administrativos (contencioso-administrativo); el amparo contra sentencias (casación); y el amparo agrario. Ello ha permitido concluir que el amparo mexicano configura una tutela específica de los derechos humanos, particularmente en los casos de amparo contra leyes, amparo de la libertad y amparo contra actos administrativos. Si bien el amparo mexicano como tal no ha sido adoptado en el resto de Latinoamérica, ha influido desde el siglo XIX en la creación de las diversas modalidades de amparo constitucional, como fue el caso de El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894).

En la actualidad, bajo el nombre de “**amparo**”, en la mayoría de los casos incluso a nivel constitucional, al menos 13 ordenamientos latinoamericanos han adoptado expresamente este instituto para la protección de los derechos de la persona: Argentina³; Bolivia⁴; Costa Rica⁵; El Salvador⁶; Guatemala⁷;

² Ver AYALA CORAO, Carlos M., citando a H. Fix-Zamudio. *Justicia Constitucional. Ombudsman y Derechos Humanos*. Comisión Nacional, en Corte Interamericana de Derechos Humanos *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria - Volumen I. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. Pág. 341.

³ Artículo 43, Constitución de la Nación Argentina, reformada en 1994; (Constitución de Argentina);

⁴ Artículo 19, Constitución Política de Bolivia de 1967, reformada en 1994 (Constitución de Bolivia).

⁵ Artículo 48, Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, con reforma de 1989. (Constitución de Costa Rica).

⁶ Artículo 182, ordinal 1, Constitución de la República de El Salvador de 1983, (Constitución de El Salvador).

Néstor Alejandro José Hillar

Honduras⁸; México⁹; Nicaragua¹⁰; Panamá¹¹; Paraguay¹²; Perú¹³; Uruguay¹⁴ y Venezuela¹⁵.

2. El amparo su desarrollo y recepción

Existen diversas etapas en el desarrollo de los instrumentos utilizados por las naciones para la protección de los derechos humanos, que van desde una inicial caracterizada por un proceso de constitucionalización de los derechos humanos, mediante su declaración en las Constituciones; seguido de una intermedia de internacionalización de los mismos, por su inclusión en los instrumentos internacionales; terminando con la etapa actual marcada, por la doble vía de la constitucionalización y la internacionalización de los derechos humanos¹⁶.

⁷ Artículo 265, Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, (Constitución de Guatemala).

⁸ Artículo 183, Constitución de la República de Honduras de 1982, (Constitución de Honduras).

⁹ Artículo 107, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada (Constitución de México).

¹⁰ Artículo 188, Constitución de la República de Nicaragua de 1995, (Constitución de Nicaragua).

¹¹ Artículo 50, Constitución de la República de Panamá de 1972 con reforma de 1983, (Constitución de Panamá).

¹² Artículo 134, Constitución de la República de Paraguay de 1992. (Constitución de Paraguay).

¹³ Artículo 295, Constitución de la República de Perú de 1979 y artículo 200 de la Constitución de 1993, (Constitución de Perú).

¹⁴ A pesar de las declaraciones generales contenidas en los Artículos 7 y 72, Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1966, reformada en 1996, (Constitución de Uruguay); en la Ley de 1984 reformada en 1988.

¹⁵ Artículo 49, Constitución de la República de Venezuela de 1961, (Constitución de Venezuela).

¹⁶ CARÍAS-BREWER, Allan R., "El amparo en América Latina: La Universalización del régimen de la Convención Americana sobre derechos humanos y la necesidad de superar las restricciones nacionales", artículo

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Luego de la expansión de las declaraciones constitucionales sobre derechos humanos, que se produjo durante los Siglo XVIII, y XIX, hasta la primera mitad del Siglo XX, fue precisamente a partir de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia de los horrores que la provocaron y que pusieron al descubierto las más aberrantes violaciones a los derechos humanos nunca imaginadas, cuándo se comenzó en la búsqueda de un necesario ámbito universal, para la lucha en pro de la protección de los mismos. Ello condujo a su consagración en diversos instrumentos nacionales, lo que además llevó a una consecuente y progresiva recomposición del concepto mismo de soberanía, clave en la configuración del derecho constitucional de la época.

El **Derecho Internacional Público**, así, comenzó a jugar un rol significativo en el establecimiento de límites al propio derecho constitucional, con motivo de los nuevos principios y compromisos internacionales, que se fueron conformando para asegurar la paz y el respeto a los derechos humanos.

Por ello, no es de extrañar que de esa Segunda Guerra Mundial haya surgido, no sólo la efectiva constitucionalización de la protección de los derechos humanos, sino el proceso mismo de **internacionalización de los derechos humanos**, con la adopción, en 1948, tanto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por la Organización de Estados Americanos, como de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por la Organización de las Naciones Unidas; y, en 1950, de la Convención Europea de Derechos Humanos. Ese proceso se consolidó en las décadas de los sesenta y setenta, con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto Inter-

Néstor Alejandro José Hillar

nacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, en el ámbito de las Naciones Unidas, y en 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ámbito interamericano.

Entre los derechos constitucionalizados e internacionalizados en esos instrumentos está, precisamente, **la institución del amparo, como vía judicial expedita, para la protección de los derechos humanos**, la cual se había venido desarrollando en América Latina desde el Siglo XIX; y que ha adoptado incluso otras denominaciones, como la de tutela, la de protección constitucional, o la de *mandato de segurança*.

Por ello bien podemos afirmar, que el amparo es una institución latinoamericana, desarrollada para la protección tanto de la libertad personal (donde la acción recibe el nombre especial de *hábeas corpus*), como, en general, de todos los otros derechos humanos fundamentales, y tiene caracteres del derecho sustancial, como del derecho adjetivo, por lo que interesa su estudio asimismo al **derecho internacional procesal**.

Además, en las últimas décadas al *hábeas corpus* y al **amparo**, en las Constituciones, se ha agregado la acción de *hábeas data* o amparo por *habeas data*, como un medio específico de protección de los derechos de las personas frente a los archivos y bancos de datos, que llevan el Estado o sujetos privados.

Los juristas latinoamericanos, sin duda, pueden reivindicar todos estos mecanismos de protección como de origen latinoamericano, sin tener que estar buscando antecedentes, que no los hay, en los regímenes históricos europeos.

Asimismo es de destacar el particular caso de la República Dominicana, que fuera el último país en incorporar este Instituto, no ya a través de un precepto legal, o alguna norma constitucional, sino

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

por una creación pretoriana de la Suprema Corte de Justicia, en fallo publicado con fecha 24 de Febrero de 1999, donde reconoce plenamente al Art. 25 Inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir incorpora al Derecho Positivo interno el precepto internacional que prevé la necesidad de un recurso sumario y efectivo que ampare contra actos que violen derechos fundamentales.

Debemos finalmente lamentar el retiro de Venezuela del ámbito de protección de los derechos humanos, creado por la Convención Americana de los DD. HH., durante el gobierno del extinto presidente Chávez.

3. El artículo 25 de la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica

Este artículo resulta ser de fundamental importancia, ya que garantiza la vía del amparo en el ámbito internacional, para hacer efectivos los derechos y libertades fundamentales del hombre americano:

Art. 25, 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Esta consagración del derecho de amparo en la Convención Americana, por otra parte, se configura como una obligación internacional impuesta a los Estados de asegurar a las personas ese recurso efectivo de protección de sus derechos. Por ello, la propia Convención dispone que:

Néstor Alejandro José Hillar

Art.25, 2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) *a garantizar que la autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, incluso ha señalado en una *Opinión Consultiva* (OC-9/87, sec. 24) que para que el recurso exista:

“No basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y prever lo necesario para remediarla”;

Al punto de que su falta de consagración en el derecho interno, podría considerarse como una trasgresión de la Convención.

En la actualidad, por tanto, puede considerarse que la definición contenida en la Convención Americana sobre el derecho de amparo constituye el parámetro más adecuado e importante sobre este mecanismo efectivo de protección, por lo cual deben diseñarse estrategias para que desde la perspectiva constitucional se pueda utilizar el sistema de protección internacional de derechos humanos, y se puedan superar las restricciones nacionales a la institución del amparo, que se han venido desarrollado en algunos Estados de América Latina.

4. El sentido de la regulación del amparo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Conforme al antes mencionado artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya redacción y lenguaje sigue los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Políticos, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier otro recurso efectivo o acción expedita, ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos en la respectiva Constitución en las leyes (que son materialmente constitucionales), y en la propia Convención Americana.

De esta norma internacional, puede decirse que se derivan los contornos que debería tener esta acción de amparo, de tutela, o de protección de los derechos humanos fundamentales en los derechos internos, los cuales lamentablemente en muchos estados se encuentran parcialmente restringidos por leyes internas.

A los efectos de poder confrontar la norma interamericana con las regulaciones del derecho interno de los países de América Latina, y poder plantear las adaptaciones necesarias debemos comenzar, por tanto, por definir el sentido de la regulación contenida en la Convención Americana el cual se conforma por los siguientes elementos:

. Primeramente debe señalarse que en la Convención Americana, se concibe al amparo **como un derecho humano fundamental**, es decir, como un derecho en sí mismo y no sólo como una garantía adjetiva. Se indica en efecto que toda persona “tiene derecho” a un recurso (o acción); por lo que no sólo se trata de que toda persona, sólo deba tener a su disposición una garantía adjetiva, concretizada en un solo recurso, o en una acción de amparo, tutela o protección, sino que toda persona tiene derecho a la protección, o amparo judicial: se trata de un derecho sustancial, y adjetivo a la vez, que tiene conexión con el **derecho a la tutela judicial efectiva**.

Por ello, en realidad, estamos en presencia de un derecho fundamental de carácter internacional y constitucional de las personas humanas, a tener a su disposición **un medio judicial**

Néstor Alejandro José Hillar

efectivo, rápido, y eficaz de protección, en el sentido clásico de la palabra, a una acción especial, que goza de determinadas condiciones, siendo uno de ellos la rapidez.

. Como segundo punto, debe destacarse que la Convención regula un derecho que se le debe garantizar como legitimado activo a “toda persona”, sin distinción de ningún tipo, por lo que corresponde a las personas naturales, y a las personas jurídicas, o morales; a las personas nacionales, y a las extranjeras; a las hábiles, y no hábiles; a las personas de derecho público, y a las de derecho privado. Es decir, corresponde a toda persona, en el sentido más universal, aunque a nivel del Pacto de San José sólo tienen acceso las personas humanas, usando los términos del proyecto de Código Civil Argentino, del año 2013, se comprende en ella la posible utilización de la acción de clases, como lo prueba el caso Halabi.

. En tercer lugar, los mecanismos judiciales y procesales de protección de los derechos humanos, a los que se refiere la Convención Americana, pueden ser variados.

La Convención habla de un **medio efectivo, rápido, y sencillo, que por tanto, puede ser de cualquier clase**. Por ello, en realidad, puede tratarse de cualquier medio judicial, y no necesariamente una sola y única acción de protección o de amparo. Por tanto, la Convención no necesariamente se refiere a un solo medio adjetivo de protección, sino que puede y debe tratarse de un conjunto de medios de protección, que puede implicar, incluso, la posibilidad de utilizar los medios judiciales ordinarios, como por ejemplo sucede con los *writs* en el derecho angloamericano los recursos, e incluso las medidas cautelares que no requieren de una demanda posterior (medidas auto-satisfactivas), debiendo concederse con criterio amplio todas las medidas cautelares que se pidan, al iniciar el proceso.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

. En cuarto lugar, la Convención señala que el medio judicial de protección, o la acción de amparo, pueden interponerse ante los Tribunales competentes, de lo que resulta que la intención de la Convención es que no se trata de un solo y único Tribunal competente, y que debe garantizarse el derecho al recurso judicial.

Ello, por supuesto, se debe regular en el ordenamiento interno, pero el fundamento de la regulación de la Convención es que ésta debe ser esencialmente la función del Poder Judicial, como también sucede por ejemplo en los sistemas anglo-americanos, donde el amparo existe sin que se lo denomine como tal. En esos sistemas, los jueces cotidianamente dictan órdenes o decisiones de *mandamus*, *injunctiões*, y *prohibitions*, es decir, todos los tipos de decisiones judiciales que equivalen al amparo en América Latina, como parte de la cotidianidad de la acción del juez, sin que tenga una característica adjetiva especial.

. En quinto lugar, conforme a la Convención, este derecho a un medio efectivo de protección ante los tribunales se establece para la protección de todos los derechos constitucionales que estén en la Constitución, en la ley, en la propia Convención Americana, o que sin estar en texto expreso, sean inherentes a la persona humana o a su dignidad, lo que incluye a los derechos personalísimos, (incluidos, en el proyecto de Código Civil de Argentina del año 2013), por lo que también son protegidos aquellos derechos establecidos en otros instrumentos internacionales relativos a derechos humanos. Por ello aquí adquieren todo su valor, las cláusulas enunciativas de los derechos, que los protegen aun cuando no estén enumerados en los textos, pero que siendo inherentes a la persona humana y a su dignidad, deban ser objeto de protección constitucional e internacional.

. Asimismo, en sexto lugar, la protección que regula la Convención es contra cualquier acto, omisión, hecho o actuación que viole los

Néstor Alejandro José Hillar

derechos fundamentales y, por supuesto, también que **amenace violarlos**, porque no hay que esperar que la violación se produzca para poder acudir al medio judicial de protección.

Es decir, este medio de protección tiene que poder existir antes de que la violación se produzca, frente a la amenaza efectiva de la violación y, por supuesto, frente a toda violación, o amenaza de violación, provenga de quien sea. Es decir, no puede ni debe haber acto ni actuación alguna excluidas del amparo, así emane de los particulares o de los poderes públicos, en cualquier forma, sea una ley, un acto administrativo, una sentencia, una vía de hecho, una actuación o una omisión, que mediante arbitrariedad, deje sin efecto los derechos humanos fundamentales.

Este es, en realidad, el parámetro que establece la Convención Americana sobre el amparo, y es ese el que debe prevalecer en los derechos internos, donde hay que realizar un gran esfuerzo, como estrategia de derecho adjetivo, para la utilización desde la perspectiva constitucional de dicho sistema de protección internacional de derechos humanos.

En consecuencia, teniendo en cuenta este parámetro de universalización del amparo que consagra la Convención Americana, debe realizarse un enorme esfuerzo, en el ámbito interno para superar el lamentable proceso de restricciones constitucionales o legislativas, que en algunos aspectos ha sufrido la institución del amparo que teniendo una concepción tan amplia en el texto de la Convención Americana, en muchos casos ha sido restringida por la ley interna, en forma inconstitucional en nuestro país, donde la Convención tiene jerarquía superior a las leyes.

Este esfuerzo, además, se facilita por el proceso de recepción de la Convención Americana en el derecho interno de los estados, que ha implicado que se haya dotado a la misma de un rango

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

normativo superior, en el derecho interno de los Estados parte, ello sin perjuicio del control de convencionalidad, de oficio, que deben realizar los jueces, de los Estados parte, a los fines de verificar si las normas del derecho interno, se adecuan a las normas sobre amparo de la Convención Americana, conforme lo ha dicho la Corte Interamericana.

5. La influencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el derecho interno de los países latinoamericanos

En el derecho interno de los Estados de América latina, en efecto, el proceso de constitucionalización y de la internacionalización de los mecanismos de *protección* de los derechos humanos, se ha manifestado mediante el otorgamiento de un determinado rango normativo superior, a los instrumentos internacionales como la Convención Americana, mediante la precisión, en el mismo texto de las Constituciones en caso de conflicto, del principio de prevalencia de las normas –la internacional sobre la interna- relativa a los derechos humanos, ello sin perjuicio del control de convencionalidad, que hemos citado *ut supra*.

Las soluciones constitucionales a este respecto derivan no sólo de la consagración expresa de dicho rango normativo en el texto de las Constituciones, sino de la estructuración del mismo con base en la interpretación constitucional y con base en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

En muchas Constituciones latinoamericanas, el tema del rango constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido resuelto expresamente, pudiendo distinguirse cuatro regímenes normativos, según que les haya sido

Néstor Alejandro José Hillar

otorgado rango *supra* constitucional, rango constitucional, rango *supra* legal, o solamente rango legal.

En primer lugar, algunas Constituciones han establecido expresamente el rango *supra* constitucional de los derechos humanos declarados en instrumentos internacionales; es decir, un rango superior al de las propias normas constitucionales, prevaleciendo, por tanto, en relación con las mismas.

Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Guatemala, en cuyo artículo 46 se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno, concepto éste de “derecho interno” que no sólo comprende a las leyes, sino a la propia Constitución.

En Colombia, la Constitución ha establecido una disposición similar, al disponer el artículo 93 que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”; y “orden interno”, también en este caso, en nuestro criterio, como antes indicamos, no sólo comprende al establecido en las leyes, sino en la propia Constitución.

En cierta forma, también podría ubicarse en este primer sistema de jerarquía *supra* constitucional de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, el caso reciente de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 23, se dispone que, “Los tratados, pactos, y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan norma sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas, por esta Constitución, y la ley de la República, y son de

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

aplicación inmediata, y directa, por los tribunales, y demás órganos del Poder Público”.

Al señalar esta Constitución que los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, prevalecen en el “orden interno”, es decir, el establecido en la propia Constitución y en las leyes, cuando prevean condiciones de goce y ejercicio más favorables, sin duda que le está otorgando rango supra constitucional a dichos derechos y a sus mecanismos de protección.

Esa prevalencia, por otra parte, puede ser apreciada por el juez constitucional, en todos los procesos constitucionales, sea cuando el juez ordinario conoce del control difuso de la constitucionalidad, sea cuando los jueces deciden acciones de amparo constitucional o de *habeas corpus*, o sea cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con Jurisdicción constitucional, conoce de acciones de inconstitucionalidad de las leyes, de acciones de interpretación constitucional o de inconstitucionalidades por omisión del Legislador.

Sin embargo, ha sido la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la cual ha pretendido reducir el ámbito de aplicación e interpretación de esta rica norma constitucional, pretendiendo reservarse en exclusiva esa tarea, y desconociendo el valor de las recomendaciones e interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, en la sentencia No. 1.942 de 15 de julio de 2003, mediante la cual la Sala declaró sin lugar una acción de nulidad por inconstitucionalidad que había sido interpuesta contra las normas de desacato, que todavía contiene el Código Penal de Venezuela, y que contrarían las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos conforme lo ha interpretado la Comisión Interamericana de Derechos humanos en una de sus conocidas

Néstor Alejandro José Hillar

Recomendaciones, la Sala Constitucional se reservó la aplicación del artículo 31 de la Constitución, violando las disposiciones constitucionales que regulan el sistema mixto, o integral de justicia constitucional de Venezuela, al señalar que:

“Es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos, y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos, no contemplados en los citados instrumentos internacionales, tienen vigencia en Venezuela”.

Por otra parte, la Sala Constitucional le ha restado todo valor a las interpretaciones que puedan realizar los organismos internacionales sobre el alcance de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en relación con el derecho interno, al expresar que el artículo 23 de la Constitución “se refiere a normas, que establezcan derechos, no a fallos, o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos”, agregando que:

“Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas, que conforman los Tratados, Pactos, y Convenios (términos que son sinónimos), relativos a derechos humanos, pero no de los informes, u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas, de los instrumentos internacionales”.

La Sala, además, al ratificar su competencia para interpretar la Constitución, agregó que:

“Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes”.

En **segundo lugar**, un grupo de Constituciones ha atribuido expresamente **rango constitucional** a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con lo que los derechos humanos y sus mecanismos de protección establecidos en los mismos tienen la misma jerarquía constitucional que los reconocidos en el texto fundamental.

Dos tipos de regímenes constitucionales pueden distinguirse en este grupo: las Constituciones que confieren rango constitucional a todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, y las Constituciones que otorgan tal rango sólo a un grupo de instrumentos, enumerados expresamente en la Constitución.

En el primer tipo se ubicaba, por ejemplo, la Constitución de Perú de 1979, derogada en 1994, cuando establecía en su artículo 105 que, “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional”, de manera que “No pueden ser modificados, sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

Néstor Alejandro José Hillar

En el segundo tipo, se ubica la **Constitución de Argentina de 1994**, que le otorga una jerarquía “superior a las leyes”, es decir, rango constitucional a un grupo de tratados, y declaraciones vigentes para ese entonces que se enumeran taxativamente en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, entre los cuales están la Declaración Americana, la Convención Americana de DD. HH., y los Pactos Internacionales de la O.N.U, además de otros instrumentos internacionales que se especifican relativos al delito de genocidio, o sobre discriminación racial, y discriminación contra la mujer, sobre la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos, y degradantes, y sobre derechos del niño, entre otros.

En cuanto a los demás tratados sobre derechos humanos, la Constitución estableció que pueden gozar de tal jerarquía constitucional, siempre que sean aprobados por una mayoría calificada, de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros del Senado, y de la Cámara de Diputados.

En tercer lugar, en otras Constituciones latinoamericanas sólo se ha establecido expresamente el rango **supra legal**, pero sometidos a la Constitución, de los tratados y convenciones internacionales en general, comprendidos los relativos a derechos humanos, en el sentido de que prevalecen sobre las Leyes, pero sin tener rango constitucional.

Esta es la solución de la Constitución de Costa Rica, la cual dispone que “Los tratados públicos, los convenios internacionales, y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación, o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes” (art. 7).

En el caso de Honduras, se llega a una conclusión similar, aún cuando la prevalencia se regule en general respecto de los tratados internacionales y no específicamente respecto de los

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

relativos a derechos humanos. En efecto, conforme al artículo 16 de la Constitución, los tratados internacionales en general, comprendidos los relativos a derechos humanos, forman parte del derecho interno, y prevalecen sobre las leyes, en caso de conflicto (Art. 18).

La Constitución, además, dispone que en caso de que un tratado internacional afecte una disposición constitucional, el mismo debe ser aprobado mediante el procedimiento de reforma constitucional antes de su ratificación (Art. 17).

En sentido similar, el artículo 144 de la Constitución de El Salvador, dispone el rango legal de los tratados, y su supremacía respecto de las leyes en caso de conflicto, al disponer que:

“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados, o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República, al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado, y de esta Constitución”, agregando la norma que “La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador”, y que, “en caso de conflictos entre el Tratado, y la Ley, prevalecerá el Tratado”.

Por último, en cuarto lugar, en cuanto a la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, están los sistemas constitucionales que le atribuyen en general, a los tratados internacionales **igual jerarquía que a las leyes**.

Este es el sistema más difundido en el derecho constitucional contemporáneo, y sigue la orientación iniciada por la Constitución de los Estados Unidos de América (art. VI. 2). En esta línea regulatoria, está la Constitución de Ecuador (Art. 137).

Néstor Alejandro José Hillar

En estos sistemas, por tanto, los tratados tienen el mismo rango normativo que las leyes, están sometidos a la Constitución y en su aplicación en relación con las leyes, rigen los principios de ley posterior y ley especial, para los efectos derogatorios que puedan tener, lo cual puede suponer una violación al art. 27 de la Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados.

Pero en ausencia de una regulación constitucional expresa, relativa a la jerarquía normativa en el orden interno, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, debe decirse que estos derechos, y sus garantías de protección, enumerados en los mismos, pueden adquirir valor constitucional mediante técnicas interpretativas diversas de orden constitucional, en relación, precisamente, con el sistema interamericano de derechos humanos.

En efecto, la tendencia más general en el constitucionalismo contemporáneo, ha sido la de otorgarle a los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales el mismo rango y valor de los establecidos en las Constituciones, de manera que todos son considerados como derechos constitucionales. Ello se ha logrado mediante técnicas, en algunos casos, expresamente previstas en las Constituciones, o mediante la interpretación extensiva, o aplicando el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Algunas Constituciones, en efecto, establecen expresamente una norma orientadora para la interpretación de los derechos humanos declarados en el texto fundamental, exigiendo que la misma debe realizarse en armonía o de conformidad con los tratados internacionales en la materia. El ejemplo más relevante, en este caso es el de la Constitución de Colombia, cuyo artículo 93 establece expresamente que:

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

“Los derechos y deberes, consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad, con los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia”.

En esta forma, en el propio texto constitucional se establece la obligación expresa, para todos los órganos del Estado y no sólo para los tribunales, de interpretar las normas constitucionales, reguladoras de los derechos humanos, de acuerdo con lo regulado en los tratados internacionales sobre la materia. La consecuencia de ello es, por tanto, el reconocimiento implícito del mismo rango y valor de derechos constitucionales a los establecidos en los tratados internacionales, que son los que deben guiar la interpretación de los primeros.

Esta norma de la Constitución de Colombia, sin duda, tiene como antecedentes el texto de las Constituciones de España (art. 10,2) y Portugal (art. 16,2), en las cuales, además, se menciona en particular a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo contenido en consecuencia es el parámetro para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos humanos.

Otra vía para atribuir el mismo rango constitucional a los derechos y mecanismos de protección consagrados en instrumentos constitucionales, deriva de la interpretación constitucional que debe hacerse de las declaraciones generales relativas a los derechos humanos, las cuales generalmente se ubican en los preámbulos de las Constituciones.

En efecto, en muchos Preámbulos constitucionales se establece como fin del propio texto constitucional e, incluso, del Estado al asegurar la plena vigencia de los derechos humanos. Tal es el caso de la Constitución de Guatemala, en cuyo preámbulo se establece expresamente como finalidad del texto constitucional, “Impulsar la plena vigencia de los derechos humanos, dentro de un

Néstor Alejandro José Hillar

orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan, con absoluto apego al derecho”.

Siendo, en este caso, por tanto, finalidad de la propia sanción de la Constitución, el impulsar la plena vigencia de los derechos humanos, éstos en su contexto universal, adquieren el mismo valor que los declarados expresamente en la Constitución. A ello debe tender la interpretación constitucional de estas declaraciones generales.

Otras Constituciones, en las normas destinadas a regular las declaraciones de derechos humanos, establecen expresamente obligaciones para los diversos órganos del Estado, en relación con el aseguramiento de la efectividad en el goce y disfrute de los mismos. En estos casos, al constituir una obligación del Estado el respeto de los derechos humanos, o el velar por su efectivo ejercicio, los mismos, en general, adquieren rango y valor constitucional, así no estén enumerados expresamente en las declaraciones constitucionales.

Tal es el caso de la Constitución de Chile, en cuya reforma de 1989 se incorporó una declaración, conforme a la cual, se dejó expresamente reconocido que el ejercicio de la soberanía está limitada, por “*El respeto a los derechos esenciales, establecidos en la naturaleza humana*”, estableciéndose además como “Deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales, ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes”. En consecuencia, si se trata de una obligación del Estado, la de respetar y promover los derechos humanos garantizados por los tratados internacionales, los mismos adquieren el mismo valor y rango de los derechos constitucionales, enumerados expresamente en el texto fundamental.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Además, la referencia a los “derechos esenciales, establecidos en la naturaleza humana” permite y exige identificar como tales, no sólo a los enumerados expresamente en la Constitución, sino a los reconocidos en los tratados internacionales e, incluso, a los que sean de la esencia de la naturaleza humana. En sentido similar se regula en la Constitución de Ecuador, la cual también establece como una obligación del Estado el garantizar “A todos los individuos, hombres, o mujeres, que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio, y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios, y demás instrumentos internacionales vigentes”. La obligación del Estado, por tanto, no sólo se refiere a garantizar el ejercicio y goce de los derechos enumerados en la Constitución, sino de todos los enumerados en los instrumentos internacionales, los cuales en consecuencia, adquieren rango y valor de derechos constitucionales.

También debe destacarse en el mismo sentido, la disposición contenida en la Constitución de Nicaragua, en la cual se establece la declaración general de que toda persona, no sólo “Goza de la protección estatal, y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana y del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos”, sino de “La plena vigencia de los derechos consagrados, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos, y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos, de la Organización de Naciones Unidas, y en la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos”.

En este caso, la enumeración que hace la Constitución de ciertos instrumentos internacionales, como la Convención Americana, no puede sino interpretarse como una enunciación no

Néstor Alejandro José Hillar

taxativa, dadas las declaraciones procedentes sobre los derechos humanos en general y los inherentes a la persona humana, pudiendo derivarse otros, de aquellos derechos fundamentales.

6. La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de muchos años ha tomado intervención en numerosos casos de gran trascendencia, como así también ha realizado interpretaciones al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por tanto es dable destacar que los precedentes sentados por la Corte, ha sido tenida muy en cuenta por los Tribunales internos de los Estados Latinoamericanos, especialmente por los de la Argentina.

Por consiguiente a continuación se transcribe parte de una Opinión Consultiva de la Corte, que en definitiva resume la interpretación del instituto que nos avoca:

“El artículo 25.1 incorpora el principio, reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos, de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como ya la Corte ha señalado, según la Convención los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Casos Velásquez Rodríguez, Fairén

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, *Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987*, párrs. 90, 90 y 92, respectivamente).

Según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso Judicial.

Las conclusiones precedentes son válidas, en general, respecto de todos los derechos reconocidos por la Convención, en situación de normalidad. Pero, igualmente, debe entenderse que en la implantación del estado de emergencia - cualquiera que sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno- no puede comportar la supresión o la pérdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención, para la protección de los derechos no susceptibles

Néstor Alejandro José Hillar

de suspensión o de los no suspendidos en virtud del estado de emergencia.

Por consiguiente, es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantías¹⁷.

7. Conclusión

Del estudio realizado surge que en Latinoamérica se ha consolidado un estándar mínimo de protección de los derechos humanos fundamentales, pero para llevar a la práctica la vigencia efectiva de esos derechos se necesitan las vías procesales adecuadas, que pongan en acción los derechos sustanciales que consagra la Convención Americana de los Derechos Humanos, y ello se logra a través del amparo.

Claro es que esta forma de protección del amparo, que es adjetiva y sustancial a la vez, no niega la doble vía de protección que hemos consignado *ut supra*, o sea la vía internacional y la vía constitucional, de allí que los Estados pueden dictar normas constitucionales que amplíen la protección tal como lo hizo la República Argentina, en el artículo 43° de la Constitución Nacional.

Por lo demás el rol complementario de la acción prevista en el artículo 25 de la Convención Americana, no debe hacernos perder de vista su aplicación oficiosa cuando sea ejercida en forma, inclusive

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-9/87 DEL 6 DE OCTUBRE DE 1987 Garantías Judiciales, en Estados de Emergencia, (Artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay.

LIBRO HOMENAJE A LA UNC EN SUS 400 AÑOS

anulando normas internas que se le opongan a través del control de convencionalidad. Desde este punto de vista el artículo 25 de la Convención Americana constituye una preciosa garantía del Derecho Internacional Público, cuya importancia crece día a día por vía de la interpretación que hace tanto la Corte Interamericana como los Tribunales nacionales.