

L. A. PODESTA COSTA

JOSE MARIA RUDA

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO



TIPOGRAFICA EDITORA ARGENTINA
BUENOS AIRES

Capítulo I

BASES DEL DERECHO INTERNACIONAL

I. CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. CONTENIDO. — El derecho internacional es el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados entre sí y también la de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional. Además, el derecho internacional comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las organizaciones internacionales y sus relaciones entre sí.

1. Ese conjunto de normas ha tenido diversas denominaciones desde comienzos del siglo XVII, en que empezó a concretarse como un cuerpo de doctrina. Interesa recordar esas denominaciones porque ellas revelan, en cuanto a ciertos puntos fundamentales, la evolución operada en la doctrina.

Grocio —el fundador del derecho internacional— tiene en mira en primer término a la guerra; sin embargo, pasa a considerar las relaciones de paz entre los soberanos y los derechos de las personas y de las cosas cuando se hallan bajo distintas soberanías. El libro inmortal de Grocio, publicado en 1625, se llama “Del Derecho de la Guerra y de la Paz”, agregando como subtítulo que ese derecho es explicado del punto de vista del “Derecho Natural y de Gentes” (*jus naturae et gentium*).

Otros autores —comenzando por Puffendorf (1649)— dieron a aquel conjunto de normas el nombre de “Derecho Natural y de Gentes”. Desde mediados del siglo XVIII —principalmente por obra de Vattel, que asigna preeminencia al “Derecho de Gentes” sobre el “Derecho Natural”—, prevalece la denominación “Derecho de Gentes”. Provenía ésta del *jus gentium* de los romanos; pero una vez separada de la expresión “Derecho Natural”, vino a ser inadecuada, porque el *jus gentium* no reglaba relaciones entre Estados sino que regia, dentro del territorio dominado por Roma, los derechos de los *peregrini*, es decir, las relaciones de estos individuos entre sí o con los ciudadanos romanos.

En 1789, Jeremías Bentham introdujo la expresión “Derecho Internacional”, y ésta llegó a predominar desde entonces.

2. Los sucesores de Grocio se dedican a estudiar en primer término las relaciones de paz entre los Estados, lo que podría llamarse la estructura normal del derecho internacional, y destinan el resto a lo concerniente a la guerra. Tal inversión en el plan respondía sin duda a una significativa evolución en las ideas. Desde fines del siglo XIX se incurre a veces en el exceso de dividir la obra en dos partes, como si hubiese un derecho para el tiempo de paz y otro para el tiempo de guerra; más todavía, hay quienes suprimen todo lo referente a la guerra.

La verdad es que el derecho internacional forma un conjunto indivisible, ya se trate de cuanto es substancial en las relaciones normales entre los Estados o de los problemas jurídicos que eventualmente plantea la guerra: siendo así, la doctrina debe reflejar en forma integral la realidad pasada y presente así como las tendencias actuales, desarrollándose de modo que sin esfuerzo conduzca a la parte eminentemente constructiva, que es la organización jurídica de la comunidad internacional.

2. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. —En el primer tercio del siglo XIX se dio el nombre de "derecho internacional privado" a las normas que tienen por objeto determinar, en las relaciones de derecho privado, cuáles son la jurisdicción competente y la ley aplicable cuando esas relaciones jurídicas no se presentan sometidas a un solo Estado sino vinculadas con dos o más, a causa de que las personas, las cosas o los derechos en cuestión tienen nacionalidad, domicilio o sede que dependen de más de un Estado. En los países anglosajones esos asuntos denominábanse empíricamente "conflicto de leyes".

De esa manera, el derecho internacional apareció ramificado en dos campos: el "derecho internacional público" y el "derecho internacional privado", reservando para el primero lo concerniente a las relaciones entre los Estados.

Ulteriormente se ha desprendido una nueva rama: el "derecho penal internacional" que tiene por objeto reglar las condiciones de aplicación de las leyes penales de un Estado a delitos e infracciones cometidos fuera de su territorio y fijar las normas de colaboración eventual entre las autoridades de diversos Estados a fin de que uno de ellos ejerza la represión penal.

En 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció una

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con el objeto de promover la armonización y armonización progresivas del derecho mercantil internacional. Se entiende por tal el conjunto de disposiciones que rigen aquellas relaciones comerciales de derecho privado que afectan a distintos países.

Debemos advertir que tanto el "derecho internacional privado" como el "derecho penal internacional" o el "derecho mercantil internacional", no constituyen propiamente un derecho internacional, porque sus reglas emanan del derecho interno o de estipulaciones consignadas en tratados, y en este último caso provienen del "derecho internacional público". No obstante, cada uno de esos derechos desempeña función específica; pero esas funciones tienen puntos de contacto y por lo tanto aquéllos no pueden considerarse ajenos entre sí.

II. EVOLUCION HISTORICA

3. LAS DISTINTAS EPOCAS. — Las normas que constituyen el derecho internacional son consecuencia natural de la relación y la convivencia entre los pueblos. A medida que se establecieron comunicaciones reciprocas y cada vez más frecuentes y estrechas, surgieron aquellas normas con carácter moral primero, utilitario y empirico después y finalmente jurídico.

La formación de tales normas supone la preexistencia de Estados, de sociedades nacionales con organización política y jurídica propias. El derecho internacional se ha gestado y desarrollado lentamente con el agregado de normas nuevas; pero la evolución se intensifica y acelera notablemente a partir del siglo XVII.

Para estudiar la evolución del derecho internacional debemos tomar como base las normas, las instituciones a medida que surgen y se desenvuelven, y no las épocas en que convencionalmente dividen los historiadores la evolución política de la humanidad. Procediendo con aquel criterio es notorio que el derecho internacional ha pasado por tres etapas que se caracterizan por el hecho de dominar sucesivamente en ellas la anarquía internacional, el equilibrio político y la existencia de una comunidad internacional entre los Estados.

1. La época de la anarquía internacional abarca desde los tiempos más remotos hasta comienzos del siglo XVII.

La vida de relación entre los pueblos era escasa y poco frecuente. Pero la necesidad, entre pueblos vecinos o próximos, de concertar la paz, de pactar alianzas o de acordar relaciones de intercambio, los obligó bien pronto a celebrar tratados, y para ello fue menester enviar personas que obraran en nombre y representación del soberano. Esos enviados y los acuerdos que realizaban poníanse bajo la protección de las divinidades y eran sagrados. Surgieron así las primeras normas internacionales, que son sin duda la fidelidad a los tratados y la inviolabilidad de los enviados.

Las antiguas ciudades helénicas, unidas por su afinidad racial y religiosa y por la necesidad de defenderse en común, formaron ciertas ligas o confederaciones y recurrieron a veces al arbitraje; pero asimismo dominaba el sentimiento exclusivista y el antagonismo con los demás pueblos. Las costumbres eran duras. Todos los derechos manteníanse como patrimonio de un grupo privilegiado: la clase que había realizado la conquista y organizado la comunidad política; la crueldad azotaba al débil y esclavizaba al vencido.

En la Edad Media, los señores feudales ejercían sobre su territorio un dominio patrimonial mantenido por las armas y reglaban sus relaciones recíprocas mediante tratados análogos a los contratos del derecho privado; pero dentro de los propios feudos era frecuente la "guerra privada", la contienda armada entre grupos divididos por rivalidades. A partir del siglo X, la Iglesia y el Imperio —las dos grandes fuerzas políticas concentradas en cierto modo por encima de los feudos— lograban a veces sobreponerse a la anarquía, y en muchos casos el Pontífice o el Emperador ejercía funciones de mediación o de arbitraje entre los señores feudales.

El Cristianismo, inspirado en la idea de que todos los hombres tienen un mismo origen y un común destino, obraba en las conciencias introduciendo la noción de la igualdad y la fraternidad entre los hombres y los pueblos. Vino a neutralizar la idea de la fuerza, hasta entonces imperante. Por los concilios de Letrán (1059) y de Clermont (1095), la Iglesia implantó la "Paz de Dios", que aseguraba la inviolabilidad de ciertas cosas y personas: los templos y los molinos; los clérigos, los agricultores, sus implementos y cosechas; las mujeres, los niños y los hombres no armados que los acompañan; y estableció la "Tregua de Dios", que vedaba combatir en determinados días (desde la puesta del sol del miércoles hasta el amanecer del lunes) y en ciertas épocas del año

(desde el Adviento a la Octava de Epifanía y desde el Domingo de Quincuagésima hasta la Octava de Pascua). No son ajenos a la influencia del Cristianismo algunos sentimientos que dieron origen a la moral del Caballero: la noción del honor y de la lealtad, que vedan atacar al desvalido y obligan a ampararle, que prescriben el uso de recursos perversos y mandan obrar abiertamente. El Cristianismo no sólo atemperó la dureza de las costumbres, su influencia fue más substancial y honda, porque uniendo a todos los príncipes con el lazo de una misma fe difundió la idea de una "comunidad cristiana de las naciones". Aunque puramente moral, esa noción suavizó la anarquía internacional y preparó el terreno para que llegara a asentarse.

Mientras tanto, la navegación en el Mediterráneo y en el Mar del Norte dio origen a reglamentos que gobernaron durante siglos las relaciones comerciales por mar y constituyen las primeras bases del derecho marítimo internacional. Tales son las "Leyes Rodias", compilación reunida en los siglos VII y XI; las "Tablas de Amalfi", leyes establecidas por este puerto que datan del siglo X; los "Roles de Olerón", que desde el siglo XII aplicaron en el Mar del Norte las decisiones del tribunal marítimo de aquel puerto francés; y el "Consulado del Mar", reglas dictadas en Barcelona en el siglo XIII para la navegación en el Mediterráneo. La Liga Hanseática (1250-1450) adquirió privilegios comerciales en el exterior y las ciudades que la formaban sometían sus divergencias al arbitraje de la Liga.

2. La época del equilibrio político es consecuencia de la implantación de las grandes monarquías, en los siglos XVI y XVII, y de las guerras de religión que asolaron a la Europa Central después de la Reforma. El equilibrio político encontró asiento en la Paz de Westfalia (tratados de Münster y de Osnabrück de 1648), que puso término a la Guerra de Treinta Años. Existían entonces tres grandes casas reinantes: España, Francia e Inglaterra; habían surgido ciertos Estados de importancia: Países Bajos, Prusia y Suecia, y la Europa Central estaba fraccionada en más de trescientos Estados germánicos. Los tratados de Westfalia —en que fueron parte casi todos los países cristianos— reconocieron la independencia de los pequeños Estados germánicos, así como de los Países Bajos y la Confederación Helvética; y adoptaron de hecho el principio de la igualdad jurídica de los Estados, sin diferencia alguna por motivos de confesión religiosa o de forma de gobierno, pues fueron concertados por príncipes católicos y protestantes, por Estados monárquicos y republicanos, como eran Venecia, los Países Bajos y la Confederación Helvética. Basada la convivencia internacional en la coexistencia de la soberanía

nía de cada uno de esos Estados, la paz se afirmó en el equilibrio político, erigido por medio de alianzas pactadas con el fin de prevenir que ninguno de ellos alcanzara hegemonía sobre los demás. La Paz de Utrecht (1713) se basó nuevamente en el *justum potentiae aequilibrium*, pues estableció que las coronas de España y Francia, aunque pertenecieran a una misma dinastía, no podrían reunirse en una misma cabeza.

El equilibrio era un sistema político, y como tal inestable por sí solo. La idea de la unidad, que durante la Edad Media reposaba en la subordinación de los príncipes al Papa o al Emperador, había sido quebrantada por la Reforma y las guerras que la siguieron. Sin embargo, desde mediados del siglo XVI surge la idea, enunciada por teólogos españoles, de que las naciones constituyen una comunidad cristiana basada en el "Derecho Natural"; y a comienzos del siglo XVII el holandés Hugo Grocio, partiendo de este derecho y complementándolo con las reglas emergentes de los acuerdos expresos o tácitos que ligan a los Estados (*jus voluntarium gentium*), construye los cimientos del derecho internacional.

En la época del equilibrio político se extiende la práctica, iniciada por las repúblicas italianas, de acreditar embajadores permanentes; de tal manera que desde el siglo XVI los principales soberanos mantenían contacto político por medio de representantes personales. Los descubrimientos geográficos realizados desde mediados del siglo XV y el consiguiente desarrollo de la navegación ultramarina originaron más tarde ciertas reglas restrictivas del abuso de la fuerza: la noción de la libertad de los mares y la del mar territorial. Y con el propósito de afirmar el equilibrio y mantener la paz aparecen reiteradamente, siglo tras siglo, las primeras iniciativas para organizar una liga o confederación europea: Pierre Dubois (1305) propone pactar una alianza entre los países cristianos y establecer un tribunal de arbitraje para decidir sus divergencias; Podiebrad, rey de Bohemia, proyecta (1461) fundar una confederación entre los pueblos cristianos con un congreso permanente en Basilea, formado por sus representantes; Sully, ministro de Enrique IV, sugiere (1603) dividir a Europa en quince Estados vinculados por un consejo permanente; Emerie Crucé propone (1623) crear una unión entre los Estados, fuesen cristianos o no, dirigida por un órgano central constituido por sus representantes, con sede en Venecia; y el Abate de Saint-Pierre formula (1729) un proyecto de confederación entre diecinueve Estados, que ~~constaba~~ ^{contaba} con una constitución y una asamblea como órgano legislativo y judicial. A estos proyectos principales siguieron otros hasta fines del siglo XVIII, entre ellos uno elaborado en 1795 por el filósofo Manuel Kant.

3. La tercera época, que se caracteriza por la existencia de una comunidad internacional, arranca desde fines del siglo XVIII, como consecuencia de la Revolución de la Independencia de los Estados Unidos, en 1776, y de la Revolución Francesa de 1789.

La noción de la soberanía del pueblo y de los derechos individuales, enunciada y difundida por las revoluciones de 1776 y 1789, tuvo enorme influencia en las relaciones internacionales, estableciendo y desarrollando principios o instituciones de gran importancia: el reconocimiento de la independencia, la igualdad jurídica de los Estados, la teoría de las nacionalidades, la noción de la neutralidad, los derechos de los extranjeros, la práctica del arbitraje, la cláusula de la nación más favorecida, la represión internacional de la piratería y de la esclavitud, la extradición de los delincuentes, etcétera.

La política se apoya todavía en el sistema del equilibrio: después de la caída de Napoleón, los monarcas más poderosos organizan la Santa Alianza y más tarde las "grandes potencias" se reúnen en congresos cada vez que es menester solucionar alguna crisis muy grave; pero la verdad es que en el transcurso del siglo XX el campo internacional se hace más vasto como consecuencia de la formación de nuevos Estados en el continente americano y del maravilloso desarrollo que adquiere el intercambio entre los pueblos, gracias a la máquina de vapor, la industria mecánica y la implantación de comunicaciones rápidas y regulares.

La transformación operada durante el último siglo y medio en las relaciones internacionales, y por consiguiente en el derecho que las rige, ha sido inmensa, no obstante inevitables tropiezos, dificultades y retrocesos ocasionales. Sólo tiene paralelo en la prodigiosa transformación material que ha puesto a los pueblos en contacto permanente. Desde mediados del siglo XIX comenzaron a coordinarse servicios públicos internacionales con el fin de facilitar y asegurar ciertas funciones de interés universal, tales como el correo, el telégrafo, la salubridad, etc., y algunos de esos servicios son consolidados con órganos propios y se convierten en las entonces llamadas "uniones internacionales". Una red cada vez más extensa y tupida de relaciones de todo orden une a todos los pueblos civilizados, que así forman ya una "comunidad internacional", al menos de hecho, pues tiene por base fenómenos constantes y aparece reglada en las estipulaciones de los tratados.

Esta comunidad, erigida sobre la base de la soberanía de cada Estado, era individualista. Se agotaba la fuerza humana que permitía mantener enormes ejércitos permanentes y agotaba los recursos financieros. En 1899, el zar Nicolás II invitó a 26 Estados —todos los que estaban

representados en San Petersburgo— a realizar una conferencia internacional con el objeto de reducir los armamentos; reunida en La Haya, nada pudo lograrse en ese sentido y sólo fue posible elaborar convenciones para facilitar el arbitraje y reglamentar las hostilidades bélicas. Una segunda conferencia, celebrada en 1907, a la cual concurrieron 44 Estados, tuvo análogo resultado. Esta fue la primera conferencia internacional, en que estaban representados Estados de varios continentes, a la que asistió la Argentina.

La guerra de 1914-18 vino a demostrar, tanto por la generalización de las hostilidades a casi todo el mundo como por la extensión de sus consecuencias a todos los pueblos sin excepción, que un nexo incoercible liga hoy a la humanidad: la interdependencia en el terreno económico y financiero y también en cierto modo en lo político. Ningún país puede abrigar la ilusión de vivir aislado. Fue así cómo, al concertarse la paz de 1919, se creó la Sociedad de las Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Organización Internacional del Trabajo. La implantación de estas instituciones señala la iniciación, el primer ensayo positivo de la humanidad para organizarse en una comunidad de derecho.

Apenas transcurridos veinte años, una nueva guerra vino a envolver al mundo, demostrando una vez más, con terrible y reiterada evidencia, que el individualismo internacional ha hecho su época. Los Estados no pueden volver al aislamiento, a la anarquía primitiva. Y puesto que sería absurdo e imposible cortar los vínculos que ligan a los hombres por encima de las fronteras —el intercambio económico, los medios de transporte, los cables telegráficos, las ondas radiales que los comunican y estrechan en un mundo cada vez más pequeño—, forzoso es que evolucione en el sentido de una organización que haga efectivo, en todo instante, el funcionamiento regular de esos vínculos. No queda a la humanidad otra alternativa que adoptar esa solución o someterse a la hegemonía de un solo Estado o de una coalición, fórmula tan transitoria y falaz como el predominio de la fuerza en que habría de apoyarse. Por eso en 1945, en cuanto terminaron las hostilidades de la segunda guerra mundial, se creó la Organización de las Naciones Unidas y se restableció el anterior tribunal con el nombre de Corte Internacional de Justicia. Se han establecido además, un número apreciable de organismos internacionales, universales y regionales. Cualesquiera sean las vicisitudes que como todas las instituciones humanas estos organismos internacionales hayan atravesado y deban atravesar en el futuro, lo importante es que el mundo parece empezar a comprender que el orden y la paz internaciona-

les sólo pueden alcanzarse mediante la asociación regular y permanente de todos los Estados. A diferencia de la época de la Sociedad de las Naciones, ningún Estado se ha retirado de las Naciones Unidas; por el contrario, el número de sus miembros ha aumentado considerablemente durante sus 32 años de vida, a medida que el proceso de descolonización ha significado la incorporación de nuevos Estados a la comunidad internacional.

4. **CONTRIBUCIÓN DE AMÉRICA.** — En doble forma contribuyeron los Estados americanos al desarrollo del derecho internacional: han introducido o afirmado nuevas normas importantes y han sido precursores en la obra de la organización internacional.

Este fenómeno debe atribuirse a la circunstancia singular de que casi todos los Estados americanos tienen un origen común, lo que los une estrechamente y casi todos adoptaron los mismos principios fundamentales como base de su independencia y de su organización política.

1. En lo que respecta a las normas del derecho internacional, los países americanos han introducido o afirmado las siguientes, según podrá comprobarse en los capítulos pertinentes: el reconocimiento de la beligerancia; la libertad de los mares para los neutrales; los derechos de los extranjeros sobre la base de la igualdad civil con los nacionales; el derecho de libre expatriación; la igualdad jurídica de los Estados; el principio de no intervención; la Doctrina Calvo y la Doctrina Drago como restrictivas de los abusos en las reclamaciones extranjeras; el procedimiento de conciliación internacional y el desarrollo del arbitraje como medios de solucionar las divergencias entre Estados; la reducción y limitación de los armamentos navales; la regla del no reconocimiento de las conquistas territoriales y la codificación del derecho internacional.

2. Los Estados americanos han realizado una intensa labor encaminada a consolidar y organizar la vida de relación internacional.

El estudio de esa labor no corresponde realizarlo aquí;¹ pero si conviene señalar dos características: en primer lugar, los entendimientos de naturaleza política suscritos entre Estados hispanoamericanos desde 1826 a 1865 son precursores de instituciones que más tarde se establecen con tendencia universal, esto es, la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas; en segundo término, los acuerdos de naturaleza jurídica concertados en 1877 y 1889 son precursores en la obra de codificar el derecho internacional privado, y las convenciones elaboradas en la VI Conferencia Internacional Americana (La Habana,

¹ *Vid.* núms. 506 y sigs.

1928) emprendieron a su vez la codificación del derecho internacional público, en ciertas materias que no eran ya las relativas a las "leyes y usos de la guerra".

III. FUENTES

5. EN GENERAL. — Al analizar las fuentes del derecho internacional nos referimos aquí a las fuentes formales, es decir a los métodos de creación de una norma jurídica y de verificación de su existencia y no a las fuentes materiales o sea a las razones o causas que dan motivo a la creación de una norma jurídica.

La determinación de las fuentes del derecho internacional y del valor de cada una son cuestiones de capital importancia, porque de ello depende el contenido y el alcance de aquel derecho.

1. Una buena parte de la doctrina contemporánea ha reconocido que las fuentes del derecho internacional han sido precisadas en el inciso 1º, párrafos *a*, *b* y *c* del artículo 38 de los Estatutos de la Corte Permanente de Derecho Internacional, de 1920, y de su sucesora la Corte Internacional de Justicia,** de 1945. El artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.* establece:

"1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar

Nota del actualizador. — Los asteriscos que se hallan en el texto de la obra significan:

* Instrumentos ratificados por la República Argentina.

** Instrumentos ratificados por la República Argentina y reproducidos en *Instrumentos Internacionales* de José María Ruda.

*** Instrumentos no ratificados por la República Argentina y reproducidos en *Instrumentos Internacionales* de José María Ruda.

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 36 a 49.

para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.²

Ambos Estatutos fueron elaborados en forma de tratados multilaterales y se considera que tienen una notable significación jurídica, porque la casi totalidad de los Estados han llegado a ser partes de estos Estatutos, particularmente el de 1945.

Una interpretación estricta de este artículo 38 pareciera indicar que la enumeración allí contenida se aplica únicamente a la labor del tribunal, sin pretender establecer una norma general, de aplicación a otros casos. Sin embargo, debe recordarse que el propio artículo establece que la función de la Corte es decidir "conforme al derecho internacional", es decir, las partes del Estatuto de la C.I.J.* han reconocido, al agregar esa frase, a las fuentes allí enumeradas como creadoras del derecho internacional, no sólo en casos ante la C.I.J., sino también en toda oportunidad.

Varios problemas de interpretación presenta esta importante norma.

En primer lugar, se ha discutido si el artículo 38 establece una jerarquía entre las distintas fuentes allí enumeradas. A nuestro entender esta jerarquía surge en su aplicación lógica, no del texto o de la intención de las partes. El jurista o el juez ante la necesidad de definir jurídicamente una situación determinada debe comenzar por determinar si existe una norma convencional, acordada por las partes, que pueda ser aplicada; en su ausencia investigará la existencia de una norma consuetudinaria y si no tiene éxito recién podrá pasar a los principios generales del derecho. Debe recordarse que el derecho internacional surge principalmente de dos fuentes: los tratados y la costumbre internacional.² Los principios generales del derecho fueron enumerados como tercera fuente del derecho internacional en el Estatuto de la C.P.I.J., en 1920, a los efectos de poder juzgar y no declarar un caso *non liquet*, cuando no se encuentren normas convencionales y consuetudinarias aplicables.

La jurisprudencia y la doctrina no son estrictamente fuentes del derecho internacional, sino como el propio artículo 38 del Estatuto de la C.I.J.* lo establece: "medio auxiliar para la determinación de las reglas

² Los juristas de la llamada "escuela positiva" entienden que únicamente los tratados y la costumbre son fuentes del derecho internacional, puesto que expresan la voluntad de los Estados y niegan que los principios generales del derecho puedan ser fuentes del derecho internacional. Estos autores sostienen que no existe tal fuente en el derecho

de derecho". En otras palabras, sirven para aclarar cuáles son las reglas de derecho establecidas en las tres fuentes mencionadas, pero no pueden por sí crear derecho.

También se ha discutido si la lista de fuentes del artículo 38 es exhaustiva o existen otras fuentes. La práctica de los Estados y de la propia C.I.J., demuestra que ciertos actos unilaterales de los Estados pueden crear obligaciones internacionales. Nada impide en la estructura del derecho internacional la creación de nuevas fuentes, pero necesariamente al reconocimiento de su obligatoriedad deriva de fuentes existentes, así los principios generales del derecho fueron reconocidos como tales en un tratado, el Estatuto de 1920, por razones de orden judicial.

2. Las leyes internas contienen disposiciones que muchas veces tocan puntos relacionados con el derecho internacional, especialmente en lo relativo a la nacionalidad, al mar territorial, a los derechos de los extranjeros, a la extradición, a las hostilidades armadas, a la neutralidad, etc. Esas leyes responden, desde luego, a la idiosincrasia de cada Estado, a menudo consignan reglas análogas entre sí y muestran la existencia de normas comunes; con todo, puesto que carecen de imperio fuera del propio Estado, no son fuente del derecho internacional. Del punto de vista de este derecho debemos observar, sin embargo, que un tribunal internacional puede apreciar, en casos concretos sometidos a su decisión, el contenido de una ley interna a fin de correlacionarlo con las normas del derecho internacional.³

6. LOS TRATADOS. — Las estipulaciones formales entre los Estados —que generalmente se denominan tratados usando esta expresión en sentido amplio, aunque en particular se llamen convenciones, pactos, acuerdos, protocolos, etc.— constituyen derecho internacional positivo para los Estados que son parte contratante. Por esta razón, los tratados son la fuente más importante del derecho internacional y su conjunto forma lo que suele llamarse "derecho internacional convencional".

internacional general y sólo con referencia a la aplicación del derecho internacional por la C.I.J.

³ La C.P.J.I. ha declarado "Con respecto al derecho internacional y a la Corte que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, del mismo modo que las decisiones judiciales o las medidas administrativas" (*Publications de la Cour. Série A*, núm. 7, pág. 19), y ha expresado que ella "puede aplicar el derecho interno cuando las circunstancias lo exigen" (*Ibidem. Série A*, núms. 20-21, pág. 124).

1. No se debe incurrir en el error de señalar como fuente del derecho internacional positivo a tratados que, aun cuando fueron suscritos, no llegaron a entrar en vigor por falta de ratificación ulterior. Esos tratados sólo pueden ser considerados como antecedentes significativos en cuanto importen precisar normas dominantes en la costumbre.

2. Las estipulaciones de los tratados no ligan, en principio, a los terceros Estados; pero, cuando se repiten y extienden suficientemente en el espacio, pueden adquirir el carácter de una costumbre generalizada, y de este modo llegan también a ser fuente del derecho internacional consuetudinario.

7. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL. — Esta, que es la fuente más antigua, se origina por el hecho de que algunos Estados se comportan de una misma manera ante una relación que a ellos afecta; tal conducta, cuando es continuada y un número notorio de Estados la adopta visiblemente y sin oposición por los demás, se transforma en una aquiescencia internacional, entra a formar parte de las reglas que gobiernan a la generalidad de los Estados, se torna obligatoria como regla de derecho.

Muchas reglas de la costumbre internacional subsisten todavía con ese carácter. Así, por ejemplo, las normas concernientes a la responsabilidad internacional de los Estados, a los ríos internacionales, etc. Otras normas consuetudinarias han pasado a ser estipuladas formalmente en tratados, como en el caso de las inmunidades y privilegios diplomáticos.

Importancia muy grande en el derecho internacional tienen las reglas de la costumbre. En el derecho interno han ido desapareciendo como fuente del derecho a medida que las relaciones entre los habitantes han quedado regidas por la ley. No ocurre lo mismo en el derecho internacional, porque no existe un legislador común entre los Estados y es sabido que la concertación de tratados tiene campo más limitado y es labor difícil y lenta.

1. Para que una práctica se convierta en regla de la costumbre internacional se requiere que ella reúna ciertas condiciones: 1º) Que, aun cuando no sea norma universal, se haya generalizado suficientemente en el espacio,⁴ a condición de que otros Estados, en número también apre-

⁴ La C.P.J.I., interpretando el art. 38, párr. 2, de su Estatuto, ha dicho que debe tratarse de una "práctica constante y general" (*Série A/B*, núm. 53, pág. 91) y en otra ocasión ha expresado que debe ser una "práctica cuasi universal" (*Série B*, núm. 6, pág. 36). En el mismo sentido véase los fallos de la C.I.J. en los casos de las Pesquerías Anglo-Noruegas (I.C.J., *Reports*, 1951, pág. 131) y de la Plataforma Continental del Mar del Norte

cialable, no la hayan denegado; 2º) Que se venga repitiendo durante cierto tiempo, cuya estimación depende de las circunstancias;⁵ 3º) Que se efectúe en la convicción de ejercer una acción que responde a una necesidad jurídica (*opinio juris sive necessitatis*), y no de que se realiza meramente un acto de cortesía.⁶

2. La costumbre internacional desaparece por el hecho evidente de que ha sido abandonada o de que se ha formado una costumbre distinta.

3. Los tratados y la costumbre constituyen por igual fuente directa

(I.C.J., *Reports*, 1969, pág. 43).

Obsérvese que el Estatuto de la C.P.J.I. y el de la C.I.J. exigen (art. 38, párr. 2), que se trate de una "práctica generalmente aceptada como derecho", pero no dicen que sea *universalmente* aceptada como tal. Sin embargo, si se tratase de una costumbre *regional*, la regla sería aplicable entre los Estados que la hubieran adoptado y no para los que la hubiesen rechazado por medio de una costumbre contraria.

En el caso del Asilo de Haya de la Torre la C.I.J. manifestó: "El gobierno colombiano debe probar que la regla invocada por él está de acuerdo con un uso constante y uniforme practicado por los Estados en cuestión y que este uso es la expresión de un derecho perteneciente al Estado que otorga el asilo y un deber que incumbe al Estado territorial" (I.C.J., *Reports*, 1950, pág. 266).

Las normas consuetudinarias pueden tener inclusive un carácter puramente bilateral. La C.I.J. dijo en el caso del Derecho de Paso por Territorio Indio: "Se alega en nombre de la India que ninguna costumbre local puede constituirse entre dos Estados. Es difícil ver por qué el número de Estados entre los que pueda constituirse una costumbre local sobre la base de una política prolongada debe ser necesariamente superior a dos. La Corte no ve razón para que una práctica aceptada por ellas como reguladora de sus relaciones no constituye la base de derechos y obligaciones entre ellos" (I.C.J., *Reports*, pág. 39).

⁵ No es menester que el tiempo sea extremadamente largo. En la opinión consultiva dada en 1930 con referencia a la participación de la Ciudad Libre de Danzig en la O.I.T., la C.P.J.I. admitió en el carácter de costumbre internacional hechos que no se remontaban más allá de una decena de años (*Série A/B*, núm. 38, pág. 12). En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte la C.I.J., manifestó que "el hecho que no haya transcurrido más que un breve periodo de tiempo no constituye necesariamente en sí mismo un impedimento para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario surgida de una norma de origen puramente convencional" (I.C.J., *Reports*, 1969, págs. 43-44).

⁶ En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte la C.I.J. dijo: "Los actos considerados no solamente deben suponer una práctica constante, sino que también deben tener el carácter o realizarse de tal forma que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en el propio concepto de *opinio juris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por lo tanto, deben tener el sentimiento de que cumplen lo que supone una obligación jurídica" (I.C.J., *Reports*, 1969, pág. 44).

del derecho internacional, pues ambos emanan de los órganos estatales competentes para manejar las relaciones internacionales.

Sin embargo, debe advertirse que una norma de derecho internacional general establecida por la costumbre internacional no es aplicable en caso de que el punto esté reglado expresamente de otra manera en un tratado vigente entre las partes. El tratado constituye una ley especial para las partes; esta ley deja sin efecto las reglas generales (*lex specialis derogat generali*), porque los Estados contratantes han acordado que determinada materia sea reglada entre sí de modo particular.

Si un tratado, al reglar determinada materia, guarda silencio sobre tales o cuales puntos, el vacío no importa haber abrogado las normas establecidas al respecto por la costumbre internacional; estas normas, mientras no sean contrarias al tratado, rigen plenamente como aclaratorias o complementarias de él.

La prueba de la costumbre internacional se puede encontrar en la correspondencia diplomática, las instrucciones dadas por los gobiernos a sus representantes diplomáticos o ante organismos internacionales, cónsules, comandantes militares o navales, legislaciones nacionales, decisiones judiciales internas, etcétera.

8. LOS "PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO". — En tratados multilaterales de gran importancia se ha estipulado que los "principios generales del derecho" son fuente del derecho internacional. Así se acordó en la XI Convención de La Haya de 1907 sobre establecimiento de una Corte Internacional de Presas, que no llegó a entrar en vigor; pero una estipulación análoga ha llegado a concretarse en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920) y en el de la Corte Internacional de Justicia (1945), * y fórmula semejante ha sido consignada desde 1921 en numerosos tratados generales de arbitraje.

Indudablemente, estos acuerdos tienen en mira algunos postulados, ciertas máximas jurídicas que la jurisprudencia internacional invoca reiteradamente porque todos los países civilizados las han hecho suyas en el carácter de normas fundamentales del derecho: por ejemplo, el principio *pacta sunt servanda*, el del orden público, el del respeto de los derechos adquiridos, el del enriquecimiento sin causa, el principio *error juris nocet*, el principio *lex posterior derogat priori*, el del caso fortuito, el de la fuerza mayor, el del respeto de la cosa juzgada, el de la prescripción liberatoria, el principio *non bis in idem*, etc. Casi todas estas reglas provienen del derecho romano; pero desde hace muchos siglos no pertenecen ya al derecho de tal o cual Estado particular sino que constituyen principios

universalmente reconocidos como inherentes a toda relación jurídica, y por ello son fuente del derecho internacional.⁷

Además, en el estado actual del derecho internacional se reconoce, por obra de la costumbre, ciertos principios fundamentales de la vida de relación entre los Estados: el principio de igualdad jurídica, el de identidad, el de respeto mutuo, etc.;⁸ en lo referente a la responsabilidad internacional del Estado, la regla sobre el agotamiento previo de los recursos locales; y en materia de presas marítimas, la regla "toda presa debe ser juzgada". Todos ellos deben ser considerados como principios generales del derecho internacional, que no deben ser confundidos con los principios generales del derecho. Estos últimos son, de por sí, fuentes del derecho internacional, mientras que aquéllos son meramente reglas consuetudinarias y, en consecuencia, fuentes en la medida que son costumbre internacional.

9. LA JURISPRUDENCIA. — Las decisiones de los tribunales internacionales —esto es, de la Corte Permanente de Justicia Internacional, su sucesora la Corte Internacional de Justicia y los tribunales de arbitraje— tienen efecto solamente para las partes en litigio y en cuanto al caso resuelto. El artículo 59 del Estatuto de la C.I.J. * establece: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido".

La contribución de la jurisprudencia a la interpretación de las normas se ejerce de dos maneras: esencialmente por el contenido de la parte dispositiva del fallo o dictamen y en medida relativa por las razones expuestas en los fundamentos que explican la parte dispositiva.

1. La jurisprudencia ha adquirido importancia considerable en el presente siglo, en virtud de la actividad desarrollada por los tribunales

⁷ La C.P.J.I. y su sucesora la C.I.J. han frecuentemente apoyado sus fallos en los principios generales del derecho. Así la C.P.J.I. dijo, en el caso de la Fábrica de Chorzow, "que es un principio de Derecho Internacional y hasta una concepción general del derecho, que toda obligación de un compromiso implica obligación de reparar" (*Série A*, núm. 17, pág. 29). La C.I.J. dijo, en 1971, en la Opinión Consultiva sobre el Asunto de Namibia "que el principio general de derecho conforme al cual hay que presumir que la facultad de poner fin a un mandato o a cualquier convención, como consecuencia de una violación del mismo, existe de una manera inherente incluso cuando no haya sido expresado" (I.C.J., *Reports*, 1971, pág. 48); en los casos de los Ensayos Nucleares, en 1974, dijo: "Uno de los principios de base que presiden la creación y ejecución de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea su fuente, es el principio de la buena fe" (I.C.J., *Reports*, 1974, pág. 268 y pág. 473).

* *Infra*, cap. III.

arriba mencionados. Sin embargo, debemos hacer presente que el alcance jurídico de la jurisprudencia está condicionado por la naturaleza de las reglas aplicadas por el tribunal. Esta observación —que rarisima vez se ha tenido en cuenta— es sin embargo fundamental.

El valor de la jurisprudencia es indudable cuando el tribunal actúa aplicando el derecho internacional, como lo dispone con relación a la Corte Permanente de Justicia Internacional el Estatuto de 1920 (art. 38) y más terminantemente, para la Corte Internacional de Justicia, el mismo artículo del Estatuto de 1945, según el cual tiene ésta por función “decidir conforme al derecho internacional las controversias que se le sometan”, sin perjuicio de que eventualmente las partes la faculten para resolver *ex aequo et bono*.

No ocurre lo mismo con los tribunales de arbitraje. Pocas veces se promueve un arbitraje puramente *juris*; en la mayoría los tribunales de arbitraje han sido llamados a pronunciarse de otras maneras: algunos, “según la equidad” (*ex aequo et bono*); pero los hubo que debieron decidir ajustándose a fórmulas complejas y aun ambiguas, como por ejemplo “de acuerdo con la justicia y la equidad” o “de acuerdo con los principios de la justicia y la equidad y los principios del derecho internacional”, y a veces esta última fórmula ha sido invertida colocando en primer lugar al derecho internacional. Y se da el caso de que las partes, atendiendo a exigencias políticas circunstanciales, estipulan en el compromiso arbitral reglas de fondo, a las que, por supuesto, deben ceñirse estrictamente los árbitros; pero es de advertir que esa *lex specialis*, cuando ha sido adoptada por vía de transacción diplomática, llega a distanciarse de las normas predominantes en el derecho internacional.

Sucede a menudo que decisiones arbitrales fundadas en la *equidad* difieren entre sí en casos que son substancialmente iguales; porque la equidad obedece en máxima parte a un sentimiento y como tal se inspira, más que en la naturaleza intrínseca del hecho, en las circunstancias accidentales o personales que lo rodean. Las fórmulas de tipo complejo han originado fallos contradictorios, porque el derecho aplicable ha sido interpretado de diversa manera, según que los árbitros se inclinasen más hacia uno u otro de sus elementos. Situación más grave se presenta cuando los árbitros están regidos por una *lex specialis*; entonces, si bien sus decisiones pueden ser invocadas por analogía a condición de que el caso deba ser decidido por una regla idéntica, no debe olvidarse que mientras dicha *lex specialis* carezca de vigencia internacional, siquiera como trasunto de una costumbre generalizada en el derecho, las decisio-

nes arbitrales que ella ha originado no se presentan revestidas de trascendencia jurídica, no constituyen propiamente jurisprudencia internacional.

En resumen, la jurisprudencia de los tribunales internacionales tiene alcance relativo: para apreciar su valor es indispensable investigar en cada caso la naturaleza de las reglas aplicadas.⁹ Sin embargo, uno de los hechos que más han colaborado al desarrollo del derecho internacional, ha sido la práctica de la C.P.J.I. y de la C.I.J. de mencionar en forma sistemática y reiterada decisiones previas de estos tribunales.

2. La jurisprudencia de los tribunales internos ha ejercido influencia notoria en el desarrollo del derecho internacional, especialmente en la clarificación de las reglas concernientes al derecho de visita y apresamiento. Debe observarse, sin embargo, que la jurisprudencia de los tribunales internos tiene valor en el derecho internacional solamente en la medida en que no lo contrarie, porque, según se verá oportunamente, una decisión fundamentada en el derecho interno no predomina sobre el derecho internacional.

10. LA DOCTRINA. — Los estudios doctrinarios analizan con sentido crítico la evolución de los hechos, las normas de la costumbre y las estipulaciones de los tratados internacionales, disciernen las ideas dominantes y ajustándose a este método, no sólo procuran esclarecer mejor el pasado sino que sugieren nuevas conclusiones, y abren paso a posibles formas de solución para el futuro.

1. Alcance distinto tiene la doctrina según que sea explicativa de las normas existentes (*de jure condito* o *de lege lata*) o que se proponga desarrollar aquellas normas o inducir a crear otras nuevas (*de jure condendo* o *de lege ferenda*).

Debemos advertir que, cualquiera sea el alcance de la doctrina, es necesario, para utilizarla debidamente, tener en cuenta la época y la influencia ejercida por el medio en que ha sido elaborada.

2. En la jurisprudencia de la C.P.I.J. o de la C.I.J. se ha desarrollado la práctica de no mencionar autores en los fallos de estos tribunales, aunque sí en opiniones separadas o disidentes de los jueces.

⁹ Vid. Podestà Costa, L.A., *La Jurisprudencia de los Tribunales de Arbitraje como Fuente de Derecho* (Anuario Jurídico Interamericano, 1950-51; Washington, 1953, págs. 3-13).

10a. RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES. — Dado el aumento creciente del número de organizaciones internacionales es importante considerar en qué medida las resoluciones de dichos organismos constituyen fuentes del derecho internacional. La mayoría de estas resoluciones tienen carácter meramente recomendatorio para los Estados, de manera que intrínsecamente no pueden ser creadoras de obligaciones jurídicas; el problema se presenta con aquellas decisiones que tienen carácter obligatorio para los Estados, como las que puede tomar el Consejo de Seguridad bajo los artículos 41 y 42 de la Carta o la Asamblea General con respecto a la proporción que se determine para cada Miembro, con relación a los gastos del presupuesto, conforme al artículo 17, inciso 2º, o el artículo 14 del Tratado que estableció la Comunidad del Carbón y del Acero y que autoriza a la Alta Autoridad a tomar "decisiones que son obligatorias en todos sus aspectos" y recomendaciones que fijen objetivos obligatorios, aunque cada Miembro queda en libertad de elegir los medios para lograrlo; o dentro del marco del Tratado de Roma, que creó la Comunidad Económica Europea***, la facultad del Consejo de adoptar Reglamentos que se aplican inmediatamente en el territorio de las Partes. En el campo técnico ciertos tratados constitutivos de organismos internacionales han también autorizado a sus órganos a adoptar ciertas medidas reglamentarias que pueden ser inclusive modificatorias de un tratado o nuevas reglamentaciones. En el primer caso estaría la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones y en el segundo las reglamentaciones respecto de métodos y procedimientos meteorológicos de la Organización Meteorológica Mundial y los reglamentos sanitarios adoptados por la Asamblea Mundial de la Salud, que entran en vigor en el territorio de los Estados Miembros, salvo oposición de éstos.

Las resoluciones adoptadas con carácter obligatorio por las organizaciones internacionales ligan a los Estados Miembros en la medida y en razón de estar pactada su obligatoriedad en la carta orgánica de la institución; dicha obligatoriedad depende, pues, de lo establecido en un tratado. En consecuencia, este tipo de resoluciones son medios de creación de derechos y obligaciones, pero su obligatoriedad no es independiente del tratado que le dio origen y de sus términos. Son fuentes de normas jurídicas en el sentido más amplio, pero no fuentes del derecho internacional en sentido estricto.

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 517 a 592.

Las resoluciones adoptadas con meros propósitos recomendatorios no tienen, por supuesto, ningún valor jurídico obligatorio sino alcance político o moral, importan enunciar un propósito común, trazar la línea de conducta colectiva que se estime conducente para alcanzar un determinado objetivo. Sin embargo, estas resoluciones no obligatorias pueden llegar a ser indirectamente fuente del derecho internacional cuando se traducen en hechos reiterados y generalizados que entran a formar parte de la costumbre.

La Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado varias declaraciones sobre derechos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos***, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales***, la Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales***, la Declaración sobre los Principios que deben regir en el Espacio Ultraterrestre, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a la Cooperación y Amistad entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas***, etc. Estas declaraciones y otras que pueden adoptar los organismos internacionales, no son, por sí mismas, fuentes del derecho internacional, por el hecho de ser adoptadas por un órgano principal de dichos organismos. Su importancia estriba en que el voto favorable de un Estado supone su reconocimiento de que el contenido de la declaración ha obtenido condición de norma jurídica, más aún, si la declaración es aprobada prácticamente por unanimidad o sin oposición, su adopción puede constituir el reconocimiento de la formación de una norma consuetudinaria o un paso más en su formación.

10b. ACTOS UNILATERALES INTERNACIONALES. — Existen dudas en la doctrina si los actos unilaterales internacionales de los Estados son fuente del derecho internacional; no se encuentra mencionada, por ejemplo, entre las que enumera el artículo 38 del Estatuto de la C.I.J. Sin embargo, ya hemos señalado, que esta lista no es exhaustiva, sino declarativa y que nada impide en la estructura del derecho internacional, la

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para La Declaración Universal de los Derechos Humanos, págs. 335 a 340; para la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos coloniales, págs. 721 a 723; para la Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, págs. 665 a 667; para la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional relativos a la Cooperación y Amistad entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, págs. 671 a 679.

creación de nuevas fuentes de derecho, que sean la aplicación de fuentes ya reconocidas como los tratados y la costumbre.

Los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad que tienden a producir efectos jurídicos deseados por su autor. Pero no bastan los deseos del autor, es necesario, además, que el orden jurídico sea quien le otorgue a dicha manifestación de voluntad los efectos deseados. En consecuencia, las declaraciones de voluntad que emanen de Estados u otros sujetos del derecho internacional producen efectos jurídicos en la medida que el derecho internacional lo disponga. Si el derecho internacional otorga efectos jurídicos a la manifestación de un solo sujeto el acto es unilateral, si es necesario dos o más voluntades el acto es bilateral o multilateral, según sea el caso.

La C.I.J. ha señalado en el fallo sobre Ensayos Nucleares de 1974 que un Estado puede asumir obligaciones jurídicas por medio de una declaración unilateral, cuando su intención ha sido obligarse de acuerdo con sus términos. La Corte basa esta norma en el principio de la buena fe.¹⁰

¹⁰ La Corte dijo: "Es reconocido que declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y conciernen a situaciones de hecho y de derecho pueden tener por efecto crear obligaciones jurídicas. Declaraciones de esta naturaleza pueden tener y a menudo tienen un objetivo muy preciso. Cuando es la intención del Estado que hace la declaración de obligarse de acuerdo a sus términos, dicha intención confiere a la declaración el carácter de una obligación jurídica, quedando el Estado obligado a seguir una línea de conducta consistente con la declaración. Un compromiso de esta naturaleza, dado públicamente y con la intención de obligarse, aun hecho fuera de negociaciones internacionales, es obligatorio. En estas circunstancias, nada en la naturaleza de un *quid pro quo*, ni la aceptación subsiguiente de la declaración, ni aun una respuesta o reacción de otros Estados, es requerida para que la declaración tenga efecto, desde que el requerimiento sería inconsistente con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico por intermedio del cual se expresó el Estado". La Corte agregó: "Por supuesto, no todos los actos unilaterales implican obligación, pero un Estado puede elegir tomar una cierta posición en relación a un asunto determinado con la intención de obligarse; esta intención será determinada por la interpretación del acto. Cuando los Estados hacen declaraciones que limitan su libertad de acción futura, se impone una interpretación restrictiva" (I.C.J., *Reports*, 1974, pág. 267). La Corte señaló en otro párrafo: "Uno de los principios básicos que preside la creación y la ejecución de obligaciones: jurídicas, cualquiera sea su fuente, es el principio de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional, sobre todo en una época en la que, en muchos dominios, se hace más y más indispensable. Así como la misma norma del derecho de los tratados *pacta sunt servanda*, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por una declaración unilateral se basa en la buena fe. Los Estados interesados pueden tomar conocimiento de las declaraciones unilaterales y poner confianza en ellas y tienen derecho a requerir que las obligaciones así creadas sean respetadas" (*Ibidem*, pág. 268).

IV. FUNDAMENTO

11. CONCEPTO. — El problema que han estudiado los juristas y los filósofos del derecho bajo la denominación fundamento del derecho internacional consiste en preguntarse por qué el derecho internacional es obligatorio para los Estados.

11a. ANTECEDENTES. — En 1625, Grocio señaló como bases del derecho internacional el "derecho natural" y en segundo término el "derecho de gentes voluntario", es decir, el que procede del consentimiento expreso o tácito de los Estados. Hacia fines del siglo XVII dominó la idea, principalmente por obra de Puffendorf, de que el derecho internacional tiene como fundamento exclusivo el "derecho natural". En el siglo XVIII, Bynkershoek introdujo la idea de que sólo tienen valor los precedentes de la práctica internacional, las reglas del derecho positivo; pero esta escuela condujo a la negación del derecho, porque bajo la inspiración de Hobbes y de Spinoza se llegó a sostener que el derecho proviene de la fuerza.

Hasta fines del siglo XVIII no se percibía bien la diferencia que existe entre las fuentes del derecho internacional y el fundamento de este derecho; o, en otros términos, entre los cauces por donde él fluye y la razón de ser de su fuerza obligatoria.

12. TEORIAS CONTEMPORANEAS. — Diversas teorías se han formulado desde fines del siglo XIX acerca del fundamento del derecho internacional. Estas teorías pueden ser clasificadas en voluntarias, normativistas y sociológicas. Para las primeras la base de la obligatoriedad del derecho internacional reside en el consentimiento dado por el Estado para que una norma le sea aplicable. Las teorías normativistas sostienen que el fundamento de la obligatoriedad reside en una razón externa a la voluntad del Estado, en una "norma fundamental" del sistema jurídico. Las teorías sociológicas fundamentan la validez del derecho en la mera existencia de una comunidad social y en el caso del derecho internacional en la existencia de la comunidad internacional, que hace necesaria la existencia de un orden jurídico internacional.

1. Según la teoría de la "auto-limitación" (Jellinek, 1880), el Estado, por obra de su propia voluntad, establece limitaciones a su poder cuando lo estima necesario para entrar en el sistema internacional; de donde resulta que el derecho internacional es obligatorio porque el Estado es capaz de obligarse a sí mismo. Se ha objetado a esa tesis que si el derecho internacional tiene por fundamento la voluntad del Estado, y ésta es discrecional, en manos de él está admitir tales o cuales reglas y aun desecharlas. Tal fundamento conduciría a la negación del derecho internacional.

2. Según la teoría de la "delegación del derecho interno" (Wenzel, 1920), el ordenamiento jurídico interno, generalmente la constitución, autoriza al Estado a celebrar acuerdos internacionales. así el derecho interno confiere a dichos acuerdos su carácter obligatorio.

3. Según la teoría de la "voluntad colectiva de los Estados" (Triepel, 1889), cada uno de ellos concurre espontáneamente a formar el derecho internacional; pero, una vez que se ha producido "esa fusión de voluntades, distintas pero con un mismo contenido", existe una unión (*Vereinbarung*): el Estado se encuentra entonces ante una norma objetiva, que no es un contrato con intereses opuestos ni es tampoco simple adición de las voluntades particulares, sino un resultado nuevo proveniente de la voluntad colectiva. Sin duda, la teoría de Triepel muestra, del punto de vista psicológico, la manera como los Estados se sienten ligados, pero no explica por qué razón se sienten ligados.

4. A las referidas "teorías voluntaristas" se han opuesto los autores de la "escuela normativista". Anzilotti (1912), Kelsen (1920), y Verdross (1926), que han sostenido que la validez de una norma jurídica depende de la validez de una norma jurídica preexistente; por este razonamiento se llega a buscar el fundamento de la validez de la primera Constitución, que se basa finalmente en una norma jurídica cuya validez es hipotética.

El contenido de esta norma hipotética es para Anzilotti la regla "*pacta sunt servanda*", que impone el deber de cumplir las obligaciones contraídas. Esta doctrina puede explicar la vigencia del derecho internacional emergente de los tratados, pero no el derecho internacional consuetudinario.

Para Kelsen, "la regla jurídica según la cual los Estados deben comportarse como lo prevén los tratados ha nacido, como otras reglas de Derecho Internacional, de un proceso consuetudinario. El derecho consuetudinario es una formación jurídica superior a la convencional. La norma fundamental del Derecho Internacional es la norma que eleva el estado de hecho de la costumbre, a proceso de creación del derecho y

podría formularse así: "Los Estados deben comportarse como lo han acostumbrado a comportarse".¹¹

Verdross sostiene, por su lado, que Anzilotti y Kelsen dan por supuesto la existencia de Estados y que forman una comunidad. Saca la conclusión que estas fórmulas son vacías, si se prescinde de su trasfondo sociológico y jusnaturalista. Agrega: "se verá que para dar un contenido a la norma fundamental del derecho internacional tenemos que partir de aquellos principios jurídicos que los pueblos civilizados reconocen comúnmente, toda vez que las normas de derecho internacional positivo se han ido constituyendo sobre la base de la conciencia jurídica común de los pueblos".¹²

5. La reacción contra el positivismo aparece con la teoría de la "conciencia jurídica internacional" (Krabbe, 1919; Duguit, 1921; Politis, 1927; Scelle, 1934, etc.), de la llamada "escuela sociológica". Según ella, los hombres poseen un instinto, un sentimiento independiente de su voluntad que los obliga a seguir cierta conducta; esa conciencia es el origen y la medida de las normas del derecho internacional e induce a reaccionar contra todo ataque que se le dirija, porque se ha formado la convicción de que su respeto es indispensable para mantener el orden social e internacional. Scelle dijo que "la fuente del derecho internacional se desprende de las relaciones internacionales, como la fuente del derecho en general de las relaciones individuales. Su carácter obligatorio deriva de la necesidad de estas relaciones, ya sean originariamente indispensables para la vida de cada grupo, ya porque adquieran por la división del trabajo la fuerza de una necesidad biológica".¹³

La doctrina danesa de Alf Ross y Max Sorensen va más allá aún y sostienen estos autores que la validez del derecho, su sentido de obligatoriedad, surge de un fenómeno de psicología social. Sorensen afirma describiendo la teoría que "la validez del derecho es un fenómeno psicológico, una racionalización de ciertas motivaciones que, a causa de la organización social y la tradición, se imponen al espíritu humano con una fuerza particular".¹⁴

¹¹ Keisen, H., *General Theory of Law and State*, pág. 369.

¹² Verdross, A., *Derecho Internacional Público*, 1955, pág. 36.

¹³ Scelle, S., *Précis de Droit des Gens* (1932, vol. I, pág. 31).

¹⁴ Sorensen, M., *Les sources de droit international*, 1946, pág. 24.

6. La nueva concepción del Derecho Natural (Pillet, Saleilles, Le Fur, Wehberg, Schücking, Lauterpacht, Baty, etc.) no invoca la existencia de un derecho natural del hombre, anterior a la vida en sociedad y de carácter inmutable e inalienable; pero establece que los principios del derecho internacional se concretan en dos normas fundamentales, que son una aplicación directa de la noción de justicia: la obligación de cumplir los compromisos contraídos y el deber de reparar el daño causado injustamente. De ello resulta que el principio *pacta sunt servanda* constituye una de las bases de la novísima concepción del Derecho Natural; mas, por encima de ese principio, impera la *idea de la justicia*, que reside en la conciencia jurídica de los hombres, y esa noción es lo que da carácter obligatorio a sus normas.

V. CARACTERES

13. NATURALEZA. — Todo derecho perfecto supone tres elementos: la ley que lo define, el órgano encargado de aplicar la ley y la sanción consiguiente para el transgresor. Encuéntrase todo ello en el derecho interno; pero no aparece con igual plenitud en las relaciones entre los Estados, pues no hay tribunal común que obre con jurisdicción compulsiva y la sanción sería la guerra, recurso extremo y no siempre aplicable. De esa deficiencia se ha inferido que el derecho internacional no existe.

Olvidase, cuando así se razona, que el derecho, como resultante de la vida social, es anterior a muchas instituciones: comienza en cuanto los hombres se ponen en contacto y logran entenderse siquiera rudimentariamente para vivir en común. La convivencia humana se traduce en ciertas normas admitidas tácitamente por el consenso general: *ubis societas, ibi jus*; su repetición constituye la costumbre —primera fuente del derecho—, y esas normas se concretan luego por escrito formando la ley, la jurisprudencia y la doctrina de los publicistas. Ello ocurre tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. Sin duda, éste tiene precisión y fijeza menores que aquél, pero constituye un *derecho* desde que normalmente restringe la fuerza y aleja la arbitrariedad.

Cierto es que la vida de relación internacional carece de un tribunal que actúe con jurisdicción compulsiva. No obstante, ningún Estado, ningún hombre de gobierno se atreve a negar el derecho internacional. Por el contrario, todos lo invocan; saben que no podría subsistir un Estado

que sistemáticamente lo denegase y saben también que el derecho internacional constituye el amparo normal, el sostén legítimo de la vida de todos y de cada uno.

Los Estados recurren con frecuencia a someter sus divergencias a terceros. La falta de tribunal compulsivo no significa necesariamente la inexistencia del derecho: éste rige de ordinario entre los hombres sin necesidad de recurrir en cada caso a un tribunal. Podrá argüirse que la obediencia al derecho es entonces resultado de una larga evolución histórica, que eventualmente asegura en todo Estado organizado la acción ulterior de sus resortes judiciales. No debe olvidarse, sin embargo, que en el régimen del derecho interno se presentan casos en que se hace imposible aplicar sanciones; por ejemplo, cuando la ley admite demandar al Estado y no obstante dispone que la sentencia que se obtenga contra él es declaratoria y no ejecutiva. En el derecho internacional el problema es éste mismo, aunque más generalizado; el de la posibilidad de aplicar la sanción que lleva implícita la violación del derecho. Y en este particular el Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919)* y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945)** han asentado las bases fundamentales.

En el derecho internacional existen los elementos que son fuente de todo derecho: la ley, formada por los tratados y la costumbre; y las contribuciones normativas provenientes de los "principios generales del derecho", la jurisprudencia y la doctrina. Sólo que esos elementos son menos perfectos que en el derecho interno. El derecho internacional, del mismo modo que el derecho interno, fue en sus comienzos el derecho vigente en la Europa occidental, y luego extendió su radio de acción hasta abarcar todo el mundo civilizado; pero, a diferencia del derecho interno, cuya acción se circunscribe a un territorio definido y organizado por fuerzas coherentes que le dan unidad política y legislativa, el derecho internacional tiene en contra la enorme extensión que abarca y la diversidad de intereses cuya convivencia procura coordinar. El derecho internacional es un derecho en formación, un derecho imperfecto. Entretanto, no hay duda que existe un conjunto de "reglas generalmente reconocidas por el derecho internacional", y esas reglas, que gobiernan la vida de relación de los Estados, se ven precisadas y fortalecidas por los tratados.

* * Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*. págs. 9 a 35.

14. EXTENSIÓN. — El derecho internacional, al nacer a comienzos del siglo XVII, tenía en mira solamente a las principales cortes europeas; pero la paz de Westfalia, de 1648, fue concertada entre los principales Estados de la Europa occidental sin tener en cuenta diferencia alguna por motivos religiosos o políticos. Y a comienzos del siglo XVIII, el derecho internacional llegaba a ser "europeo y cristiano": lo primero desde que el Imperio Moscovita obtuvo, por el tratado de Nystadt (1721), salida al Mar Báltico y lo segundo porque el Imperio Otomano no era considerado en pie de absoluta igualdad.

Desde fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, el continente americano ingresa en la vida de relación internacional: los Estados Unidos en 1787 y más tarde las demás repúblicas independientes. En la segunda mitad del siglo XIX son admitidos, aunque con ciertas restricciones, los países de civilización no cristianos: Turquía desde la paz de París de 1856, algunos años después los nuevos Estados balcánicos y luego Japón, China, Persia y Siam. A la Conferencia de la Paz, que se reúne en 1899 en La Haya, asisten veintiséis Estados, y a la segunda celebrada en 1907, concurren cuarenta y cuatro. Quedaba asentada de hecho la idea de que todos los Estados independientes constituyen una "comunidad internacional".

La conflagración de 1914-18 vino a demostrar que los intereses de la "comunidad internacional" son solidarios y que no pueden trazarse círculos exclusivistas. La Sociedad de las Naciones, creada con la paz de 1919, fue la primera institución jurídico-política erigida con tendencia universal; y la Organización de las Naciones Unidas, sucesora de aquella, confirma ese propósito.

Como resultado del proceso de descolonización que se aceleró a partir de 1955, el número de Estados de la comunidad internacional aumentó considerablemente, particularmente por la incorporación de los nuevos Estados africanos, asiáticos y algunos americanos. El número de miembros de las Naciones Unidas se ha casi triplicado en pocos años.

Esta ligera reseña pone en evidencia cómo el círculo de la vida de relación internacional se ha ensanchado paulatinamente hasta abarcar al mundo entero. Puesto que esa vida de relación es reflejada y encauzada por el derecho internacional, resulta ya anacrónico discutir si este derecho es o no universal.

15. EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PARTICULAR. — El derecho internacional general es el dere-

cho que regula las relaciones entre todos los integrantes de la comunidad internacional. Conjuntamente con este derecho internacional general opera el derecho internacional particular formado por las normas que regulan las relaciones sólo entre ciertos integrantes de la comunidad internacional. Dicho derecho internacional particular se forma normalmente por vía de tratados, pero también puede ocurrir que se forme un derecho consuetudinario particular.

Las normas del derecho internacional general son obligatorias para todos los sujetos del derecho internacional, mientras que el derecho internacional particular obliga a un grupo de dichos sujetos.

Los sujetos de derecho internacional pueden derogar por acuerdo, manifestado a través de un tratado o por la formación de una costumbre, una norma del derecho internacional general, salvo aquellas que presentan el carácter de *jus cogens*, es decir, normas imperativas que no pueden ser dejadas de lado por acuerdo de parte.

Dentro de este esquema, el derecho internacional convencional actual es derecho internacional particular, pues no existe ningún tratado que tenga un ámbito de validez universal. El derecho internacional general si se enriquece por el aporte de reglas consuetudinarias, inclusive las que tuvieron su origen en tratados.

VI. CONTEXTURA

16. LA DOCTRINA. — En el siglo XVII aparece la primera obra fundamental, el libro "*De jure belli ac pacis*", publicado en 1625 por el juriconsulto holandés Hugo Grocio (Huig Cornet van Groot).

1. Precursores principales de la obra de Grocio son dos religiosos españoles, el dominico Francisco de Vitoria y el jesuita Francisco Suárez, y los juristas Baltasar de Ayala y Alberico Gentili, de origen español el primero aunque establecido en Flandes como juez militar, e italiano el segundo pero expatriado en Inglaterra y profesor en la Universidad de Oxford. Impulsados Vitoria y Suárez por el anhelo de la evangelización de los indios americanos y todos por el propósito de mitigar los horrores de la guerra, su mérito está en que señalan la existencia de una comunidad entre las naciones y esa comunidad está regida por el *jus naturale*.

Inspira a Vitoria y Suárez la idea cristiana de la unidad y universalidad del género humano y la idea del Derecho Natural. Vitoria, profesor en la Universidad de Salamanca, sostiene (1557) que existe entre las naciones una *societas naturalis*, en la cual cada una conserva los derechos fundamentales que posee en el estado natural; y Suárez, profesor en Salamanca y en Coimbra, asevera en un pasaje de su libro "*De legibus ac de Deo legislatore*" (1612) la existencia entre las naciones de una comunidad que se rige por el Derecho Natural: "luz de la mente —dice— que Dios infundió a los hombres para dejar permanentemente escrita en su entendimiento la ley eterna".

Ayala (1582) y Gentili (1598) recogen por su parte el Derecho Natural, que los filósofos estoicos extraían de la razón, y afirman que esa noción debe regir toda la vida internacional.

2. Grocio escribe la primera obra integral y sistemática de derecho internacional cuando Europa estaba conturbada por la Guerra de Treinta años. Se inspira Grocio, hasta cierto punto, en Gentili y en Ayala; pero su originalidad consiste en adoptar como base de las normas internacionales el *jus naturale* y lo que él llama *jus voluntarium gentium*: el Derecho Natural "regla que nos sugiere la recta razón, diciéndonos si una acción, según se ajuste o no a la naturaleza razonable, es moralmente deforme o es moralmente necesaria"; y el derecho de gentes voluntario, que proviene del consentimiento de todos o de muchos Estados, se manifiesta por la costumbre o por los tratados y está sin embargo subordinado al Derecho Natural.

Vino a ser Grocio el fundador de la "escuela del Derecho Natural", que durante dos siglos predominó en la filosofía jurídica y en el campo del derecho internacional. Su libro ejerció poderosa influencia en el desarrollo de las ideas políticas acelerando la transformación de las instituciones legadas por el feudalismo medieval. En Grocio encontraron los contemporáneos reglas que venían a poner orden y justicia en los métodos de la época. De ahí el extraordinario éxito de aquel libro, que fue editado muchas veces, traducido a varios idiomas, consultado con frecuencia y sirvió de inspiración a sus sucesores.

Continuador de la obra de Grocio fue Ricardo Zouche, profesor en Oxford, cuyo libro "*Jus inter gentes*" apareció en 1650, esto es, apenas concertada la Paz de Westfalia. En él da preeminencia, a la inversa de Grocio, al derecho consuetudinario sobre el Derecho Natural y estudia la paz antes que la guerra.

3. Los autores que se suceden durante cerca de dos siglos suelen ser clasificados en tres escuelas sucesivas: 1º) La escuela del Derecho Natural (Puffendorf, Thomasius, Burlamaqui, etc.), para la cual las normas del derecho internacional emanan solamente de la razón; 2º) La escuela realista (Bynkershoek, Moser, etc.) y la escuela histórica como rama ulterior (Savigny), que extraen el derecho de las soluciones adoptadas en la práctica; 3º) La escuela ecléctica (Wolff, Vattel, etc.) que admite, según las circunstancias, la influencia del Derecho Natural, de la costumbre y de los tratados, pero a veces (G. F. von Martens) se inclina preferentemente a las normas que provienen de los tratados.

4. Después del Congreso de Viena (1815) aumenta considerablemente el número de los autores que publican obras generales sobre el derecho internacional. Algunos nombres alcanzan repercusión general: son los principales, en la primera mitad del siglo XIX, Klüber, Wheaton y Heffter; en la segunda Phillimore, Fiore, Bluntschli, Calvo, Hall, F. von Martens, Lawrence, Holtzendorff, Olivart, Pradier-Fodéré, Bonfils, Rivier y Liszt; y en la primera mitad del siglo XX, Wilson, Westlake, Oppenheim, Diena, Louder, Anzilotti, Fauchille y Fonwick. Los autores contemporáneos más conocidos son Ago, Reuter, Gros, Suzanne Bastid, sir Humphrey Waldock, Tunkin, Lachs, Jennings, Jessups, Jiménez de Aréchuga, de Visscher, Kelsen, Sorensen, Verdross, Oda, Bartos, Ross, Cavare, Guggenheim, Dahm, Mosler, Morelli, García Arias, Miaja de la Muela, Díez de Velasco, etcétera.

Para discernir las tendencias de tantos autores de valía es inconducente agruparlos por nacionalidades. Más bien un examen minucioso realizado en orden cronológico permitiría descubrir las influencias reciprocas; pero semejante estudio no es posible hacerlo aquí. Sin embargo, salta a la vista el hecho de que la doctrina, inspirándose en la realidad presente, consideró hasta mediados del siglo XIX al derecho internacional como un "derecho europeo" (así lo calificaban Klüber, en 1819, y Heffter en 1844) o como un "derecho europeo y cristiano" (Phillimore en 1854-61); y correspondió a Calvo integrarlo desde la primera edición de su libro (1868) con los antecedentes americanos. El derecho internacional era ya europeo y americano. Pronto pasaría a ser universal.

En 1873 se fundan el Instituto de Derecho Internacional y la Internacional Law Association; y desde esa época comienzan a publicarse libros y monografías sobre puntos de interés especial, ya por separado o en revistas o anuarios que se vienen editando en diversas capitales, aun-

que a veces con interrupciones¹⁵ y luego se dictan cursos especializados en la Academia de Derecho Internacional, que desde 1923 funciona en La Haya, y más cursos en otros centros.

Esta constante labor, desarrollada en libros, revistas, institutos y academias, ha sido profícua y ha terminado por eliminar diferencias provenientes de métodos distintos, a tal punto que no puede afirmarse ya que existan en la doctrina del derecho internacional, como tampoco en la práctica, escuelas con caracteres continentales, ni europeos ni americanos.¹⁶

17. EL MÉTODO. — Para determinar las normas del derecho internacional los autores se han inspirado con frecuencia, desde Zouche hacia fines del siglo XIX, en las instituciones del derecho privado: exami-

¹⁵ Pueden señalarse entre las publicaciones periódicas más difundidas: *Revue de Droit International et de Législation Comparée* (Bruselas, desde 1869); *Journal de Droit International* (París, desde 1874); *Annuaire de l'Institut de Droit International* (desde 1877); *Zeitschrift für Internationale Recht* (Berlín, desde 1891); *Revue Générale de Droit International Public* (París, desde 1894); *American Journal of International Law* (Washington, desde 1907); *Rivista di Diritto Internazionale* (Roma, desde 1907); *Zeitschrift für Völkerrecht* (Viena, desde 1907); *Grotius International Jaarboek* (La Haya, desde 1913); *British Yearbook of International Law* (Londres, desde 1920); *Revista Argentina de Derecho Internacional* (Buenos Aires, desde 1920); *Revista de Derecho Internacional* (La Habana, desde 1922); *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (La Haya, que se edita desde 1923); *Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas* (Rosario, desde 1950); *Revue Belge de Droit International* (Bruselas, desde 1965); *The Canadian Yearbook of International Law* (Vancouver, desde 1963); *Annuaire Français de Droit International* (París, desde 1955); *International and Comparative Law Quarterly* (Londres, desde 1952); *Revue Hellenique de Droit International* (Atenas, desde 1946); *Comunicazioni e Studi* (Milán, desde 1950); *Revista Española de Derecho Internacional* (Madrid, desde 1948); *Revue Egyptienne de Droit International* (Cairo, desde 1945); *Columbia Journal of International Law* (New York, desde 1962); *International Organization* (Boston, desde 1947); *International Legal Materials* (Washington, desde 1962); *Sovetskii Ezhegodnik Mezhdunarodnogo Prava* (Anuario Soviético de Derecho Internacional Moscú, desde 1958).

¹⁶ Hacia fines del siglo XIX indicábase la existencia de una "escuela angloamericana" y de una "escuela continental europea". No se trataba, ciertamente, de dos concepciones opuestas del derecho internacional sino del predominio de algunos rasgos particulares provenientes del método seguido por los autores: según lo veremos más adelante, los anglosajones utilizaban el método empírico, ajustándose a los casos resueltos en la historia diplomática y en la jurisprudencia, en tanto que los latinos y germanos inclinábanse al método filosófico, con caracteres principalmente deductivos. Tales tendencias se han aproximado cada vez más hasta fundirse, sin perjuicio, claro está, de la medida en que cada autor utilice según su juicio crítico los diversos elementos.

nan sucesivamente las personas (los Estados), las cosas o bienes (el territorio, el mar, etc.), las obligaciones contractuales (los tratados) o delictuales (los hechos ilícitos internacionales), las acciones (las represalias, la guerra, etc.), que aparecen en el ámbito internacional, e intentan aplicar a esas entidades o relaciones reglas semejantes a las del derecho privado. Tal como se basa en una analogía inadmisibile: los Estados no pueden ser asimilados a las personas humanas, porque ellos no están subordinados a un legislador común y poseen vida ilimitada en el tiempo; por tanto, las relaciones jurídicas de la vida de relación internacional no pueden ser identificadas, sin exponerse a graves errores, con las que son materia de derecho privado, y sólo por vía de hipótesis es posible ensayar algunas veces comparaciones. Y si se nos objetara que no obstante se aplican en el derecho internacional los "principios generales del derecho", bastaría recordar que éstos no son reglas exclusivas del derecho interno de tal o cual Estado sino que constituyen reglas comunes a todos los sistemas jurídicos.

Admitido que debe descartarse la simple analogía con las instituciones del derecho privado ¿cuáles son los métodos adecuados para establecer las normas propias del derecho internacional? Se han manifestado a este respecto dos tendencias, la filosófica y la empirica: la primera adopta principalmente el método deductivo y la segunda prefiere el método histórico. Esas tendencias —que también se observan en las demás ciencias jurídicas y en el estudio de los fenómenos sociales— han caracterizado hasta cierto punto a dos grandes grupos: la tendencia filosófica, predominante en los autores latinos, asume formas abstractas entre los germánicos y algunos italianos; la tendencia empirica se nota entre los anglosajones. En los últimos tiempos esas tendencias no se han mantenido de modo inflexible; por el contrario, se han compenetrado hasta el punto de utilizar, en la medida en que lo aconsejen las circunstancias, los distintos elementos que proveen los hechos y las ideas. Con todo, es conveniente advertir todavía que el método puramente deductivo conduce a reglas rígidas e invariables, lo que no es científico porque el derecho evoluciona y se transforma con el tiempo; el método histórico confunde a menudo el derecho con el hecho, se torna casuista y aun contradictorio e induce a legitimar los abusos de la fuerza. Ambos métodos deben ser combinados: el método histórico provee los antecedentes prácticos, elementos sin duda indispensables; pero a él debe asociarse el método deductivo-inductivo, que hace posible el análisis razonado y permite discernir como resultante la solución equilibrada y justa, la regla del derecho

18. LAS INSTITUCIONES CIENTÍFICAS. — Colaboran en el desarrollo de la doctrina ciertas instituciones científicas de naturaleza privada, pero internacional que, mediante reuniones periódicas, promueven el estudio de los problemas actuales y proponen las normas que estiman apropiadas.

Esas instituciones, sin contar las meramente nacionales, son dos que abarcan el mundo entero, porque sus miembros, designados atendiendo principalmente a sus antecedentes científicos, provienen de países muy diversos, y otras cuya formación es de carácter regional, porque sus miembros pertenecen a ciertas nacionalidades afines entre sí.

1. El Instituto de Derecho Internacional, fundado en Gante en 1873, es una asociación constituida por un número limitado a un máximo de 60 miembros y 60 asociados, que ella designa en escrutinio secreto: los asociados, según lo expresan los estatutos, "entre las personas de distintas nacionalidades que han prestado servicios al derecho internacional en el dominio de la teoría o de la práctica", y los miembros son elegidos de igual modo entre los asociados.¹⁷ Los trabajos del Instituto, realizados en sesiones bienales que se celebran en distintas ciudades, sirven de base para el desarrollo o interpretación de las reglas del derecho internacional público y privado y para la concertación de tratados.

La International Law Association, fundada en Bruselas en el mismo año 1873 y establecida con sede central en Londres, está formada, en número ilimitado, por juristas, navieros, marinos, comerciantes, etc., y tiene por objeto no sólo promover el desarrollo del derecho internacional sino también preparar proyectos de legislación y propiciar su sanción en los parlamentos a fin de elaborar un derecho uniforme, especialmente en lo que atañe al derecho marítimo y al derecho internacional privado.

2. De carácter regional son el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional fundado en Madrid en 1951, el Comité Jurídico Consultivo Africano-Asiático, fundado en New Delhi en 1956 y el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, fundado en Bogotá, en 1954.

19. LA CODIFICACIÓN. — La idea de codificar el derecho internacional responde al deseo de dar uniformidad y precisión a sus normas.

¹⁷ Los miembros o asociados de nacionalidad argentina han sido hasta el presente Carlos Calvo (miembro fundador desde 1873 hasta 1906); E. E. Zeballos (asociado en 1908 y miembro desde 1911 hasta 1923); L. A. Podestá Costa (asociado desde 1947 hasta 1962) y José María Ruda (asociado desde 1965).

Sugerida por Bentham en un plan publicado en 1789, surgió más tarde, sin duda como reflejo de la codificación del derecho interno, realizada en gran número de países: en 1872 el profesor Mancini publicó una monografía titulada "Vocación de nuestro siglo para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes", y un año después se fundaron el Instituto de Derecho Internacional y la International Law Association con el propósito, entre otros, de cooperar en esa labor. Desde entonces algunos juristas publicaron sendos proyectos de código de derecho internacional: Bluntschli, Field, Fiore, Pessoa, etc. Estos trabajos, puesto que carecen de sanción oficial por los Estados, no importan la codificación del derecho internacional, pero son contribuciones útiles como labor preparatoria.

1. Es indudable que la codificación debe tener por objeto el derecho existente, aunque sin perjuicio, desde luego, de precisarlo y mejorarlo. Una codificación que consistiese predominantemente en reglas *de lege ferenda* sobre cuestiones de importancia, sería resistida y fracasaría.

En cuanto al método, la codificación debe realizarse por medio de tratados multilaterales que, conteniendo las reglas correspondientes a las diversas instituciones, sean adoptadas por los propios Estados con carácter obligatorio y uniforme. Semejante empresa no puede abordarse de modo integral sino "gradual y progresivo" —según la fórmula adoptada en 1923 por la V Conferencia Internacional Americana—, comenzando como es natural por los tópicos que parecen más maduros. Este método —único utilizable, puesto que no existe un legislador común a todos los Estados— tropieza en la práctica con dos inconvenientes que afectan la uniformidad y la generalización de los tratados: las reservas que muchos Estados oponen a las cláusulas de los tratados y la dificultad para obtener las ratificaciones ulteriores.

2. La codificación se inició en la segunda mitad del siglo XIX, con la celebración de varias convenciones a fin de coordinar ciertas relaciones que, aun cuando no esencialmente políticas, son de interés común en la paz —las referentes a los "servicios públicos internacionales" (salubridad, comunicaciones, etc.) y las que versan sobre derecho internacional privado— y finalmente convenciones destinadas a reglamentar las "leyes y usos de la guerra".

En lo que respecta a la parte orgánica o institucional del derecho internacional, la obra de la codificación fue comenzada en las conferencias internacionales americanas. Después de reiterados esfuerzos, ellas lograron —como consecuencia de la labor concreta realizada en 1927 por la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, reunida en

Río de Janeiro—,¹⁸ la concertación de siete convenciones interamericanas suscriptas en la VI Conferencia (La Habana, 1928), que versan sobre la condición de los extranjeros, funcionarios diplomáticos, agentes consulares, tratados, derecho de asilo, deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles y neutralidad marítima, así como una convención sobre derecho internacional privado, denominada "Código Bustamente".

Entretanto, en el seno de la Sociedad de las Naciones se concertaban varias convenciones colectivas sobre importantes tópicos relativos a los "servicios públicos internacionales" y la Asamblea de 1924 resolvía designar un "Comité de Expertos" para estudiar cuáles eran los temas jurídicos cuya codificación parecía realizable. El comité señaló once temas, y la Sociedad de las Naciones realizó sobre ellos una intensa labor preparatoria mediante encuesta, requiriendo la opinión de los gobiernos de todos los Estados miembros con relación a un cuestionario detallado. Finalmente, retuvo sólo tres temas —la nacionalidad, el mar territorial y la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o a los bienes de los extranjeros—, y sometió esos temas a los gobiernos conjuntamente con sendos anteproyectos y los antecedentes así preparados. En consecuencia, en 1930 se reunió en La Haya, con asistencia de cuarenta y siete Estados, una conferencia internacional para adoptar convenciones con respecto a esas materias. No fue posible, sin embargo, llegar a resultados positivos sino sobre cuatro puntos concernientes a la nacionalidad y formular una recomendación relativa a la situación jurídica del mar territorial, que fue aprobada provisionalmente en mira a su posible incorporación a una convención ulterior sobre la materia.

¹⁸ La labor de las conferencias internacionales americanas habíase iniciado en 1901 con el proyecto presentado en la II Conferencia, reunida en México, para elaborar un código de derecho internacional público y otro de derecho internacional privado. Esta idea se concretó en la III Conferencia (Río de Janeiro, 1906) en la creación de una "Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos" a fin de encomendarle aquella misión. Después de varias alternativas, la V Conferencia (Santiago, 1923), considerando quimérico el propósito de elaborar códigos integrales, adoptó el método de emprender una codificación "gradual y progresiva" por medio de convenciones sobre los distintos tópicos del derecho internacional. En consecuencia, el Instituto Americano de Derecho Internacional redactó en 1925 treinta anteproyectos de convención que, sometidos a los gobiernos del Continente, permitieron convocar en 1927 la reunión de la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, cuyos integrantes, designados por los gobiernos de diecisiete Estados, habían sido renovados en gran parte.

La Organización de las Naciones Unidas ha encomendado la tarea de la codificación a un órgano de la Asamblea General, la Comisión de Derecho Internacional.

La Carta de las Naciones Unidas* quiso dar nuevo impulso al movimiento de codificación del derecho internacional, con bastante éxito. El artículo 13, inciso 1º a) establece: "1) La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes: a) ... e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación".

Para dar cumplimiento a este objetivo la Asamblea General creó en 1948 la Comisión de Derecho Internacional, que celebró su primera sesión en 1949. Su funcionamiento está regido por un Estatuto*** que ha sido modificado en algunas oportunidades.

El objeto de la Comisión es "promover el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación" (art. 1º del Estatuto). La Comisión debe dedicar, en principio, sus tareas al derecho internacional público, pero nada le impide considerar temas de derecho internacional privado, si lo estima conveniente.

Se compone de 25 miembros, que tengan "reconocida competencia en derecho internacional", elegidos por la Asamblea General en forma tal que quede asegurada la representación de los principales sistemas jurídicos del mundo. Duran 5 años en sus funciones y pueden ser reelectos.

El artículo 15 del Estatuto define al "desarrollo progresivo" como aquellos "temas que aún no han sido reglamentados por el derecho internacional o sobre los cuales el derecho no se encuentra suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados". A su vez se define "codificación" como "la formulación más precisa y sistemática de las reglas del derecho internacional en campos en los que existe ya extensa práctica, precedentes y doctrinas". Las tareas de la Comisión han demostrado que en la práctica es imposible establecer una clara distinción entre estos dos conceptos y que llevando a cabo trabajos de codificación en muchas oportunidades es necesario llenar lagunas del derecho positivo existente con normas de desarrollo progresivo.

Hasta ahora la Comisión ha trabajado en los siguientes temas: 1) Proyecto de Declaración sobre Derechos y Deberes de los Estados; 2) Formas y maneras de hacer más asequible la prueba del derecho interna-

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 57 a 63.

cional consuetudinario; 3) Formulación de los principios de Núremberg; 4) Cuestión de la jurisdicción Criminal Internacional; 5) Opinión sobre las reservas a las convenciones multilaterales; 6) Cuestión de la definición de la agresión; 7) Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y Seguridad de la humanidad; 8) Nacionalidad, inclusive apatridia; 9) Derecho del Mar; 10) Procedimiento arbitral; 11) Relaciones diplomáticas; 12) Relaciones Consulares; 13) Participación más amplia en tratados multilaterales generales concluidos bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones; 14) Derecho de los Tratados; 15) Misiones especiales; 16) Relación entre Estados y organizaciones internacionales. Los temas más importantes a consideración de la Comisión son: 1) Responsabilidad internacional del Estado; 2) Sucesión de Estados y de Gobiernos; 3) Cláusula de la nación más favorecida; 4) Cuestión de los Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales; 5) Uso no navegable de cursos de agua internacionales.

El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional ha constituido un verdadero aporte al progreso de esta materia, particularmente porque su labor se ha concretado en convenciones multilaterales que rigen aspectos importantes de la vida internacional, a saber: Convención sobre el mar territorial y la zona contigua***, Convención sobre alta mar***, Convención sobre pesca y recursos vivos de la alta mar***, Convención sobre la plataforma continental*** (todas estas convenciones sobre el derecho del mar fueron celebradas en Ginebra en 1958), Convención sobre Relaciones Diplomáticas (Viena, 1961)***, Convención sobre Relaciones Consulares (Viena, 1963)***, Convención sobre Derecho de los Tratados (Viena, 1969)***, Convención sobre Misiones Especiales (Nueva York, 1969)***, y Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal*** (Viena, 1975).

** y *** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua, págs. 65 a 73; para la Convención sobre alta mar, págs. 74 a 82; para la Convención sobre pesca y recursos vivos de la alta mar, págs. 83 a 89; para la Convención sobre plataforma continental, págs. 90 a 93; para la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, págs. 115 a 128; para la Convención sobre Relaciones Consulares, págs. 195 a 223; para la Convención sobre Derecho de los Tratados, págs. 233 a 263; para la Convención sobre Misiones Especiales, págs. 134 a 151; para la Convención sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, págs. 160 a 193.

En el orden interamericano, la Carta de la Organización de Estados Americanos, enmendada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, ha encargado al Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro, entre otras cosas, el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. El Comité está integrado por 11 juristas que son elegidos por la Asamblea General. En la Carta original, adoptada en Bogotá en 1948, la labor de codificación y desarrollo progresivo estaba a cargo del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, que era un órgano del Consejo de la O.E.A. El Comité Jurídico Interamericano era la Comisión Permanente de dicho Consejo. El consejo desaparecido estaba compuesto por representantes de Estados y el Comité por juristas a título individual. El Consejo celebró 5 reuniones.

La labor de codificación en el orden interamericano, fuera de las convenciones aprobadas en La Habana en 1928, no ha plasmado en instrumentos codificadores y sus tareas se han concentrado en la atención de temas de actualidad, o tópicos particulares.

VII. EFECTOS

20. EN GENERAL. — El derecho internacional es aplicado, como es obvio, por los órganos internacionales universales o regionales, como la Organización de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia, los tribunales de arbitraje y la Organización de Estados Americanos. También es aplicado por los órganos institucionales de cada Estado, principalmente por el Poder Ejecutivo, que maneja las relaciones exteriores, y el Poder Judicial, cuando el litigio sometido a su decisión está regido de algún modo por aquel derecho; y en caso de guerra, el derecho internacional puede ser aplicado por los tribunales de presas de los Estados beligerantes.

21. EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO. — Por definición, cada uno de estos derechos tiene en principio campo de acción propio; sin embargo, en la práctica se encuentran a menudo puntos de contacto entre uno y otro, zonas de interferencia en que la colisión se hace inevitable cuando sobre un mismo objeto recaen normas distintas establecidas por el derecho interno y el derecho internacional. Tal ocurre a veces, por ejemplo, en lo relativo a la nacionalidad, a los derechos de los extranjeros, al mar territorial, a la navegación, a la neu-

tralidad, a las presas, etc. ¿Qué normas aplicar entonces? ¿debe regir el derecho interno con exclusión del derecho internacional o tiene éste primacía sobre aquél?

1. Los autores, al examinar el problema del punto de vista puramente abstracto, se dividen en dos grupos: *dualistas y monistas*.

Según los dualistas —Triepel (1899), Anzilotti (1905), etc.— el derecho interno y el derecho internacional forman dos órdenes jurídicos independientes, que difieren por sus fuentes, por las relaciones que rigen y por los sujetos a quienes ligan; uno y otro derecho se mueven en planos distintos, dentro de dos círculos que cuando más se tocan pero nunca se superponen. Por consiguiente, agregan que las normas del derecho internacional no tienen fuerza obligatoria en el interior de un Estado sino en virtud de su “recepción”, esto es, por medio de un acto legislativo que las transforma en reglas del derecho interno.

Según los monistas —Kelsen (1920), Wenzel (1920), Verdross (1923), Bourquin (1931), Scelle (1932), etc.— todo sistema jurídico es una construcción jerárquica de reglas que, extraídas sucesivamente unas de otras, se van erigiendo a modo de una pirámide; de tal manera que en la cumbre se alcanza la norma suprema, cuya validez, siendo imposible de demostrar, debe ser admitida a título de hipótesis necesaria o postulado. Los monistas sostienen que el derecho interno y el derecho internacional son dos ramas de un mismo sistema jurídico; pero al precisar sus relaciones arriban a conclusiones opuestas: Wenzel invoca la primacía del derecho interno sobre el derecho internacional, porque éste es, a su juicio, una derivación ulterior del derecho interno; Kelsen, Verdross, Bourquin, Scelle y otros, por el contrario, sostienen que el derecho internacional priva sobre el derecho interno por diversas razones: porque rige una comunidad de Estados iguales entre sí y delimita el orden jurídico de cada uno; porque el derecho internacional constituye una unidad en la cual todos sus componentes son elementos parciales y por lo tanto le están subordinados; porque el orden jurídico nacional forma parte del orden jurídico internacional y no a la inversa.

2. Normalmente los órganos del Estado aplican el derecho interno —aunque se trate de una cuestión que presente a la vez un aspecto internacional— porque de aquel derecho provienen la jurisdicción y la competencia que tales órganos ejercen. Esto es obvio. Pero también ocurre que los órganos del Estado tengan que aplicar normas de derecho internacional, por ser el caso, por ejemplo, que dicho Estado sea parte de un tratado. Este es un problema complejo sobre todo cuando la norma

interna y la norma internacional sobre un mismo asunto se oponen. El derecho internacional no puede prever una solución normativa a este problema, porque se trata de una cuestión eminentemente de jurisdicción interna del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad internacional en que pueda incurrir el Estado por el eventual no cumplimiento del derecho internacional, como veremos más adelante. Por eso la solución jurídica, en caso de aplicación del derecho internacional por los órganos estatales, debe buscarse en las legislaciones nacionales, donde podemos separar el caso de la aplicación de la costumbre, del caso de aplicación de tratados, dentro del orden interno.

En el caso de aplicación de la costumbre debemos distinguir entre aquellos ordenamientos que contienen disposiciones al respecto, de las que guardan silencio sobre el particular. Debemos señalar que casi siempre este tipo de normas sobre aplicación de derecho internacional, consuetudinario o convencional, está contenido en la Constitución.

Las constituciones que se refieren a la norma consuetudinaria internacional, pueden clasificarse entre aquellas que contienen una adaptación global pura y simple, de aquellas en que además se acuerda supremacía al derecho internacional.

Ejemplo del primer caso sería el artículo 10 de la Constitución italiana que dice: "el ordenamiento jurídico italiano se acomoda a las normas de derecho generalmente reconocidas" o el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 que manifestaba que "la República Francesa, fiel a sus tradiciones, actúa conforme a las reglas del derecho internacional público". Ejemplo del segundo caso es artículo 25 de la República Federal de Alemania que establece que "las reglas generales del derecho internacional son parte del derecho federal. Ellas prevalecen sobre las leyes y producen de forma inmediata derechos y deberes para los habitantes del territorio federal".

La situación constitucional más común es la ausencia de disposiciones específicas a este respecto. En esta situación ha prevalecido la doctrina enunciada en 1765 por Blackstone, quien sostuvo en sus Comentarios de las Leyes de Inglaterra que en dicho país el derecho internacional es adoptado íntegramente por el *common law* y se entiende que forma parte del derecho nacional (*is here adopted in its full extent by the common law, and is held to be part of the law of the land*).¹⁹

¹⁹ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Book IV, chap. 5.

Cuando se trata de la aplicación de tratados en el orden interno también podemos distinguir, como en el caso anterior entre aquellos regímenes constitucionales que contienen disposiciones al respecto y los que carecen de ellas.

Los primeros pueden clasificarse en aquellos sistemas que confieren valor de derecho interno a los tratados, aquellos que contienen cláusulas afirmando la supremacía de los tratados y aquellos que prevén la formulación de una ley.

Entre los primeros debe recordarse el artículo 6º de la Constitución de los Estados Unidos de América que dice: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en su cumplimiento, y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la ley suprema del país"

La Constitución de la República Argentina de 1853 contiene una disposición similar en su artículo 31, que establece: "Esta Constitución, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación . . ."; según el artículo 100 la Corte Suprema y demás tribunales de la Nación entienden en la decisión de las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación y los tratados con los Estados extranjeros y además, el artículo 27 dispone que "el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados, que estén en conformidad con los principios de derecho público establecido en esta Constitución". Nuestra Constitución no menciona al derecho internacional consuetudinario, con excepción de una referencia general al derecho de gentes en el artículo 102, pero la ley 48, de 1863, establece en su artículo 21 que los tribunales federales deben aplicar en los casos que se le someten la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes del Congreso, los tratados, las leyes de las provincias y los principios de derecho internacional, en el orden de prelación establecido.

El decreto-ley 1285/58, sobre Organización de la Justicia Nacional, establece en su artículo 24 que la Corte Suprema conocerá de las causas de embajadores, ministros, personal de la embajada e individuos de su familia "del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes".

En el ordenamiento constitucional argentino parece claro que el derecho internacional no puede prevalecer, en el orden interno, sobre la Constitución. La teoría opuesta llevaría a la posibilidad de que por medio, por ejemplo, de un tratado debidamente ratificado el Poder Eje-

cutivo y el Legislativo reformaran la Constitución por procedimientos ajenos a los establecidos en este instrumento, para dicha reforma.

Por otra parte el artículo 27 ya mencionado, señala que los tratados deben celebrarse de conformidad con los principios públicos de la Constitución, lo que indica la intención de los constituyentes que dicha Constitución tenga supremacía sobre los tratados. Sin embargo, la Corte Suprema en el Caso S.A. Merck c. Nación Argentina, de 1948,²⁰ sostuvo que en tiempos de paz se mantiene en el orden interno de la República Argentina, la supremacía de la Constitución sobre los tratados, pero que en caso de guerra prevalece el derecho internacional sobre la Constitución.

La Corte Suprema argentina ha seguido a la jurisprudencia norteamericana en cuanto a la primacía entre leyes y tratados. Para la Corte el artículo 31 coloca a ambos tipos de normas en un mismo plano en el orden jurídico interno y en consecuencia se aplicará aquella que sea posterior en el tiempo; es decir un tratado puede derogar las normas de una ley anterior y reciprocamente una ley posterior puede modificar un tratado anterior.²¹ El problema jurídico de la ley nacional posterior al tratado fue considerado por la Corte Suprema en el caso "S.A. Martín y Cia. Ltda. c. Nación". En tal oportunidad la Corte declaró "que corresponde establecer que ni el artículo 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación" y luego de analizar la jurisprudencia norteamericana al respecto agrega: "Que se sigue de lo dicho que rige respecto a ambas clases de normas, en cuanto integrantes del orden jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores" y "que corresponde todavía señalar que el derecho internacional, con base en la distinción entre los tratados en cuanto convenios entre distintas potencias y como normas del ordenamiento jurídico nacional interno, remite también la solución en el segundo aspecto, a la organización constitucional respectiva". Finalmente añade "que la posible cuestión de orden internacional subsistente es ajena, como principio, a la jurisdicción de los tribunales de justicia internos; y depende de circunstancias atinentes a la conducción de las relaciones exteriores de la

²⁰ Fallos de la Corte Suprema, 1948, t. 211, vol. I, pág. 162.

²¹ Bidart Campos, G., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, 1972, págs. 70-71. Este autor critica la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Nación, sujeta a reclamo de las altas partes contratantes, a cuyo respecto no cabe decisión por esa Corte".²²

Las constituciones que afirman la supremacía de los tratados, pueden dividirse entre aquellos instrumentos que afirman dicha supremacía sobre la ley y aquellos que la afirman sobre la Constitución.

Ejemplo de los primeros es el artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, que dice: "Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados en forma regular, tienen desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte". Ejemplo de los segundos, es decir de la primacía sobre la Constitución, es el artículo 63 de la Constitución de los Países Bajos, revisada en 1956, que dispone que "si el desarrollo del orden jurídico internacional lo exige, un acuerdo puede derogar las disposiciones de la Constitución".

Dentro de los Estados que carecen de disposiciones constitucionales escritas referentes a la aplicación de tratados en el orden interno debe recordarse la práctica británica, que distingue entre los tratados cuyos temas están comprendidos dentro de las prerrogativas de la Corona y los otros tratados. Los primeros son aplicados automáticamente, una vez entrados en vigor. Los otros tratados, en especial aquellos que afectan el *common law* o la *statutory law* o tocan derechos de los individuos, requieren, para ser aplicados, que el Parlamento dicte la ley correspondiente. La jurisprudencia ha establecido que la ley obliga a los tribunales aunque sea contraria al derecho internacional; pero en caso de duda se entiende que la ley no se propone predominar sobre el derecho internacional. Cuando no hay tratado que rija el caso, los tribunales aplican la costumbre internacional.

Vemos a través de la práctica que es asunto propio de cada Estado atribuir a sus órganos competencia para aplicar el derecho internacional.

- Mas puede ocurrir que el órgano estatal llamado a pronunciarse aplique el derecho interno porque éste le ordena darle preferencia sobre los tratados y las demás normas del derecho internacional. El Estado se ha ajustado al derecho que rige en el orden local; pero, si la solución es contraria al derecho internacional y lesiona los intereses de otro Estado, aquél es internacionalmente responsable hacia éste y debe darle las satis-

²² Fallos de la Corte Suprema, 1963, t. 257, pág. 99.

facciones morales y materiales que correspondan.²³ Con mayor razón, el Estado no puede excusarse por el incumplimiento de una obligación internacional alegando la insuficiencia de su ley interna.²⁴ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* así lo reconoce: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado". En otros términos, la conducta del Estado, soberana en el orden local, encuentra un límite en los derechos de los demás Estados. Asociados todos en la vida internacional, el derecho que gobierna las relaciones comunes posee virtualmente primacía sobre las reglas que cada Estado adopta para gobernar su vida interna.

En resumen, la violación del derecho internacional a causa de que las disposiciones del derecho interno son contrarias a aquél o no existen origina un caso de responsabilidad internacional.

²³ Vid. la discusión diplomática entre los gobiernos argentino y uruguayo, producida en 1873 y 1875, en que el primero sostuvo que el Estado es responsable, cualesquiera que sean las leyes internas, si no actúa de manera de impedir que en su territorio se preparen expediciones armadas contra otro Estado (*M.R.E.*, 1874, págs. XV, 437-40 y 531-44; 1876, págs. XXIV-XXVI y 189-274).

En 1923, al decidir como árbitro único en dos reclamaciones de Gran Bretaña contra Costa Rica, expresaba William H. Taft, Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos: "La Constitución de los Estados Unidos declara que la Constitución, las leyes que en consecuencia dicte el Congreso y los tratados de los Estados Unidos, son ley suprema de la Nación. Según esa disposición, un tratado puede dejar sin efecto una ley y una ley puede dejar sin efecto a un tratado. De acuerdo con la Constitución, la Suprema Corte no puede reconocer y dar vigor a derechos atribuidos a extranjeros por un tratado que el Congreso haya dejado sin efecto por medio de una ley. Sin embargo, ante un tribunal internacional, la circunstancia de que una ley deje unilateralmente sin efecto a un tratado no afectaría los derechos emergentes de éste, y su fallo debe necesariamente dar vigor al tratado y declarar que la ley que lo repele carece de valor" (*A.J.I.L.*, 1924, pág. 159).

La C.P.J.I. ha expresado que un Estado no puede invocar su propia legislación para limitar el alcance de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional (*Série A*, núm. 24, pág. 11; *Série A/B*, núm. 44, pág. 24), y ha expresado lo mismo refiriéndose en particular a las obligaciones provenientes de los tratados (*Série A*, núm. 7, pág. 81; *Série B*, núm. 7, pág. 16 y *Série B*, núm. 17, pág. 32) y C.I.J., Opinión Consultiva sobre la Reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas (*I.C.J.*, *Reports*, 1949, pág. 180) y Asunto Nottebohm (*I.C.J.*, *Reports*, 1953, págs. 121 y 125).

²⁴ En 1872, el tribunal arbitral constituido en Ginebra para dirimir la cuestión planteada entre Estados Unidos y Gran Bretaña a causa de la construcción y equipo, en puertos británicos, del *Alabama* y otros buques "sudistas", expresó en los fundamentos de su fallo: "El gobierno de S. M. Británica no puede justificar su falta de debida diligencia invocando como excusa la insuficiencia de los medios legales de que disponía" (Moore, *Digest*, VII, 1061).

No obstante, es de advertir que un tribunal internacional, puesto que carece de jurisdicción en el ámbito interno de los Estados litigantes, no podría declarar nula una ley o una sentencia emanada de éstos. Para evitar tal extremo, se ha estipulado en algunos tratados de arbitraje que si el derecho interno no autoriza a dejar sin efecto por la vía administrativa la medida cuestionada, el tribunal internacional fallará acordando al Estado lesionado una satisfacción equitativa de otra especie, esto es, una indemnización pecuniaria.²⁵ Esta fórmula, admite la preeminencia del derecho internacional y a la vez deja a salvo el ámbito que pertenece al derecho interno.

3. Normalmente el juez internacional aplica normas de derecho internacional, pero también puede suceder que tenga que considerar las cuestiones reguladas por el derecho interno de las partes. Por ejemplo es corriente que un tribunal internacional tenga que examinar leyes internas referentes a mar territorial, zonas de pesca, nacionalidad, agotamiento de recursos internos, expropiación, etc. Estas cuestiones pertenecen a la competencia doméstica de los Estados, dentro de los límites fijados por el derecho internacional; por ello, el juez debe, a menudo, examinar disposiciones de derecho interno para decidir si estas disposiciones violan o no al derecho internacional.

²⁵ Subscripta la Convención de La Haya de 1907 relativa al establecimiento de una Corte Internacional de Presas, se elaboró luego un protocolo adicional que debía ser ratificado simultáneamente con aquélla, según el cual los Estados contratantes quedaban facultados para declarar, en el momento de la ratificación o en el de la adhesión, que en los juicios de presas correspondientes a la competencia de sus tribunales nacionales el recurso ante la Corte Internacional podría ejercerse contra ellos solamente en la forma de una acción por indemnización de los perjuicios producidos por la captura que fuese ilícita; pero dicha Corte no podría pronunciarse sobre la validez o nulidad de la captura ni revocar o confirmar la decisión de los tribunales nacionales.

Al clausurarse la Conferencia Naval de Londres de 1909 se adoptó un protocolo semejante.

Las mencionadas convenciones de 1907 y 1909 no llegaron a entrar en vigor; sin embargo, constituyen el antecedente de las estipulaciones contenidas en los referidos tratados de arbitraje, tales como el concertado entre Alemania y Suiza el 3 de diciembre de 1921 (art. 10).

El art. 13 del Acta General para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales de 1928, revisado por la Asamblea General de las N. U. en 1949, dispone: "Si la sentencia judicial o arbitral estableciese que una decisión tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o una autoridad cualquiera se encuentra en todo o en parte en oposición con el derecho internacional y si el derecho nacional de dicha Parte no permite, o sólo permite imperfectamente, borrar las consecuencias de esa decisión o medida, las partes convendrán que deberá concederse por la sentencia judicial o arbitral una satisfacción equitativa a la parte lesionada".

Puede suceder, asimismo, que el juez internacional se vea en la necesidad de examinar la legislación interna de un país, cuando un instrumento internacional se refiera a ella; así, por ejemplo, si un tratado extiende determinados beneficios, o los niega, a nacionales de una de las partes contratantes, el juez tendrá que referirse a esa legislación nacional, para determinar quiénes son nacionales de ese país.

También han habido ocasiones en que el juez internacional haya debido decidir exclusivamente sobre la base del derecho interno de un Estado determinado, porque las partes así lo decidieron al someter la disputa a la solución arbitral o judicial por medio de acuerdo entre ellos.²⁶

Otro caso que puede enfrentar el juez internacional es el conflicto entre una norma de derecho internacional y una norma de derecho interno. En estas circunstancias el juez debe aplicar el derecho internacional y el derecho interno debe ser solamente considerado como la prueba de una conducta contraria al derecho internacional, que da lugar a su responsabilidad internacional. La C.P.J.I. dijo en un pasaje muy comentado en el caso de *Ciertos Intereses Alemanes en Alta Silesia*: "Se puede preguntar si no existe una dificultad por el hecho que la Corte tenga que considerar la ley polaca del 14 de julio de 1920. Este, sin embargo, no parece ser el caso. Desde el punto de vista del derecho internacional y la Corte que es su órgano, las leyes internas son meramente hechos que expresan los deseos y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera que las decisiones legales o las medidas

²⁶ Tal fue el caso, por ejemplo, de los *Empréstitos Serbios* (*Série A*, núm. 20) de 1929, sometido a la C. P. J. I. por acuerdo entre Francia y Yugoslavia, por una disputa entre tenedores franceses de bonos de un empréstito serbio y el gobierno serbio-croata-esloveno, sobre el pago de los servicios financieros en oro de 1924 o 1925 en adelante, quien sostenía que debía hacerse en francos papel, conforme con los términos del contrato. La Corte debía considerar si tenía jurisdicción para resolver una controversia que estaba regida por otro sistema de derecho que el derecho internacional, es decir, por el derecho interno de un Estado. La C. P. J. I. se consideró competente, sobre la base de una interpretación amplia del art. 36, inciso 1º, de su Estatuto, que establecía, como se establece para la C. I. J., que "la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan". La Corte determinó que el contenido de la deuda y la validez de la cláusula definiendo las obligaciones del Estado deudor se regían por la ley serbia, pero, con respecto a la moneda de pago era la del lugar donde el deudor estaba obligado a pagar la deuda, es decir, francos papel calculado con referencia a francos oro. Otro ejemplo, es el caso de los *Empréstitos Brasileños* (C. P. J. I., *Série A*, núm. 21), también de 1929.

administrativas. La Corte no está llamada a interpretar la ley polaca como tal; pero no hay nada que impida a la Corte pasar juicio sobre la cuestión si, al aplicar esta ley, Polonia está actuando de conformidad con sus obligaciones hacia Alemania de acuerdo a la Convención de Ginebra".²⁷ El sentido de la frase de la Corte nos parece claro; sin embargo se ha criticado²⁸ que se pueda llegar a considerar como una regla general que las normas de derecho interno son meros hechos para los tribunales internacionales. Nos parece evidente que la intención de la C.P.J.I. no es negar el carácter jurídico del ordenamiento interno, sino considerar a dicho ordenamiento, dentro de las condiciones del caso en particular, como prueba de conducta de un Estado.

4. El desarrollo de las organizaciones internacionales en la vida contemporánea, particularmente el derecho de las comunidades europeas ha llevado a la aplicación directa como derecho interno de normas elaboradas internacionalmente prevaleciendo sobre cualquier otra medida que pueda tomarse o haya sido tomada, en este ámbito. Esta situación puede considerarse como un traspaso de los facultades internas legislativas y aun administrativas o judiciales a un organismo internacional, funciones que les da, según la doctrina europea, el carácter de supranacional. Por supuesto que el carácter supremo de este derecho comunitario sobre normas internas se basa en el tratado que crea el organismo internacional, con tales facultades. Es decir que estas normas comunitarias prevalecen porque así lo establece un tratado.

Ejemplo de lo que acabamos de señalar es el artículo 14, que ya hemos mencionado,²⁹ del tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que establece que las decisiones de la Alta Autoridad serán obligatorias y las recomendaciones también lo serán "en cuanto a los fines que ellas persigan", aunque deja en libertad a los destinatarios para alcanzar dichos fines. El artículo 15 agrega que las decisiones y las recomendaciones, cuando tienen carácter individual, obligan al interesado por efecto de la notificación. En el Tratado de Roma creador de la Comunidad Económica Europea y en el del EURATOM también se establece que las decisiones son obligatorias, así como los reglamentos generales. Los reglamentos entran en vigor en los Esta-

²⁷ C.P.J.I., *Série A*, núm. 7, pág. 19.

²⁸ Bronwlie, I., *Principles of Public International Law*, 2nd. Edition 1973, págs. 41-43; Pinto, R., *Le Droit des Relations Internationales*, 1972, págs. 78-88.

²⁹ *Vid. supra*, núm. 102.

dos, si no hay fecha prevista, veinte días después de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades, y las decisiones desde que son notificadas.

Algunas Constituciones como la de los Países Bajos, Alemania Federal y Luxemburgo tienen cláusulas que prevén esta nueva situación jurídica. La Constitución de Luxemburgo, de 1956, dispone en su artículo 49 bis, en forma clara, que "el ejercicio de las atribuciones reservadas por la Constitución a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial puede ser temporariamente transmitido por tratado a instituciones internacionales".

El estudio de estas nuevas situaciones jurídicas creadas por las comunidades europeas parecen hacer desaparecer las consideraciones teóricas de décadas atrás, sobre la oposición entre el derecho internacional y el derecho interno. Las características de la nueva comunidad internacional, sus tendencias y el desarrollo de algunas organizaciones internacionales, con competencias supranacionales, modifican en la realidad esta distinción tradicional, que puede haber tenido sus bases en supuestos jurídicos diferentes, de los que empiezan a manifestarse hoy en día.

LA ESTRUCTURA INTERNACIONAL

Capítulo II

LA PERSONALIDAD JURIDICA

I. NOCIONES GENERALES

22. LAS PERSONAS DEL DERECHO INTERNACIONAL. — En principio, los Estados son las personas o sujetos del derecho internacional.

Cada Estado es una entidad social y política organizada que se manifiesta por la coexistencia de tres elementos: un territorio determinado; una población asentada en ese territorio y una autoridad común o gobierno que rige dentro de él de modo exclusivo.

No constituyen un Estado, porque no reúnen estos elementos o sus caracteres, una comunidad racial, religiosa o lingüística establecida bajo gobierno ajeno ni tampoco una población nómada.

Reunidos los tres elementos referidos, existe lo que corrientemente se llama un "Estado soberano", o un "Estado independiente" como debería decirse con más propiedad; y, mediante su reconocimiento por los demás, ese Estado entra a formar parte de la comunidad internacional, asume el carácter de persona del derecho internacional.

1. Por acuerdo expreso entre los Estados, se ha admitido en los últimos tiempos como personas del derecho internacional a ciertos componentes de algunos Estados: desde 1919 a los "dominios" británicos, al entrar a formar parte de la Sociedad de las Naciones como miembros originarios; y desde 1945 a dos Estados integrantes de la Unión Soviética —Bielorrusia y Ucrania— al ser admitidos por la Carta de San Francisco como miembros originarios de la Organización de las Naciones Unidas.

También por voluntad de los Estados, manifestada en forma expresa o tácita, se ha reconocido relativa personalidad jurídica internacional a entidades colectivas que, aun cuando no son Estados, han sido erigidas por ellos: la Sociedad de las Naciones, la Organización de las Naciones Unidas y los organismos regionales y especializados. Antes habíase reconocido personalidad relativa a las oficinas internacionales que servían de órgano permanente a las entonces llamadas "uniones públicas internacionales"; a determinadas comisiones internacionales de carácter administrativo, como la del Danubio; y, en ciertos casos de luchas civiles, a la "comunidad beligerante".

Una de las controversias más importantes en la doctrina del derecho internacional, con anterioridad a la adopción de la Carta de las Naciones Unidas fue la cuestión de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales. Con el desarrollo de dichas organizaciones internacionales el dilema se resolvió en favor del reconocimiento de la personalidad internacional. En numerosos tratados constitutivos los Estados les otorgaron derechos y les impusieron obligaciones. En tiempos de la Sociedad de las Naciones ya la doctrina más importante se inclinó por reconocerles dicha personalidad.¹

La C.I.J. consideró en la opinión consultiva sobre "Reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas" el problema de la personalidad jurídica de las Naciones Unidas. El Conde sueco Folke Bernadotte fue asesinado en Jerusalem cuando se desempeñaba como mediador de las Naciones Unidas. Varias otras personas, en las mismas condiciones, murieron o sufrieron daños por actos de servicio en Palestina. La Asamblea General solicitó de la C.I.J., en 1948, una opinión consultiva preguntando si en caso de daños a un funcionario de las Naciones Unidas, el organismo internacional tenía derecho a reclamar una reparación del Estado responsable. La C.I.J. contestó que los Estados miembros de las Naciones Unidas constituyendo la mayoría de la comunidad internacional tenían el poder de conceder personalidad internacional a las Naciones Unidas. Agregó la C.I.J. que tal personalidad era necesaria para lograr los objetivos de la organización y que sólo con su reconocimiento se podían explicar los poderes y las funciones otorgados por la Carta. La C.I.J., sin embargo, señaló que esto no significaba reconocer a las Naciones Unidas el carácter de Estado, ni de "super-Estado"; que el interés de la Carta era señalar que la organización es una persona de derecho internacional capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que posee la capacidad necesaria para reclamar internacionalmente.²

¹ La 4ª Edición de *Oppenheim's International Law*, de Mc Nair sostuvo: "La Sociedad de las Naciones parece ser sujeto de derecho internacional y una persona internacional . . . La Sociedad no posee soberanía en el sentido de soberanía estatal. Sin embargo, siendo una persona internacional *sui generis*, la Sociedad es el sujeto de muchos derechos que por regla general solamente pueden ser ejercidos por Estados soberanos". Oppenheim - Mc Nair, *International Law*, vol. I, 4th. Edition, pág. 361.

² I.C.J., *Reports*, 1949, págs. 174 y sigts.

2. Los Estados que no gozan de soberanía o solamente la ejercen de modo limitado —tal como los que integran una federación, los protectorados, los territorios no autónomos, los territorios bajo fideicomiso, etc.— no tienen carácter de personas de derecho internacional. Sin embargo, en algunas ocasiones se ha admitido que los protectorados o colonias, mediante el consentimiento del Estado del cual dependían, hayan llegado a ser miembros de organizaciones internacionales.

23. SITUACIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS. — El hombre es hoy titular en la mayoría de los Estados de ciertos derechos individuales que, dado su generalización, desde comienzos del siglo XIX, son considerados como valores universales.

1. Sin embargo, no existe aún en la doctrina acuerdo si las personas privadas, individuales o colectivas, son sujetos del derecho internacional.

La mayoría de los autores clásicos negaron al individuo tal condición, por carecer de derechos y obligaciones internacionales, particularmente *locus standi* ante tribunales internacionales.

En época más reciente la doctrina dualista sostuvo que el derecho internacional regula las relaciones de los Estados entre sí y para que llegue al individuo, es necesaria su transformación en derecho interno. En consecuencia, para estos autores era imposible reconocer a las personas privadas como sujetos de derecho internacional, sin destruir la base de su doctrina. Los individuos no eran, ni podían nunca llegar a ser, sujetos del derecho internacional.

Por el contrario, la doctrina monista ha sostenido que no existe nada en la estructura del derecho internacional que permita afirmar, de plano, que la persona privada no pueda llegar a ser su sujeto. Kelsen señala que el individuo es sujeto de obligaciones y responsabilidades internacionales, bajo el derecho internacional general, así como sujeto de derechos. Menciona como ejemplo de obligaciones internacionales que tiene el individuo, la obligación de no efectuar actos de piratería, la obligación de no uso ilegal de la bandera por el capitán o el propietario del barco, la obligación de los individuos de no realizar actos injuriosos hacia Estados extranjeros, la obligación de no cometer crímenes de guerra, etc. En cuanto a los derechos internacionales, Kelsen recuerda que varios tratados autorizan a personas individuales a demandar a un Estado ante un tribunal internacional, en cuyo caso dicho tribunal deberá determinar los derechos que han sido violados por parte del Estado y ordenar una

reparación. Menciona entre dichos tratados la Convención de Washington de 1907 que creó la Corte Centroamericana de Justicia, la Convención XII de La Haya, que estableció el Tribunal Internacional de Presas, los artículos 297 y 304 del Tratado de Versailles por el que nacionales de los Aliados podían entablar acciones contra Alemania por pago de daños causados por la aplicación de medidas extraordinarias de guerra, la Convención Europea de Derechos Humanos, en cuanto los nacionales de los Estados partes pueden presentar peticiones ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, etc.³ La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas está abierta no sólo a los Estados Miembros, sino también en algunos casos a individuos o asociaciones cuyos intereses se vean directamente afectados.

2. Los antecedentes expuestos revelan que las personas privadas —ya sean personas físicas o personas jurídicas colectivas— gozan en el ámbito internacional de ciertos derechos; muestran también que en las últimas décadas se ha desarrollado un poderoso movimiento destinado a consolidar esos derechos a favor de las personas privadas y aun tendiente a conferir a éstas personalidad jurídica para obrar por sí mismas en determinados casos ante órganos de carácter internacional. Sin embargo, no puede afirmarse que esto último haya sido implantado todavía. Es verdad que las personas privadas, cuando son propietarias de un buque o de un cargamento apresados por un beligerante, pueden actuar como parte litigante en el tribunal de presas correspondiente, más éste es de carácter nacional; y también es cierto que algunas veces se ha facultado a personas privadas a actuar ante determinados tribunales internacionales. Pero debe observarse que esas autorizaciones provienen de una estipulación eventual entre Estados y responden a situaciones excepcionales y aisladas. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920) y el de la Corte Internacional de Justicia (1945)** han establecido en su artículo 34 que solamente los Estados pueden ser parte ante el tribunal.

³ H. Kelsen, *Principles of International Law* (Second Edition, revised by Richard Tucker), New York, 1966, págs. 203-207 y 221-230.

** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 36 a 49.

Los derechos que las personas privadas poseen en el ámbito internacional —ya sea en virtud de los tratados, de la costumbre y en cierto modo de varias declaraciones internacionales— pueden concretarse al menos en los “derechos esenciales”, considerando como tales el derecho a la vida, a la libertad, a los bienes y a la justicia. Estos derechos son ejercidos ante los órganos internos competentes del Estado local. Toda persona privada, cualquiera que sea su nacionalidad, es persona jurídica dentro del Estado en que se halla y por tanto debe asegurar sus derechos usando de los medios legales adecuados. En ciertos casos, según lo veremos oportunamente, la violación de esos derechos puede originar la responsabilidad internacional del Estado local y en consecuencia viene a autorizar un recurso por la vía internacional, que es la protección diplomática: entonces ya no actúa la persona privada sino el Estado a que ella pertenece como nacional. Pero éste no es el cauce normal sino un recurso subsidiario.

En conclusión, la persona privada no es en la actualidad sujeto del derecho internacional, pero es objeto de creciente interés internacional con el propósito de asegurar sus derechos por todos los medios legales, empleando la vía interna hasta agotarla y eventualmente recurriendo en subsidio a la vía internacional. Nada impide en la estructura del derecho internacional que el individuo pueda gozar de derechos y contraer obligaciones internacionales, pero aún no tiene, en términos generales, acceso a jurisdicciones internacionales donde pueda oponerse a los Estados, pero puede suceder que, en ciertos casos, lo pueda tener. En la actualidad estos casos son aún limitados, pero indican una tendencia, al parecer irreversible, de reconocer al individuo no sólo derechos internacionales, sino también las garantías procesales jurisdiccionales necesarias para su ejercicio, aun en contra de su propio Estado.

23a. SITUACIÓN DE LA “COMUNIDAD BELIGERANTE”. — El levantamiento en armas de parte de la población contra el gobierno establecido es un asunto de jurisdicción interna si dicho gobierno controla la situación y responde por los daños causados a otros Estados. Pero si el levantamiento adquiere control sobre parte del territorio, establece un gobierno con una máquina administrativa rudimentaria, posee cierta capacidad militar y conduce las operaciones de acuerdo con las leyes de la guerra, se le reconoce como “comunidad beligerante” y capacidad como sujeto de derecho internacional para administrar el área bajo control y comprometer su responsabilidad internacional.

Este estado de cosas debe ser formalmente reconocido por el gobierno establecido o por terceros Estados. El gobierno establecido efectúa el reconocimiento a efectos de evitar responsabilidad internacional por las áreas que no controla. Los terceros Estados, por su parte, reconocen la beligerancia para poder proteger los intereses de sus nacionales en el territorio insurrecto y beneficiarse con el status de neutral. Los beligerantes, a su vez, quedan amparados por las leyes de la guerra y su gobierno es considerado por los terceros Estados en un plano de igualdad con el gobierno establecido.

Como es fácil apreciar la "comunidad beligerante" es un sujeto provisional, dado lo precario de la situación de hecho en que se funda; la beligerancia o gana el control total del territorio y el gobierno o es eliminada.

24. MODOS DE FORMACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y EXTINCIÓN DEL ESTADO. — El Estado nace, se modifica y se extingue. Pero, siendo una entidad abstracta, su vida es mucho más larga que la vida de las personas físicas; por eso se dice que su existencia es ilimitada en el tiempo.

No corresponde examinar aquí las causas históricas que determinan la aparición del Estado; pero interesa señalar al menos sus diversos modos de formación, transformación y extinción.

1. El Estado puede formarse por fusión de varios Estados en uno solo; por secesión a causa de emancipación o de separación resultante de un acuerdo; por división o fraccionamiento de un Estado en varios, y por fundación directa es decir mediante el establecimiento de una población en un territorio *res nullius* y la consiguiente organización de un gobierno.⁴

2. Puede transformarse el Estado a causa de ciertas alteraciones en sus elementos constitutivos. Sin duda, la población y el gobierno no se alteran por la sucesión natural de los individuos que los componen; esos elementos, siendo abstractos, subsisten aunque los hombres se reemplacen. No obstante, del punto de vista internacional interesa la transformación operada en la naturaleza del gobierno por la circunstancia de que cambie de título o de que aparezca como un gobierno *de facto*, y

⁴ Es el caso de las repúblicas de Transvaal y Orange, fundadas en 1837 por *boers* que emigraron de la Colonia del Cabo; y el de la República de Liberia, organizada en 1847 con negros libertos que fueron transportados a la costa africana desde Estados Unidos por una asociación privada creada con ese propósito.

también origina efectos la transformación que se produzca en la extensión del territorio, ya sea porque disminuya o se amplíe.

3. El Estado se extingue por anexión total a otro Estado o por fraccionamiento en varios Estados.

II. FORMACION DEL ESTADO

25. LA "TEORÍA DE LAS NACIONALIDADES". — Este punto ha sido suprimido en la actual edición, por considerarse que ha perdido toda actualidad, constituyendo sólo una mera referencia histórica.

26. LA NACIÓN Y EL ESTADO. — La Nación y el Estado son entidades que no siempre coinciden en la práctica. Se explica así que desde mediados del siglo XIX se haya introducido en la doctrina el hábito de no considerar como equivalentes los términos *Nación* y *Estado*, aun cuando en el lenguaje corriente y sobre todo en los pueblos de habla inglesa se empleen a menudo como sinónimos.

La Nación puede carecer de territorio propio así como de poder público, y entonces se limita a una aspiración; el pueblo hebreo, disperso desde la destrucción del Reino de Jerusalem por los romanos, constituyó sin embargo una Nación porque mantuvo una unidad basada en la religión, la raza, la lengua, la tradición y la voluntad, hasta que en 1948, habiendo obtenido territorio y gobierno propios, se convirtió en el Estado de Israel.

El Estado es una entidad política y siempre una realidad existente, aunque a veces no reúna en su seno los elementos objetivos que se enuncian como integrantes de una Nación.

27. EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACION. — En la época de las monarquías absolutas, siendo el Estado patrimonio del soberano, era práctica transferir territorios y poblaciones a otro soberano como si fuesen cosas negociables. Contra esta norma reaccionó Grocio expresando, en 1625, que para enajenar una parte del Estado se requiere el consentimiento de los que se trata de enajenar, porque éstos —decía— constituyen una asociación formada por su voluntad. Pero estas ideas no se abrieron camino sino a fines del siglo XVIII, desde que la Revolución

de la Independencia de los Estados Unidos proclamó, en 1776, el derecho de los pueblos a disponer de su destino; la Revolución Francesa enunció a su vez este principio y lo aplicó, en un comienzo, en el continente europeo, aunque a partir de 1793 procedió a anexar territorios "por derecho de conquista".

Desde mediados del siglo XIX, se aplicó en varias ocasiones el "principio de autodeterminación" también llamado "principio de la libre determinación", consultando a las poblaciones por medio de plebiscitos. Procedieron así Napoleón III y Cavour, en 1848 y 1860, con motivo de la formación de la unidad italiana. Por el tratado de paz de Praga, de 1864, la transferencia de Schleswig Septentrional que Austria hacía a Prusia quedó subordinada a la realización de un plebiscito; pero esta cláusula fue dejada sin efecto en 1878. La anexión de Alsacia y Lorena a Alemania se hizo en 1871 sin consulta alguna a los habitantes.

Durante la guerra de 1914-18, el Presidente Wilson pugnó por que el método del plebiscito fuese aplicado para la reorganización política de Europa al hacerse la paz, por considerar que una de las causas de la contienda habían sido las reivindicaciones nacionales de ciertas comarcas del continente. Los tratados de paz de 1919 utilizaron ese método para definir la soberanía en algunos territorios fronterizos —por ejemplo, en el Schleswig Septentrional y en Alta Silesia—; pero no se procedió así en todos los casos, ya fuese por razones circunstanciales o porque fuera menester inclinarse ante la imposibilidad material de separar territorios en donde las nacionalidades están fraccionadas y entremezcladas al infinito, como ocurre a lo largo del Vístula y en los Balcanes.

El "principio de autodeterminación", aplicado por medio del plebiscito, puede ser útil en algunas ocasiones para definir la suerte de una región fronteriza; pero no cabe adoptarlo de modo absoluto, y en ciertos casos debe ceder ante circunstancias particulares de mayor importancia económica o política.

La Carta de Naciones Unidas** establece como uno de los Propósitos de la organización, en su artículo 1º, inciso 2º: "Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio... de la libre determinación de los pueblos"...

Este "principio de libre determinación" ha sido desarrollado, a partir de 1945, en numerosos instrumentos aprobados en Naciones Unidas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 92 y 11.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen en sus artículos 1º, incisos 1º, respectivos: "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".

Además las Partes, por el inciso 2º, se comprometen, "incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso", a promover el ejercicio del derecho de libre determinación.

La Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 1960, que contiene la "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales" declara en su artículo 2º: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

A su vez, la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de 1970, que aprobó la "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" proclamó "el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos" y desarrolló en forma extensa los derechos y obligaciones que se derivan del mismo.

Este principio de libre determinación ha sido el instrumento ideológico principal utilizado para poner fin al colonialismo.

28. RECONOCIMIENTO DE UN NUEVO ESTADO. — La existencia de un nuevo Estado es por sí misma un hecho desde el momento en que ha nacido y provee a su conservación;⁵ pero su vida de relación internacional depende, como es natural, de la actitud de los demás. En otros términos, el nuevo Estado entra a formar parte de la comunidad internacional a medida que es reconocido.

⁵ El art. 12 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos dice: "La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aun antes de ser reconocido, el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales. El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme con el derecho internacional". *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 435 a 465.

1. El reconocimiento de un nuevo Estado es el acto unilateral mediante el cual un Estado admite que, en cuanto a él concierne, aquél posee personalidad jurídica internacional.⁶

En virtud del reconocimiento, el nuevo Estado emerge de una situación que de otro modo importaría el aislamiento internacional: los actos legislativos, administrativos o judiciales realizados por el nuevo Estado son considerados como actos oficiales y en consecuencia pueden tener efecto extraterritorial en cuanto al Estado que ha practicado el reconocimiento; éste admite, en lo que a él respecta, que el nuevo Estado se adhiera a los tratados internacionales abiertos a terceros, da curso a sus pasaportes y a sus visaciones, permite la cotización de su moneda y de sus títulos, etc. Más aún: practicado el reconocimiento, puede haber relaciones diplomáticas; pero esto no quiere decir que *ipso facto* se establezca una representación permanente. Es posible negociar con el nuevo Estado, cada vez que sea menester, sin necesidad de mantener representaciones permanentes; la implantación de éstas responde a circunstancias especiales y se resuelve en el momento oportuno, mediante un acuerdo tácito o expreso entre los dos gobiernos interesados.

2. Según lo ha establecido la costumbre internacional, cada Estado determina cuándo ha llegado el momento de efectuar por su parte el reconocimiento de un nuevo Estado. El reconocimiento es, pues, un acto facultativo; pero ello no significa, por supuesto, que sea arbitrario: el reconocimiento es lícito, en principio, cuando la existencia del nuevo Estado está demostrada por el hecho de que reúne los elementos constitutivos de tal, esto es territorio, población y gobierno propio.⁷

⁶ No debe confundirse el reconocimiento de un nuevo Estado y el reconocimiento de un gobierno *de facto* (sobre éste, *vid.* núms. 66 y sigs.). Sin duda, este último, cuando se realiza tratándose de un Estado no reconocido anteriormente, implica el reconocimiento de un nuevo Estado, y es así como las normas relativas a ambos reconocimientos presentan ciertos rasgos comunes; pero si el gobierno *de facto* se implanta en un Estado ya reconocido, el reconocimiento de ese gobierno no innova la personalidad jurídica del Estado.

Tampoco debe confundirse el reconocimiento de un nuevo Estado o el de un gobierno *de facto* con el reconocimiento de la beligerancia de los insurrectos; este último sólo confiere al partido en armas capacidad bélica y no todos los derechos inherentes a un Estado (*infra*, núms. 450 y 452).

⁷ En lo que respecta al reconocimiento de un gobierno, *vid.* núm. 71.

Durante la primera guerra mundial, Francia y Gran Bretaña reconocieron en 1918 "como nación" a Checoslovaquia y Polonia; éstas no disponían de territorio propio ni de gobierno efectivo, pero sus "comités nacionales" habían organizado en Francia con los prisioneros checos y polacos considerables legiones militares para luchar contra los "Imperios Centrales". Aquel reconocimiento "como nación" era un acto esencialmente político.

Algunos autores contemporáneos sostienen que una vez comprobada la existencia del Estado es deber de todos practicar el reconocimiento. No es ésta, sin embargo, la norma adoptada en la práctica. El reconocimiento, aunque sea ya lícito, es todavía una determinación política, porque no todos los Estados se hallan de inmediato en igual disposición para practicarlo.

En caso de que el nuevo Estado haya surgido a consecuencia de una secesión realizada por la fuerza, es menester considerar, del punto de vista político, la actitud del Estado desmembrado. Según lo demuestra la historia diplomática, en los casos de emancipación el reconocimiento por parte de la metrópoli no se opera, por lo general, sino tardiamente.⁸ Los demás Estados poseen, desde luego, el derecho de reconocer al nuevo Estado y no están obligados a esperar que la metrópoli se pronuncie; pero si obran precipitadamente, su actitud puede ser interpretada como tendenciosa u hostil.⁹ No procede el reconocimiento mientras la solución final se halla librada a la suerte de las armas; pero, si la lucha se ha extinguido virtualmente, si sólo subsiste una larga tregua que hace presumir que la metrópoli ha abandonado todo intento serio de someter el territorio separatista, no se requieren, para que el reconocimiento sea lícito, otras condiciones que las arriba mencionadas. Fuera de esto, decidir el momento oportuno será siempre cuestión de tacto político teniendo en cuenta la conducta de la metrópoli.¹⁰

3. Subordinar a condiciones el reconocimiento de un nuevo Estado significa un acto de intervención.

Al reconocerse en el Congreso de Berlín de 1878 la independencia de Montenegro, Rumania y Serbia, se exigió que estos nuevos Estados

⁸ La independencia de las colonias españolas de América emancipadas de hecho entre 1810 y 1825 fue reconocida por España de modo paulatino, que abarcó un periodo de más de cuarenta años, desde la de México en 1836 hasta la del Perú en 1879.

La República Argentina fue reconocida por España en virtud del tratado del 21 de septiembre de 1863.^{*} Anteriormente se habían suscripto otros acuerdos que no llegaron a ser ratificados: la convención preliminar de paz del 4 de julio de 1823 y los tratados del 29 de abril de 1857 y 9 de julio de 1859.

⁹ El reconocimiento de los Estados Unidos, hecho por Francia en 1778, fue considerado por Inglaterra como *casus belli*.

¹⁰ Antes de ser reconocida por España, la independencia de la República Argentina fue reconocida por los principales países —sin contar, como es obvio, a los hispanoamericanos— por medio de la celebración de tratados o acreditando representantes diplomáticos o enviando cónsules que recibieron *exequatur*: Suiza (1834), Cerdeña (1837), Dinamarca (1841), Bremen (1843), Hamburgo (1844), Prusia (1845), Suecia y Noruega (1846).

aseguraran a los habitantes la igualdad de derechos sin distinción de credo religioso y la libertad de cultos; pero, no habiéndose establecido que el incumplimiento importaría la caducidad del reconocimiento, éste no se hallaba subordinado a una condición resolutoria sino que habíasele acordado con una modalidad.

La independencia de Cuba y la de Panamá fueron reconocidas por Estados Unidos mediante ciertas seguridades previas. El Congreso de Washington autorizó al Presidente, el 2 de marzo de 1901, a entregar al pueblo el gobierno de Cuba en las condiciones establecidas por la "enmienda Platt", votada por el Senado norteamericano, que fueron consignadas en un tratado del 22 de mayo de 1903; consistían en la facultad, acordada a los Estados Unidos, de intervenir en Cuba a fin de preservar la independencia y el mantenimiento de un gobierno adecuado para la protección de la vida, la propiedad y la libertad individual y en la obligación de Cuba de no celebrar tratados que menoscabaran su independencia o autorizaran a un Estado extranjero a obtener por colonización o con fines militares parte alguna de su territorio, así como la obligación de no contraer empréstitos para cuyo servicio, después de cubrir los gastos corrientes, resultaran inadecuados los recursos ordinarios. Panamá, según tratado del 18 de noviembre de 1903, autorizó a los Estados Unidos a intervenir en las ciudades de Panamá y Colón cuando fuera necesario para mantener el orden. Ambas estipulaciones quedaron abrogadas por los tratados del 29 de mayo de 1934 y 2 de marzo de 1936 respectivamente.

4. Algunas veces se ha adoptado la fórmula de practicar el "reconocimiento de facto" de un nuevo Estado. Este se produce cuando en la opinión del Estado que reconoce, el nuevo Estado no ha adquirido aún suficiente estabilidad. Empleada como recurso político, es difícil precisar su sentido jurídico. Posiblemente, se procura darle el carácter de un reconocimiento provisional, es decir, hasta que se produzca otro acto, que sería el "reconocimiento *de jure*".¹¹

5. La forma del reconocimiento puede ser expresa o tácita: expresa cuando se enuncia en una declaración oficial dirigida al nuevo Estado; tácita cuando el reconocimiento proviene del hecho de concertar con aquél un tratado o de establecer relaciones diplomáticas.

¹¹ *Infra*, núm. 70.

La circunstancia de enviar a un nuevo Estado un agente con funciones consulares, o recibirlo de él, no importa reconocimiento sino en el caso de que ese agente solicite y obtenga *exequatur*, porque este acto implica un acuerdo entre los gobiernos respectivos; pero no así cuando aquella persona se desempeña tan sólo privadamente.¹²

6. La admisión de un nuevo Estado en el carácter de miembro de una organización internacional facultada para adoptar decisiones obligatorias —como por ejemplo la Sociedad de las Naciones y la Organización de las Naciones Unidas— importa acordarle el derecho de pesar con su voto en esas decisiones. Aquella admisión, adoptada por una mayoría calificada de votos —método adoptado en la carta constitutiva por voluntad concurrente de los Estados miembros— obliga a todos ellos, aun a los que votaron en contra; por tanto, implica para todos reconocer la personalidad jurídica internacional del nuevo Estado. Sin embargo, no obliga a los Estados miembros a implantar *ipso facto* relaciones diplomáticas con él: puesto que eventualmente es posible negociar sin necesidad de mantener relaciones diplomáticas permanentes; el establecimiento de tales relaciones es asunto propio de cada Estado.

7. No se conocen casos en que el reconocimiento de un nuevo Estado haya sido revocado. En lo político sería un acto de grave trascendencia y del punto de vista jurídico es innecesario. En la hipótesis de que desapareciera alguno de los tres elementos constitutivos del Estado, éste dejaría de existir; y si el gobierno que ha practicado el reconocimiento se

¹² Iniciada la revolución de la independencia hispanoamericana, el gobierno de Estados Unidos envió determinadas personas a Buenos Aires (1810), Caracas (1812), Valparaíso (1820) etc., designadas con el título de "agente de comercio y hombres de mar" o con el de cónsul, a fin de que facilitasen el intercambio comercial y le informaran acerca de los acontecimientos que se desarrollaban. Se desempeñaron en forma privada.

En 1818, David C. De Forest presentó en Washington patente de Cónsul General de las Provincias Unidas del Río de la Plata, pero el Secretario Adams se negó a admitirle como tal, observando que no podía otorgar *exequatur* sin reconocer como soberana a la autoridad que había extendido el nombramiento (Moore, *Digest*, I, 79).

En 1823, Gran Bretaña designó cónsules en las principales ciudades de México, Colombia, Perú, Chile y Buenos Aires con el propósito de facilitar el comercio de sus nacionales, permitido desde 1810, y para reunir informaciones conducentes al establecimiento de relaciones oficiales (*Annual Register*, 1823, pág. 146; Hansard, *Parliamentary Debates*, X, 1824, págs. 717, 753, 756 y 1001). El reconocimiento de los nuevos Estados americanos por Gran Bretaña se inició el 2 de febrero de 1825 por el hecho implícito de la firma de un tratado de amistad, comercio y navegación con las Provincias Unidas del Río de la Plata.

ve en el caso de interrumpir las relaciones diplomáticas, ello no importa revocar el reconocimiento, porque estas relaciones no son consecuencia forzosa del reconocimiento.

8. Practicado el reconocimiento, los diversos órganos del Estado—inclusive los judiciales—deben considerar como tal al nuevo Estado.¹³

9. El reconocimiento de un nuevo Estado tiene efecto declarativo y no atributivo de los derechos de aquél como persona internacional. Es declarativo porque el Estado que practica el reconocimiento se manifiesta dispuesto a alternar con él en pie de igualdad. No es atributivo de los derechos de esa persona internacional porque el nuevo Estado ejercía ya la soberanía interna, tenía existencia desde el momento en que quedó establecido y el reconocimiento no viene a crearlo; además, siendo éste un acto unilateral y ejercido casi siempre individualmente; un solo Estado no tiene por sí aptitud para investir de personalidad internacional a otro sino en cuanto a él concierne.

Para el Estado que practica el reconocimiento, los actos realizados por el nuevo Estado desde el día de su nacimiento significan actos oficiales. Pero este efecto retroactivo del reconocimiento está subordinado, en cuanto a su validez extraterritorial, a la condición de que los actos referidos no afecten el orden público en el Estado que practica el reconocimiento.¹⁴

III. LA SOBERANIA

29. NOCIONES GENERALES. — La soberanía es la función de regir al Estado, ejercida por el poder público dentro de su respectivo territorio y con exclusión, en principio, de cualquier otro poder.

Esta noción, introducida en la filosofía política por Jean Bodin en 1577, tuvo carácter absoluto, pues reflejaba a la monarquía de derecho divino: residía en la persona del soberano; era incontestable, es decir,

¹³ *Infra*, núm. 72.

¹⁴ *Infra*, núm. 75.

sin limitación alguna, y por lo tanto indivisible.¹⁵ La noción de la propiedad (*dominium*) y la de la soberanía (*imperium*) se confundían en un solo titular, que era el monarca. Reaccionando contra este concepto del Estado patrimonial, sostuvo Juan Jacobo Rousseau (*El contrato social*, 1762) que la soberanía, aun cuando implicaba un poder absoluto y supremo, pertenecía exclusivamente al pueblo y era inalienable, es decir, no podía ser transferida de éste a otro órgano del Estado.¹⁶ En el siglo XIX, como consecuencia de la transformación de las monarquías absolutas en monarquías constitucionales, la soberanía se ha despersonalizado hasta el punto de convertirse en una idea abstracta; y además, como resultado de la existencia de Estados confederados y de Estados federales, se afirmó el concepto de que la soberanía admite restricciones y por lo tanto no es indivisible ni absoluta.

La soberanía, si bien se concentra en el poder público que rige al Estado sin subordinación a otro poder, no es indivisible: en lo interno, su ejercicio se distribuye en las funciones concurrentes de los diversos órganos que integran al gobierno; y no es tampoco absoluta, porque cuando trasciende al exterior su ejercicio debe ser coordinado con la soberanía de los demás Estados. Por esto la doctrina contemporánea afirma que “el derecho internacional es un derecho de coordinación, mientras que el derecho interno es un derecho de subordinación”; esto último porque el derecho interno se caracteriza por la presencia de autoridades con fuerza coercitiva.

La costumbre internacional introdujo algunas limitaciones importantes a la soberanía: por ejemplo, todo buque tiene derecho de navegar en el mar territorial de los Estados extranjeros; los jefes de Estado, los agentes diplomáticos y las naves de guerra están exentos de jurisdicción en territorio extranjero. La concertación de tratados —que desde comienzos del siglo XIX se ha hecho frecuente y extendido a múltiples

¹⁵ En Francia, desde que al decaer el feudalismo empezó a afirmarse la monarquía, se daba el nombre de *soberano* (del latín *superanus*) a la autoridad suprema que en el orden político o en cualquier otro regía sin admitir otra superior. En la segunda mitad del siglo XV, el Rey Luis XI centralizó el poder en su persona. Bodin refleja esa situación expresando que la soberanía es “el poder absoluto sobre los ciudadanos y súbditos, el cual se halla por encima de la ley”. Hobbes lleva la teoría al extremo, afirmando que el poder del monarca esta por encima de toda noción, aun de carácter religioso, y es absolutamente ilimitado.

¹⁶ Anteriormente, John Locke (*Two Treatises on Government*, 1689) había enunciado doctrinas según las cuales la soberanía reside en el Estado como un derivado de la soberanía del pueblo.

asuntos— importa asumir obligaciones que restringen la soberanía.¹⁷ La interdependencia es un fenómeno incoercible y universal que impone a la soberanía restricciones cada vez mayores en el terreno económico, primero, y luego en el político.

Las transformaciones operadas en la idea de la soberanía han inducido a algunos autores contemporáneos a abandonar esa noción como característica de la cualidad de Estado persona del derecho internacional; en su lugar utilizan la palabra “competencia”, porque entienden que en el campo internacional el Estado no ejerce sino “una atribución de competencias”.

1. La soberanía tiene dos fases: una primera y esencial, que es la soberanía interior, ejercida dentro del Estado; y otra, la soberanía exterior, que aparece como reflejo de aquélla en cuanto dos o más Estados se ponen en contacto.

2. La bandera y el escudo constituyen los símbolos de la soberanía. El uso de la bandera y del escudo, ya sean nacionales o extranjeros, está reglamentado en cada Estado. Las embajadas o legaciones y los consulados extranjeros tienen el derecho de ostentar su escudo, y en los días feriados y en los de su fiesta nacional el de enarbolar su bandera.

Durante la guerra, los beligerantes emplean dos insignias especiales: la bandera de la Cruz Roja, reglamentada en la convención de Ginebra de 1864 y sus reformas; y la bandera blanca que, según la costumbre, indica el propósito de parlamentar.

30. DERECHOS INHERENTES. — La soberanía comporta el ejercicio de los siguientes derechos: *a*) el derecho de jurisdicción, que consiste en la facultad de legislar y aplicar la ley (*jurisdictio* viene de *juris dicere*, esto es “expresar el derecho”); *b*) el derecho de policía, en virtud del cual el Estado ejerce la función preventiva y represiva indispensables para asegurar el cumplimiento de las leyes.

En principio, el derecho de jurisdicción del Estado es territorial: lo ejerce con respecto a las personas y las cosas, sean nacionales o extranjeras, que se hallan en su territorio. En materia penal la jurisdicción no es absolutamente territorial: la mayoría de los Estados incrimina ciertos

¹⁷ La C.P.J.I. ha expresado en la opinión consultiva emitida con respecto a los decretos sobre nacionalidad en Túnez y Marruecos (1923): “Sin duda, toda convención que engendra una obligación introduce una restricción en el ejercicio de los derechos soberanos del Estado” (*Série B*, núm. 4, pag. 24).

hechos que, iniciados o realizados en territorio extranjero, tienen efecto en el propio Estado, o a la inversa; y muchos incriminan igualmente determinados hechos producidos en territorio extranjero cuando la víctima o el culpable es nacional;¹⁸ como es obvio, tales incriminaciones pueden hacerse efectivas solamente cuando el culpable se halla, ya sea de modo permanente o en tránsito, dentro de la jurisdicción de aquellos Estados.

Recíprocamente, no rigen en el Estado las leyes extranjeras de carácter institucional. Pero las leyes atinentes al derecho privado pueden ser aplicadas, en los términos prescritos por la legislación local o pactados en los tratados, y salvando principalmente el requisito de que no sean contrarias al orden público;¹⁹ en análogas condiciones, las sentencias extranjeras sobre asuntos referentes al derecho privado pueden ser ejecutadas, otorgando el Estado en cada caso el *exequatur* correspondiente, y en cuanto a las sentencias penales hay Estados que admiten que sean homologadas al solo efecto de obtener la reparación civil del daño.

31. EL "DOMINIO RESERVADO" DEL ESTADO. — Se estima que ciertas materias pertenecen al orden interno de cada Estado, constituyen su "dominio reservado"; por tanto, las cuestiones de esa especie se substraen a la vía internacional y en particular a la decisión de los tribunales internacionales, a menos que el Estado respectivo consienta en ello formalmente.

¹⁸ El tratado de derecho penal internacional (Montevideo, 1889)*, que rige entre la República Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay, establece en el art. 2º: "Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado, que serían justificables por las autoridades de éste, si en él produjeran sus efectos, pero que sólo afectan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último".

El Código Penal argentino establece en el art. 1º: "Este Código se aplicará: 1º Por delitos cometidos y cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina en los lugares sometidos a su jurisdicción; 2º Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo".

¹⁹ En lo que respecta a las leyes extranjeras, el protocolo adicional a los tratados de derecho internacional privado suscriptos en Montevideo en 1889* establece que la aplicación de las leyes de los Estados contratantes "será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada" (art. 2º); pero no serán aplicadas "contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso" (art. 4º). La aplicación de oficio ha sido estipulada también en la convención interamericana sobre derecho internacional privado concertada en La Habana en 1928 (arts. 408-409).

1. Esta noción aparece tan pronto como se conciertan, desde comienzos del siglo XX, los primeros tratados generales de arbitraje, y se mantiene en el Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919), en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (1945)** y en el "Pacto de Bogotá" (1948)***. Puesto que está consignada en los tratados, esa noción se ha convertido en una regla del derecho internacional positivo; sin embargo, no es fácil definir su naturaleza específica y precisar su contenido. Indudablemente, se desea excluir de la vía internacional cierta clase de asuntos; pero las fórmulas adoptadas con tal propósito no son suficientemente genéricas ni comprensivas.

En los primeros tratados generales de arbitraje se excluye de este procedimiento a las cuestiones que afectan "los intereses vitales, la independencia o el honor" de las partes; en algunos, las que afectan "sus preceptos constitucionales"; en otros se estipula que se someterán al arbitraje "las cuestiones de naturaleza jurídica", lo que revela la intención de excluir las de carácter político; o bien se elimina a las cuestiones que "corresponden a la jurisdicción interna".²⁰ El Pacto de la Sociedad de las Naciones (art. 15, párr. 8º) substrahe de la acción del Consejo las cuestiones que "el derecho internacional deja a la competencia *exclusiva*" de la parte que lo alega. Desde 1929, muchos Estados, al aceptar la jurisdicción obligatoria de la Corte Permanente de Justicia Internacional, han declarado excluir las cuestiones "que caen *exclusivamente* dentro de la jurisdicción interna".²¹

A partir de 1945 parece haberse adoptado otro calificativo: la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (art. 2º, párr. 7º) excluye "los asuntos que son *esencialmente* de la jurisdicción interna de los Estados" (salvo cuando corresponda aplicar las medidas coercitivas que el Consejo de Seguridad puede adoptar en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión), y aquella exclusión, puesto que está colocada en el capítulo I de la Carta, se refiere no tan sólo a la acción del Consejo de Seguridad sino también a la de los demás órganos de la institución. Varios países, al aceptar desde 1946 la jurisdicción

** y *** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, con relación a la Carta de las Naciones Unidas, págs. 10 a 49, con relación al "Pacto de Bogotá" o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, págs. 482 a 495.

²⁰ *Infra*, núm. 301.

²¹ Esta fórmula, introducida por Gran Bretaña y los miembros de la Commonwealth el 17 de septiembre de 1929, fue adoptada después por Yugoslavia, Albania, Irán, Rumania, Polonia y Brasil.

obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, han excluido las cuestiones "que corresponden *esencialmente* a la competencia nacional",²² especificando algunos que esta situación será determinada unilateralmente.²³ El "Pacto de Bogotá", de 1948, expresa que los procedimientos de solución pacífica "no podrán aplicarse a las materias que por su *esencia* son de la jurisdicción interna del Estado" y agrega que si las partes no estuvieren de acuerdo en que una controversia se refiere a la jurisdicción interna, el punto será sometido, a solicitud de cualquiera de ellas, a la decisión de la Corte Internacional de Justicia (art. 5º).

2. Las fórmulas contenidas en el derecho internacional positivo obedecen sin duda al propósito de restringir el campo de acción de ciertos órganos internacionales y revelan cómo ese propósito se ha intensificado con el tiempo; pero no definen claramente cuáles son las cuestiones que comprende el "dominio reservado". Examinar otros antecedentes es útil para darle solución aceptable aunque sea relativa.

Conviene recordar que la restricción consignada en el artículo 15, párrafo 8º, del Pacto de la Sociedad de las Naciones proviene de una iniciativa de Estados Unidos, que deseaba excluir de la vía internacional las cuestiones referentes a la inmigración japonesa. Debemos observar también que en 1923, con motivo de ciertos decretos sobre la nacionalidad dictados en Túnez y Marruecos, se produjo una divergencia entre Gran Bretaña y Francia; y, como ésta sostuvo ante el Consejo de la Sociedad de las Naciones que, en virtud del mencionado artículo 15, párrafo 8º, la cuestión estaba excluida por tratarse de una materia que "el derecho internacional deja a la competencia exclusiva" de las partes, el Consejo requirió de la Corte Permanente de Justicia Internacional emitiera una opinión consultiva sobre el punto. La Corte dijo en esa opinión consultiva que "las palabras 'exclusivamente' dentro de la jurisdicción doméstica parecen referirse a ciertas materias que, aunque puedan concernir muy estrechamente a los intereses de más de un Estado, no son, en principio, reguladas por el derecho internacional. Con respecto a tales materias cada Estado es el único juez". Añadió que "la cues-

²² Israel (1950), Liberia (1952), Sudán (1958), India (1959), Filipinas (1962), Malawi (1966), Swazilandia (1969), Botswana (1970). Sin embargo, algunos Estados han continuado usando la fórmula "exclusivamente": Australia (1954), República Khmer (1957), Paquistán (1960), Malta (1965), Francia (1966), Gambia (1966), Kenya (1965), Isla Mauricio (1968), Canadá (1970).

²³ En 1946 Estados Unidos (esta reserva norteamericana es conocida como la "enmienda Connally", por el nombre del Senador que la propuso); en 1947 México.

ción de si una cuestión cae o no exclusivamente dentro de la jurisdicción de un Estado es una cuestión esencialmente relativa; depende del desarrollo de las relaciones internacionales. Así, en el presente estado del Derecho Internacional, las cuestiones de nacionalidad pertenecen, en opinión de la Corte, en principio, a este dominio reservado". Sin embargo agregó: "Para los fines de la presente opinión basta observar que puede muy bien ocurrir que en un asunto que, como ese de nacionalidad, no está, en principio regulado por el Derecho Internacional, el derecho del Estado a emplear su discreción esté, sin embargo, restringido por obligaciones que pueda haber asumido respecto a otros Estados. En tal caso, la jurisdicción que, en principio, pertenece exclusivamente al Estado es limitada por reglas de derecho internacional. El artículo 15, párrafo 8º, entonces cesa de aplicarse respecto de aquellos Estados que tienen derecho a invocar tales reglas, y la disputa sobre la cuestión de si un Estado tiene o no derecho a tomar ciertas medidas se transforma en esas circunstancias en una controversia de carácter internacional".²⁴ En consecuencia, la Corte interpretó que el concepto de "dominio reservado" es relativo, depende del desarrollo de las relaciones internacionales, es del derecho internacional aplicable en una época determinada y de las obligaciones contractuales que haya asumido un Estado.

La relatividad del concepto de "dominio reservado" o jurisdicción doméstica quedó más claramente establecido en el caso *Nottebohm* ante la Corte Internacional de Justicia, en 1955, referente a un problema de nacionalidad. El Sr. *Nottebohm*, de nacionalidad alemana, adquirió la nacionalidad de Liechtenstein en 1939, después de haber residido por pocos días en dicho país, aunque había vivido la mayor parte de su vida en Guatemala. Cuando Guatemala declara la guerra a las potencias del Eje, en 1943, *Nottebohm* es detenido y su propiedad expropiada por pertenecer a un nacional de país enemigo. La Corte entendió que Liechtenstein no podía presentar a Guatemala un reclamo por daños y perjuicios a un nacional, porque éste no tenía vínculos efectivos de nacionalidad con Liechtenstein. La Corte manifestó que las cuestiones referentes a nacionalidad, caían bajo la jurisdicción doméstica del Estado y que la naturalización de *Nottebohm* en Liechtenstein había sido un acto llevado a cabo en ejercicio de esa jurisdicción doméstica, pero lo que estaba en discusión era si este acto tenía efecto externo para ejercer la protección

²⁴ *Série B*, núm. 4, pág. 23.

diplomática por Nottebohm. El ejercicio de esta protección ponía el asunto en el plano del derecho internacional. La Corte agregó que Liechtenstein no podía reclamar a Guatemala solamente sobre la base que las cuestiones de nacionalidad estaban comprendidas *prima facie* en la jurisdicción doméstica, con lo que tenía que contentarse Guatemala, sin demostrar previamente que el propósito general de establecer los vínculos legales de nacionalidad concordaban con un vínculo verdadero del individuo con Liechtenstein, lo que no fue probado en juicio.²⁵

Podemos afirmar, después de los pronunciamientos de la Corte, que pertenecen al "dominio reservado" las cuestiones que atañen a la inmigración, o mejor dicho a la admisión de extranjeros, y a *fortiori* las reglas concernientes a la nacionalidad. Quiere decir, en otros términos, que desde el momento inicial la idea del "dominio reservado" se propone salvaguardar ciertos asuntos que son esenciales a la formación y a la existencia del Estado. Esta característica ofrece una orientación, señala un criterio jurídico. No ha sido otro, por lo demás, el criterio que ha inducido a la costumbre internacional a establecer que corresponde exclusivamente a cada Estado el cabotaje, la pesca en las aguas territoriales y la navegación en los ríos nacionales; el reconocimiento de un nuevo Estado o de un gobierno *de facto* como actos facultativos de cada uno; y finalmente reglar la condición de los extranjeros (aunque esto último no de modo absoluto, según se verá oportunamente), porque el desempeño de las personas dentro del territorio, cualquiera que sea su nacionalidad, puede afectar esencialmente la existencia del Estado.

Se ha afirmado a veces que pertenece al "dominio reservado" lo relativo a la legislación del trabajo, a las tarifas aduaneras, al intercambio comercial, a los armamentos, etc. Son éstos, sin duda, asuntos que principalmente interesan al Estado local; pero su reglamentación unilateral puede llegar a extremos que afecten a otros Estados y por lo tanto aquél se encuentre, del punto de vista político, inhibido de proceder por sí solo.

²⁵ I.C.J., *Repor.* s. 1955, págs. 4-65.

A medida que se avanza en el terreno de las relaciones mutuas, la línea de separación entre las atribuciones propias de cada Estado y los intereses de los que constituyen la comunidad internacional se tornó imprecisa y oscura. Muchas relaciones están regladas por medio de los tratados y de la costumbre internacional; con ello el derecho internacional ha establecido determinadas limitaciones concretas a la competencia del Estado. Pero otros asuntos permanecen en la penumbra. Todo lo que puede afirmarse con respecto a éstos es que, del mismo modo que en la legislación interna, el derecho de cada uno termina donde comienza el derecho de los demás. Precisar el límite es cuestión que debe resolverse en cada caso según las circunstancias, aplicando con elasticidad relativa la norma que hemos indicado: "el dominio reservado" encierra las cuestiones que son esenciales para la formación y la existencia del Estado.²⁶

²⁶ Sobre el "dominio reservado" y sus efectos, el I.D.I. ha aprobado una resolución en su sesión de Aix-en-Provence (1954), en la que se limita a expresar, en cuanto a su determinación, que "dominio reservado es el de las actividades estatales en que la competencia del Estado no está ligada por el derecho internacional", y agrega que "la extensión del dominio reservado depende del derecho internacional y varía según su desarrollo"; finalmente observa que "el punto de saber, en un caso determinado, si el objeto de la divergencia versa o no sobre el dominio reservado, es una cuestión eminentemente apropiada para ser decidida por un órgano jurisdiccional internacional"

IV. TIPOS DE ESTADO

32. EL ESTADO INDEPENDIENTE. — Se llama Estado independiente o soberano al que dispone de las atribuciones necesarias, tanto del punto de vista interno como del internacional, para regir su propia comunidad política; por eso se dice, en otros términos que Estado independiente es el que posee soberanía interior y exterior.

La soberanía es ejercida de manera distinta según que el Estado independiente sea simple o compuesto. En el Estado simple, o unitario, ejerce la soberanía un solo gobierno; en el Estado compuesto, la soberanía interior y a veces la exterior se hallan fraccionadas, en grado diverso, entre dos o más gobiernos. Este es el caso respectivamente de la federación y la confederación, y en los países monárquicos el de la "unión real" y la "unión personal".

Corresponde examinar los Estados compuestos, para determinar dónde reside la personalidad jurídica internacional.

1. La confederación es una asociación política de Estados que se caracteriza por la existencia permanente de una asamblea o consejo, órgano común que trata los asuntos exteriores y otros de interés colectivo.

No existe un tipo único de confederación. Trátase de un régimen evolutivo y transitorio, que generalmente conduce a la federación y puede concretarse finalmente en una organización unitaria. Lo primero se produjo en los Estados Unidos de América en 1787, en la Confederación Helvética en 1848 y en la Confederación germánica en 1866; lo segundo ocurrió en las Provincias Unidas de los Países Bajos en 1795.

La forma más característica es la Confederación Germánica (1815-66), en la cual poseía personalidad jurídica internacional la Confederación y también cada uno de los Estados componentes en la medida en que conservaban el derecho de legación activo y pasivo y el derecho de celebrar ciertos tratados. No fue lo mismo en otros casos: en la Confederación Helvética y en la que implantaron los Estados Unidos de América entre 1776 y 1787, las atribuciones de los componentes eran sumamente limitadas en materia internacional.

2. El Estado federal constituye una sola persona jurídica internacional. El vínculo que une a sus miembros —los Estados locales— se ha

consolidado de tal modo que, sin bien cada uno conserva y ejerce cierta parte de la soberanía interior, el resto, así como la soberanía exterior por entero, han sido delegados en un poder central, que es el gobierno federal. Pueden citarse como ejemplos: Estados Unidos de América (1787), Suiza (1848), Argentina (1853),²⁷ México (1857), Brasil (1889), Venezuela (1893), etcétera.

3. Algunos Estados monárquicos se han asociado bajo un soberano común, pero conservando cada uno el ejercicio de la soberanía interna. Del punto de vista internacional, esa asociación ha presentado dos formas: en la "unión personal" cada uno de los Estados componentes tiene personalidad jurídica internacional; en la "unión real" la asociación es más estrecha del punto de vista interno, principalmente por existir algunos órganos comunes que tienen a su cargo la política exterior, las finanzas, la defensa nacional, etcétera.

Como ejemplos de "unión personal" pueden mencionarse las que hubo entre Prusia y Neuchâtel (1707-1857), Inglaterra y Hanover (1714-1837), Países Bajos y Luxemburgo (1815-1890) y entre Bélgica y el Estado Independiente del Congo (1885-1907); y como ejemplos de "unión real" la que existió entre Suecia y Noruega (1815-1905), la de Austria-Hungría (1867-1918) y la de Dinamarca e Islandia (1918-1944).

33. EL ESTADO DEPENDIENTE. — Llámase Estado dependiente al que está subordinado a otro Estado en cuanto a todos o la mayor parte de los atributos de la soberanía exterior.

No hay un tipo único de Estado dependiente, porque son muy diversas las restricciones posibles a la soberanía exterior y además su alcance varía con el tiempo; el Estado dependiente es un Estado en declinación, que cae bajo la tutela de otro, o por el contrario es una comunidad que evoluciona hacia la independencia.

Son Estados dependientes los Estados vasallos y los Estados protegidos o protectorados.

²⁷ La República Argentina ha sido un Estado federal, con excepción de la Constitución unitaria de 1826 y no obstante el nombre de "Confederación" que adoptó después. Hasta 1853, las catorce provincias que formaban la "Confederación Argentina" delegaron en el Gobernador de Buenos Aires el manejo de las relaciones exteriores. Por la Constitución del 1 de mayo de 1853, el país adoptó la forma federal; pero, habiéndose separado Buenos Aires, las trece provincias restantes tuvieron su gobierno central en Paraná, hasta que en 1860 el Estado de Buenos Aires se reintegró a la república federal.

1. El Estado vasallo ejerce soberanía interior, aunque a veces con restricciones; pero reconoce, en cuanto a los asuntos exteriores, determinada subordinación, variable según los casos, hacia otro Estado al cual debe acatamiento; y cuando esa situación implica el pago de un tributo financiero o el suministro de contingentes militares, se está en presencia de un Estado tributario. Casi siempre el Estado vasallo evoluciona hacia la independencia.

No existen actualmente Estados vasallos. Lo fueron del Imperio Otomano algunos principados: Túnez hasta 1881; Moldavia, Valaquia y Serbia (1829-1878); Bulgaria (1878-1908); Creta (1878-1913) y Egipto (1840-1914).

2. En el Estado protegido o protectorado, la soberanía interior era ejercida por él, pero limitada por la acción que desempeñaba un gobernador, comisionado o jefe militar establecido por el Estado protector; y la soberanía exterior había pasado a manos de éste, aun cuando continuara en el poder, al menos aparentemente, el jefe del Estado local. Podía ocurrir que el protectorado conservara cierta personalidad internacional, como fue el caso de Túnez desde 1881 hasta 1957, que mantuvo el derecho de legación pasivo y la facultad de celebrar tratados, pero ambas cosas bajo la fiscalización del gobernador francés.²⁸ Se ha reconocido en la jurisprudencia internacional que el protectorado goza de personalidad internacional, dependiendo por supuesto dicha situación jurídica del tratado que lo establezca. La C.I.J. dijo refiriéndose, en el caso llamado de "Ciudadanos de Estados Unidos en Marruecos", al Tratado de Fez de 1912 que estableció el protectorado francés en Marruecos que: "En virtud de este Tratado, Marruecos seguía siendo un Estado soberano

²⁸ Desde 1911, Marruecos llegó a ser protectorado francés (con excepción de una zona correspondiente a España), como consecuencia de varios actos internacionales: en 1905, Francia, después de acuerdos sucesivos con Italia, Gran Bretaña y España, echó en Marruecos las bases de un protectorado; pero, ciertas demostraciones hostiles de parte de Alemania, condujeron a la celebración de una conferencia en Algeciras, que reconoció a Marruecos como independiente, aunque bajo el protectorado virtual de las potencias a los fines de reorganizar la administración, la policía y fomentar el desarrollo económico; finalmente, en 1911, a raíz de un acuerdo entre Francia y Alemania, pasó Marruecos a la situación de protectorado francés, y así fue confirmado por el Tratado de Versalles (art. 142). La ciudad de Tánger, debido a su posición estratégica a la entrada del Mediterráneo, quedó sometida a un régimen especial mediante una convención de 1923 entre España, Francia y Gran Bretaña: aunque permanecía nominalmente bajo la soberanía del Sultán, las funciones públicas de la ciudad serían desempeñadas por órganos (Asamblea Legislativa, Administrador y Tribunal Mixto) formados por personas de diversas nacionalidades. En 1956 adquirió su independencia.

no, pero concluía un acuerdo de carácter contractual por el cual Francia se comprometía a ejercer ciertos poderes en nombre y por cuenta de Marruecos y a encargarse en principio de todas las relaciones internacionales de Marruecos". La C.I.J. agregó: "El Gobierno francés no niega que Marruecos, aun bajo el protectorado, ha conservado su personalidad de Estado en el Derecho Internacional".²⁹

El "protectorado colonial" era un régimen establecido por las potencias colonizadoras, especialmente por Gran Bretaña, en algunas regiones de Africa o de Oceanía habitadas por tribus primitivas, mediante el ofrecimiento de su protección a los jefes indigenas a cambio de ciertos derechos exclusivos, generalmente de carácter económico. De esta manera se implantó paulatinamente cierta dominación sin las dificultades y erogaciones que implicaban la ocupación efectiva y la organización de un gobierno.

34. STATUS INTERNACIONAL DE LA SANTA SEDE. — La Santa Sede tuvo dominio temporal sobre los Estados Pontificios hasta el año 1870, en que éstos pasaron a formar parte del Reino de Italia. Entonces dejó la Santa Sede de ser un Estado, pero subsistió como una institución universal que ejerce considerable influencia en lo religioso y moral. Por tal motivo se continuó asignando al Papa los caracteres de un soberano; los Estados extranjeros siguieron reconociéndole, como antes, el derecho de legación activo y pasivo y celebraron con él concordatos; y el gobierno italiano, mediante un acto unilateral —la "ley de garantías", dictada en 1871— aseguró a su vez ciertos derechos: al Papa, las prerrogativas y honores propios de un soberano, es decir: la inviolabilidad de su persona, la inmunidad de residencia y la exención de jurisdicción penal, así como el derecho de mantener una guardia armada; a la Santa Sede, una subvención anual para asegurar su existencia, la inmunidad de los cónclaves y de los concilios, la inmunidad de los agentes diplomáticos que enviara a los Estados extranjeros o recibiera de ellos, la libertad de comunicaciones con el exterior, etc. La Santa Sede no aceptó esta solución; los papas protestaron repetidas veces contra ella y permanecieron sin salir del Vaticano. El gobierno italiano, por su parte, respetó siempre las inmunidades de los diplomáticos enviados o recibidos por la Santa Sede.

En virtud de los Tratados de Letrán, subscriptos entre Italia y la Santa Sede el 11 de febrero de 1929, se llegó a un acuerdo sobre nuevas

²⁹ I.C.J., *Reports*, 1952, págs. 188 y 185.

bases. Aquella reconoció a ésta “plena propiedad y exclusiva y absoluta potestad y jurisdicción soberana” sobre determinado territorio de la ciudad de Roma, que se llama “Estado de la Ciudad del Vaticano”; le reconoció el derecho de legación activo y pasivo, libertad absoluta de comunicaciones de toda especie con el exterior, en tiempo de paz como de guerra, y declaró abrogada la “ley de garantías”.

El territorio de la Ciudad del Vaticano comprende solamente cuarenta y cuatro hectáreas y sus habitantes no alcanzan a un millar de personas, en su mayor parte funcionarios; sin embargo, posee una autoridad pública que ejerce en él las atribuciones del gobierno: dicta leyes; administra justicia —aunque en materia penal delega esa función en las autoridades italianas—; otorga en ciertas condiciones la “ciudadanía vaticana” y como antes envía y recibe representantes diplomáticos y celebra concordatos. Existen, aunque materialmente pequeños, los tres elementos de un Estado; pero la Santa Sede, a fin de mantener incólume su función espiritual y su influencia moral sin distinción de fronteras, no desea inmiscuirse en el juego de los intereses materiales y políticos que se ventilan entre los Estados. En el artículo 24 del Tratado de Letrán sobre arreglo de la cuestión romana, la Santa Sede declara “que ella quiere permanecer y permanecerá extraña a las contiendas temporales entre los otros Estados y a los congresos internacionales convocados con tal objeto, a menos que las partes en divergencia apelen de común acuerdo a su misión de paz, reservándose en cada caso hacer valer su potestad moral y espiritual”.

La Santa Sede es hoy, sin duda, una entidad que posee personalidad jurídica internacional del mismo modo, en lo esencial, que los demás Estados reconocidos por la costumbre y los tratados; pero es un Estado *sui generis*, porque sus atribuciones están limitadas en cuanto se excluyen las de carácter meramente político, salvo en ciertas condiciones las que tengan por objeto facilitar la paz.

34a. STATUS INTERNACIONAL DE LA SOBERANA ORDEN DE MALTA. — Bajo el nombre de Orden de San Juan de Jerusalem la Orden fue creada en 1042. Permaneció en dicha ciudad hasta 1310 en que ocupa la isla de Rodas, que pertenecía al Imperio Bizantino. En 1446, el Gran Maestre de la Orden fue reconocido por Bula del Papa Nicolás V, como Príncipe Soberano de Rodas. En 1530 la Orden se instala por decisión de Carlos V en Malta, hasta que en 1798 la isla es ocupada por Napoleón, que decide su expulsión. En 1814, por el Tratado de París, Malta es transferida a Inglaterra. La isla es actualmente un Estado independiente,

miembro de las Naciones Unidas. Desde 1798 la Soberana Orden se refugió en Roma.

En tiempos recientes se discutió en los tribunales de la Curia Romana la propia existencia de la Orden y una Sentencia Cardenalicia de 1953 estableció que se trataba de una orden religiosa, dependiente de la Santa Sede y regulada por el ordenamiento canónico, dentro de cuyos límites goza de una amplia autonomía, que le permite asumir derechos y obligaciones internacionales, frente a otros Estados que la reconocen como sujeto de derecho internacional.

La Soberana Orden de Malta mantiene relaciones diplomáticas con varios Estados, entre otros, la República Argentina.

La doctrina ha discutido si la Orden posee personalidad internacional. Sin duda no es un Estado y su dependencia de la Santa Sede crea serias dudas sobre la existencia de dicha personalidad, sin embargo, es indudable que aquellos Estados que han establecido relaciones diplomáticas con la Orden han reconocido su capacidad de contraer obligaciones y de gozar de los derechos internacionales que surgen del mantenimiento de dichas relaciones.

35. STATUS INTERNACIONAL DE LA "COMUNIDAD BRITÁNICA DE NACIONES". — Las principales colonias que integraban el Imperio Británico —en primer lugar las de inmigración blanca, esto es, Canadá, Australia, Nueva Zelandia y Unión Sudafricana, y más tarde la India y otras— obtuvieron personalidad jurídica internacional como resultado de una evolución iniciada en 1919 a raíz de la importante colaboración que prestaron a la metrópoli durante la primera guerra mundial.

Los cinco países mencionados concurren a la Conferencia de la Paz de 1919; allí firmaron conjuntamente con Gran Bretaña los tratados respectivos y en consecuencia fueron admitidos en la Sociedad de las Naciones como miembros originarios.

En 1926, la Conferencia Imperial efectuada en Londres declaró que esos países estaban unidos por un vínculo común, que es la Corona, y que eran "comunidades autónomas" dentro del Imperio Británico, no subordinadas una a otra en sus asuntos interiores o exteriores, aunque unidas por un vínculo común con la Corona y asociadas libremente como miembros de la *British Commonwealth of Nations*.

Con excepción de la India, los países arriba referidos fueron considerados "dominios autónomos" (*Self-governing Dominions*): poseían su propia constitución, parlamento, consejo de ministros responsable ante

éste y poder judicial; y como vínculo con la Corona británica, un Gobernador General o Alto Comisionado designado por el Rey. Además, cada uno legislaba, emitía moneda, imponía contribuciones, disponía de fuerzas armadas y poseía su propia bandera. El "Estatuto de Westminster", ley sancionada en 1931 por el Parlamento de Londres, vigorizó en el orden interno la posición de los "dominios autónomos", porque estableció que las leyes dictadas por dicho parlamento no regirían en ellos sino cuando fueran aprobadas expresamente por su parte. Del punto de vista internacional, cada uno de los mencionados países fue adquiriendo el derecho de legación activo y pasivo y la facultad de celebrar tratados de carácter comercial, fiscal y aun político, "en nombre del Rey" y por medio del referido gobernador general, a condición de consultar previamente con los demás miembros de la *Commonwealth* y de no adoptar medidas que signifiquen para éstos asumir "obligaciones activas" sin su consentimiento expreso. Periódicamente se reúne en Londres la Conferencia de la *Commonwealth* a fin de mantener contacto y determinar la política común.

Desde 1947 la India, emancipada de sus vínculos con el gobierno de Londres, formó tres Estados independientes: India, Pakistán y Ceilán; sin embargo, India y Ceilán, hoy llamada Sri Lanka, son miembros de la *Commonwealth* y asisten a sus conferencias periódicas.

En resumen, el antiguo Imperio Británico se ha transformado en la *Commonwealth*, asociación constituida hoy por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (comprendiendo sus colonias, protectorados y demás dependencias de ultramar), Australia, Barbados, Botswana, Canadá, Chipre, Fiji, Gambia, Ghana, Bangla Desh, Guyana, India, Jamaica, Kenya, Lesotho, Malawi, Malaya, Malta, Mauricio, Nauru, Nueva Zelandia, Nigeria, Sierra Leona, Samoa Occidental, Singapur, Sri Lanka, Swazilandia, Tanzania, Trinidad y Tobago, Tonga, Uganda y Zambia. La personalidad jurídica internacional no la posee aquella asociación sino cada uno de sus miembros. El vínculo con la Corona se conserva invariable y existe una sola nacionalidad para las personas, pues todas tienen el carácter de "súbdito británico"

V. MODALIDADES Y RESTRICCIONES DE LA SOBERANÍA

36. CONDOMINIO. — Existe condominio cuando dos o más Estados ejercen soberanía, de modo indiviso o concurrente, sobre un mismo territorio.

Este régimen se crea por medio de un tratado, y generalmente es el resultado de una transacción tendiente a solucionar, al menos de modo transitorio, un litigio con respecto a determinada posesión colonial o territorio fronterizo. Pueden citarse como ejemplos el caso del archipiélago de Samoa, que estuvo desde 1889 hasta 1899 bajo el condominio de Alemania, Estados Unidos y Gran Bretaña; y el condominio de Gran Bretaña y Egipto en el Sudán, existente desde 1898 y que finalizó en 1953.

La forma del ejercicio de la soberanía por los Estados condóminos depende de las circunstancias del caso y se especifica en el tratado respectivo.

37. ARRENDAMIENTO. — Mediante tratado se ha convenido el arrendamiento de un territorio a un Estado extranjero por un tiempo largo, que generalmente se fija en 99 años. El Estado arrendatario tiene la facultad de ejercer allí la soberanía —esto es, los derechos de jurisdicción y de policía—, aun cuando se considera, en principio, que la soberanía pertenece siempre al Estado originario.

Este método ha sido empleado en China desde el siglo XVI con respecto a Macao, arrendado a Portugal, y especialmente a fines del siglo XIX con respecto a varios puertos que recibieron en arrendamiento Alemania, Rusia, Francia y Gran Bretaña. Los Estados Unidos lo han utilizado para establecer bases navales en ciertos lugares estratégicos: en 1903 en Guantánamo y Bahía Honda (Cuba), y en 1914 en las islas de Great Corn y Little Corn (Nicaragua), y en 1941 recibieron con igual objeto determinadas zonas situadas en las posesiones británicas de Terranova, Bermudas, Bahamas, Jamaica, Santa Lucía, Trinidad, Antigua y Guayana Británica.

38. NEUTRALIZACIÓN DE UN ESTADO. — Ciertos Estados, relativamente débiles y situados entre vecinos poderosos, han sido neutralizados mediante una estipulación contractual.

La neutralización de un Estado —también llamada “neutralización permanente”— responde a un interés común: aquél queda sustraído a toda posible guerra entre sus vecinos y éstos encuentran en él una especie de paragolpe. Por lo tanto, se realiza con el consentimiento expreso del Estado en cuestión y de los demás interesados; y siendo un régimen contractual, sólo obliga a los Estados que lo han estipulado.

Este régimen es una creación del siglo XIX. Suiza fue neutralizada en 1815; Bélgica y Luxemburgo, neutralizados respectivamente en 1831 y 1867, dejaron de hallarse en esa situación en 1919.³⁰ En el Tratado de Letrán, suscrito en 1929 entre Italia y la Santa Sede, se ha estipulado que la Ciudad del Vaticano es “neutral e inviolable”. Como consecuencia del Tratado de Estado de 1955 entre Austria, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética, se puso término a la ocupación de Austria por las cuatro grandes potencias, a condición de que este país proclamara su neutralidad permanente, lo que hizo por ley del 26 del octubre de 1955. El artículo 4º del Tratado, además, prohíbe cualquier unión política y económica con Alemania; el artículo 13 prohíbe la posesión de armas atómicas y el artículo 16 la fabricación de artículos de diseño alemán o japonés. En la Declaración de Ginebra de 1962, Laos se comprometió a no participar en una alianza militar incompatible con su política de neutralidad y no permitir el establecimiento de bases militares extranjeras. Los países participantes en dicha Conferencia de Ginebra, a su vez, se comprometieron a respetar la soberanía, independencia, neutralidad, unidad e integridad territorial de Laos.

La neutralización comporta, por lo general, las siguientes obligaciones: a) para el Estado neutralizado, la obligación de abstenerse de hacer la guerra, salvo el caso de defensa propia, y la de no contraer compromisos que puedan obligarle a hacer la guerra, pero todo ello no le veda tener fuerzas militares, construir fortificaciones, estar preparado para defender su territorio, ni restringe en modo alguno sus demás derechos como Estado independiente; b) para los otros Estados contratantes, las obligaciones pueden tener diverso alcance: existe “neutralización reco-

³⁰ Por el tratado del 2 de enero de 1859 entre la República Argentina, Brasil y Uruguay, éste último hubo de quedar neutralizado con la garantía de los dos primeros; pero ese tratado no fue ratificado.

El tratado de la Triple Alianza, entre la República Argentina, Brasil y Uruguay, de 1865, preveía la demolición de las fortificaciones de Humaitá y el desarme completo del Paraguay. Cuando iba a terminarse las hostilidades, el Brasil propuso a la República Argentina (1869) que se acordara la neutralización del Paraguay: llegó a firmarse un protocolo en ese sentido, pero no fue ratificado.

nocida" cuando aquéllos asumen solamente el deber pasivo de respetar la neutralidad del Estado referido; pero generalmente se trata de "neutralización garantizada", lo que significa que dichos países se obligan además a defender la neutralidad del Estado en cuestión, en caso de ser violada. No habiéndose precisado si la garantía colectiva importa la obligación de proceder en común o si cada uno puede obrar individualmente, parece viable esta última interpretación, porque de lo contrario la abstención de uno solo dejaría prácticamente sin efecto la garantía convenida.

39. NEUTRALIZACIÓN DE UN TERRITORIO. — La neutralización puede tener como objeto una zona de territorio o una vía navegable: es el caso, por ejemplo, de la neutralización del Canal de Suez, de la Isla de Martín García y del Estrecho de Magallanes.³¹ Significa la prohibición, que asumen los Estados contratantes, de ejercer actos de beligerancia en ese lugar, y el tratado respectivo puede llegar a prohibir el establecimiento de fortificaciones, bases militares, navales o aéreas, etcétera.

40. SERVIDUMBRES. — Las servidumbres internacionales consisten en ciertas restricciones, que se establecen por medio de tratado, al ejercicio de la soberanía en el propio territorio a favor de otro u otros Estados contratantes; por lo tanto, los derechos y obligaciones inherentes rigen entre las partes contratantes, aunque a veces vienen a beneficiar de modo indirecto a terceros Estados.

Generalmente, las servidumbres son positivas, es decir, obligan a permitir que dentro del territorio ejerza ciertos derechos otro Estado, como por ejemplo que mantenga fuerzas militares o bases navales o aéreas, o que realice actos de jurisdicción o que explote la pesca, o que construya y explote una línea ferroviaria, o que las personas y las cosas llegadas de él en tránsito pasen libremente por las aduanas, etc. Son servidumbres negativas las que vedan al Estado ejercer en su territorio

³¹ La Isla de Martín García fue neutralizada por el tratado del 7 de marzo de 1856* entre la República Argentina y Brasil (art. 18) y el Estrecho de Magallanes por el tratado de límites entre la República Argentina y Chile del 23 de julio de 1881 (art. 5º)*. El Tratado sobre el Río de la Plata y su frente marítimo, de 1973*, establece en su artículo 45 que la Isla Martín García será "destinada exclusivamente a reserva natural para la conservación y preservación de la fauna y flora autóctona".

ciertos actos, como por ejemplo mantener determinadas fortificaciones existentes o realizar nuevas, o guarnecer determinada región, etcétera.³²

Las servidumbres internacionales se extinguen por mutuo acuerdo entre los Estados contratantes; por renuncia expresa o tácita de la parte a la cual aprovechan; por fusión de los Estados directamente interesados y por cualquier otro medio de extinción de los tratados. No se extinguen necesariamente por transferencia a otro Estado del territorio al cual se aplican; en tal caso, si ellas gravitan esencialmente sobre dicho territorio, pasan con éste al Estado sucesor.

41. JURISDICCIÓN SOBRE FUERZAS ARMADAS EXTRANJERAS. — Puede ocurrir que el Estado autorice la entrada en su territorio de fuerzas armadas extranjeras para concurrir a una celebración o que llegan en tránsito, o bien como fuerzas aliadas o porque, sin que haya alianza, se consiente el uso de determinadas zonas territoriales para establecer en ellas bases navales o aéreas. En tales casos, su permanencia, sea o no temporaria, no significa necesariamente —a diferencia de la ocupación bélica del territorio por fuerzas enemigas— que el Estado local deje de ejercer allí su soberanía; pero median razones que inducen a limitarla.

Dada la necesidad de asegurar el régimen interno de esas fuerzas militares, el consentimiento acordado para la entrada y estadia lleva implícita la inmunidad de la jurisdicción local en cuanto se refiera a hechos que afecten a su disciplina. Por consiguiente, la jurisdicción dentro de los lugares asignados a esas fuerzas extranjeras corresponde exclusivamente a sus propias autoridades militares. Pero los hechos delictuosos que los individuos componentes cometan fuera de aquellos lugares están sometidos a la jurisdicción del Estado local, porque afectan su orden público y no son delitos típicamente militares. Por esta misma razón corresponden también a la jurisdicción local las cuestiones provenientes de obligaciones civiles en que sean partes aquellas personas.

Cuando las fuerzas armadas extranjeras arriban en carácter de aliadas o cuando, sin ser aliadas, establecen bases navales o aéreas, los gobiernos respectivos —puesto que suponen una permanencia larga o por tiempo indefinido— conciertan acuerdos formales para precisar lo

³² En las costas del Estrecho de Magallanes, según el tratado de límites entre la República Argentina y Chile del 23 de julio de 1881 (art. 5°),* no pueden construirse fortificaciones ni defensas militares que puedan contrariar el propósito de asegurar su navegación por todas las banderas.

referente a la jurisdicción. Las reglas que acabamos de señalar suelen ser ampliadas, si se trata de fuerzas aliadas y en cuanto a la jurisdicción penal, estipulándose que corresponderá exclusivamente a las respectivas autoridades militares extranjeras entender en los delitos que se imputen a sus miembros, cualesquiera que sean la naturaleza del hecho punible y el lugar en que se cometa.

42. EL RÉGIMEN DE LAS "CAPITULACIONES". — En algunos países de civilización oriental, la soberanía fue restringida por medio de ciertos tratados, conocidos con el nombre de "capitulaciones", según los cuales aquéllos se obligaron a asegurar a los nacionales de la contraparte determinados derechos, tales como la libertad de establecimiento, de comercio, de circulación y de cultos, la inviolabilidad del domicilio, la exención de impuestos personales y especialmente la exención de jurisdicción local, tanto civil como comercial y penal, y a la vez admitir que las referidas personas quedaran regidas por las leyes de su nacionalidad y bajo la jurisdicción del cónsul respectivo.

1. Este régimen tuvo origen en el siglo XII en ciertas ciudades de Levante —los países berberiscos y del Asia Menor— al reconocer a los comerciantes de las repúblicas italianas (Venecia, Génova, Pisa, Florencia, etc.) el derecho de residir en determinados barrios y el de designar por sí mismos cónsules con la misión de dirimir como árbitros las divergencias que entre ellos se produjeran.

El régimen de las "capitulaciones" se difundió desde fines del siglo XVI. Implantada la dominación turca en el Asia Menor, el Norte de Africa y los Balcanes, sucedía que el derecho local, puesto que se basaba en la confesión religiosa, no era prácticamente aplicable a los no musulmanes para regir sus relaciones personales, de familia y sucesorias. En consecuencia, Francia celebró en 1535 un tratado con el Sultán obteniendo para sus nacionales los derechos individuales y para sus cónsules la competencia de juzgar, según sus propias leyes, a los franceses residentes; y ese tratado sirvió de modelo a otros análogos concertados luego entre varios países y el Imperio Otomano. El mismo régimen se extendió después al Extremo Oriente; de tal manera que en el siglo XIX regia también en Persia, Birmania, Siam, China, Corea y Japón. Pero desde 1899 se fue suprimiendo paulatinamente, comenzando por el Japón, hasta desaparecer en 1943 con su abolición en China.

2. En cuanto a Egipto, se produjo, desde 1876 hasta 1949, una evolución que debe señalarse. En 1876, el régimen de las "capitulaciones" fue atenuado estableciéndose que subsistía para las causas civiles



en que fuesen parte extranjeros de una misma nacionalidad, en cuyo caso era competente el cónsul respectivo; pero a fin de entender en las demás causas, se implantaron "tribunales mixtos", formados por jueces egipcios y otros de diversas nacionalidades, designados por el gobierno local: estos tribunales eran competentes en los juicios penales cuando el acusado fuese extranjero y en los juicios civiles en que fuera parte un extranjero, con excepción de los referentes al dominio público, que correspondían a los tribunales locales. En 1949 fue abolido este sistema, quedando establecida en Egipto la jurisdicción local para todos los habitantes.

43. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS MINORIAS. — Desde 1919 se dio el nombre de "minorías" a ciertos grupos relativamente importantes de personas que en algunos países de Europa Oriental y Central vivían en situación inferior a los demás habitantes, tanto en lo jurídico como en lo moral y material, porque les eran restringidos los derechos fundamentales de los individuos por la circunstancia de tener raza, religión o lengua distintas a la generalidad de la población. Tal era el caso, por ejemplo, de los israelitas en Polonia y Rumania, y de los magiares en Checoslovaquia y Rumania. Debemos advertir que en América no han existido "minorías", puesto que en ella no se han hecho discriminaciones entre los habitantes, en cuanto a los derechos fundamentales, por motivos de raza, religión o lengua.

La situación de las "minorías" originó a menudo conflictos lamentables, especialmente en los Balcanes, y fue una de las causas que provocaron la guerra de 1914. En 1919, al hacerse la paz, había que definir la suerte de veinte millones de hombres que se encontraban en esa condición. Era imposible utilizar para ello el "principio de autodeterminación" porque estaban diseminados y entremezclados en innumerables distritos y poblaciones, desde el Báltico y a lo largo del Vístula hasta el extremo meridional de los Balcanes. Se recurrió entonces a dos métodos diversos: el intercambio de poblaciones, de modo que las personas afectadas regresaran a su país de origen o al de su credo religioso; y el "régimen de la protección internacional de las minorías", con permanencia en el país en que vivían, aunque asegurándoles ciertos derechos fundamentales.

1. El intercambio de poblaciones, ensayado con motivo de ciertas transformaciones de soberanía en Macedonia, Tracia y Asia Menor, respondió a dos propósitos: la conveniencia de no conservar en un territorio recientemente adquirido una masa de habitantes políticamente

hostiles, o la de reintegrar esas personas al país de su religión respectiva para evitar las dificultades que se originaban a causa de que los derechos civiles están regidos por las leyes de la comunidad religiosa a que pertenecen.

Ese intercambio de poblaciones entre los habitantes de determinadas zonas fue realizado por intermedio de comisiones mixtas y asumió dos formas: intercambio obligatorio para todos ellos e intercambio voluntario, aunque este último fue desnaturalizado a menudo por la presión ejercida de diversa manera por las autoridades locales.

2. La "protección internacional de las minorías" respondió a otro método. Se estaba en presencia de un fenómeno que sólo era susceptible de ser reglado asegurando a todos los habitantes los derechos individuales, mediante un sistema establecido jurídicamente por la vía de los tratados y en segundo lugar por el derecho interno.

Este régimen fue erigido por medio de la concertación, en 1919-1920, de sendos tratados entre las "Potencias Aliadas y Asociadas", por una parte y por otra, a título individual, Polonia, Checoslovaquia, Rumania, Yugoslavia y Grecia; por ciertas disposiciones de los tratados de paz de 1919-1920 con Austria, Bulgaria y Hungría y por el tratado de paz de 1923 con Turquía; por declaraciones formuladas ante el Consejo de la Sociedad de las Naciones, en 1921-1922, por Finlandia (con relación a las islas Aaland), Albania, Lituania, Letonia, Estonia e Irak; y finalmente por algunos tratados bipartitos especiales, el referente a la Alta Silesia, de 1922, entre Alemania y Polonia, y la convención de 1924 relativa al territorio de Memel, entre Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón y Lituania.

Estos acuerdos aseguraron para todos los habitantes, sin distinción de nacimiento, nacionalidad, idioma, raza o religión, el derecho a la vida, a la libertad y al ejercicio del culto; y a la vez que otorgaron a las minorías el derecho a adquirir la nacionalidad (mediante el *jus soli* o el domicilio en el momento de firmarse el tratado), aseguraron a los nacionales la igualdad de los derechos civiles y políticos: igualdad ante la ley; admisión en los empleos públicos; ejercicio de profesiones e industrias; libre uso del idioma propio en las relaciones privadas y públicas; instrucción en el idioma propio en las escuelas primarias del Estado cuando la minoría constituyese una proporción considerable en la población; derecho a poseer instituciones de beneficencia, religiosas, sociales o de enseñanza, etcétera.

El régimen así establecido quedó garantizado por doble vía: por la interna, porque en aquellos tratados se estipuló que los mencionados derechos serían considerados ley fundamental y, aún más, en algunos tratados se acordó que esos derechos no podían ser abrogados mediante una reforma de la Constitución; también quedó garantizado por la vía internacional, pues su cumplimiento fue colocado bajo la fiscalización de la Sociedad de las Naciones y las divergencias sobre la interpretación de esos tratados debían someterse a la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Para hacer efectivo el régimen transcrito, la Sociedad de las Naciones creó un procedimiento especial, en virtud de resoluciones sucesivas del Consejo o de la Asamblea. Según ese procedimiento, toda infracción o peligro de infracción a los derechos de las minorías podía ser sometido a la Sociedad de las Naciones de dos maneras: a) planteado por un miembro del Consejo, o por un Estado no miembro de este órgano en los casos graves que pudieran amenazar efectivamente la paz, el Consejo podía dar las instrucciones que considerase ajustadas y eficaces, iniciando negociaciones con el gobierno interesado, y en caso de divergencia con éste podía someter la cuestión a la Corte Permanente de Justicia Internacional; b) promovido por petición dirigida a la Secretaría de la Sociedad de las Naciones, ésta, una vez comprobada la seriedad de la denuncia, se dirigía al gobierno interesado, a fin de que formulara eventualmente sus objeciones, y en seguida sometía los antecedentes al Consejo, el cual, en caso de comprobarse la infracción, podía llamar la atención del gobierno respectivo para que adoptara las disposiciones consiguientes.

3. El régimen de la "protección internacional de minorías" en la práctica dio como resultado una serie de problemas en su aplicación, sobre todo con referencia a cuestiones que tradicionalmente se consideraban dentro del "dominio reservado" de los Estados. Además, el pretexto para la agresión que supuso la protección de minorías alemanas en el oriente de Europa, hizo pensar que el régimen establecido a partir de 1919, no servía, eficazmente a la causa de la paz, como era su propósito.

Por ello, la Organización de Naciones Unidas reemplazó el concepto de protección de minorías, por el más amplio de protección internacional de los derechos humanos, sobre la base que a las minorías no debe darse privilegios especiales, siendo más eficaz una prohibición general de discriminación, por la cual todos los habitantes, cualquiera sea su origen nacional, gozan de los mismos derechos individuales. La Carta de la

O.N.U.** establece entre los Propósitos de las Naciones Unidas, en su artículo 1º, inciso 3º: "Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". El artículo 55 expresa que la Organización "promoverá... 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 a la efectividad de tales derechos y libertades". En 1946, la Comisión de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social estableció una subcomisión especial para la prevención de la discriminación y la protección de las minorías. No fue la intención, al parecer, hacer una convención general sobre minorías y la subcomisión ha trabajado, en colaboración con la UNESCO y la O.I.T., en campos parciales de la discriminación. En 1960, se adoptó en la UNESCO, la convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza; en 1958, la Conferencia de la O.I.T. adoptó el convenio número 111 sobre la discriminación en el empleo y la educación; en 1963, la Asamblea General proclamó la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y en 1965 adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.*

El artículo 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos***, el artículo 2º, inciso 2º, del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*** de 1966 y el artículo 2º, inciso 1º del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, de 1966, reconocen que la aplicación de los derechos a que ellos se refieren debe hacerse sin ninguna clase de discriminación.

En los tratados de paz concertados en 1947 entre las Naciones Unidas, por una parte, y por otra Finlandia, Bulgaria, Hungría e Italia respectivamente, se ha estipulado que estos países se obligan a adoptar "todas las medidas necesarias para asegurar a todas las personas que se hallan dentro de su jurisdicción, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión, el goce de los derechos del hombre y las libertades individuales.

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 9 a 35.

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Declaración Universal de los Derechos Humanos, págs. 335 a 340 y para los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, págs. 341 a 368.

incluso la libertad de expresión del pensamiento, la libertad de imprenta y de publicación, la libertad de cultos, la libertad de opinión y de reunión"; y el tratado de paz con Rumania obliga a ésta a no incluir "en el texto de sus leyes o en las modalidades de su aplicación ninguna discriminación, directa o indirectamente, entre los nacionales rumanos en razón de su raza, sexo, lengua o religión, tanto en lo relativo a su persona, bienes, intereses comerciales, profesionales o financieros, como a su estatuto o sus derechos políticos o civiles, o de cualquier otra manera". En cuanto a las sanciones posibles, debe observarse que en dichos tratados de paz se establece que las divergencias relativas a su ejecución o interpretación serán resueltas por medio de negociaciones directas y, en caso de que éstas fracasaran, serán diferidas, a requisición de una de las partes, a una comisión mixta de tres miembros.

44. TERRITORIOS BAJO MANDATO Y TERRITORIOS FIDEICOMETIDOS. — El régimen de los mandatos adoptado por la Conferencia de la Paz de 1919 fue una solución transaccional con respecto al destino que debía darse a las colonias alemanas, situadas todas en Africa y Oceanía, y a ciertos territorios que formaban parte de la Turquía asiática: Siria, Líbano, Palestina, Transjordania e Irak. En dicha conferencia existía una corriente anexionista, propugnada por los representantes de los "dominios" británicos, y otra sostenida por el Presidente Wilson en el sentido de la internalización de esos territorios confiándolos a la administración de un Estado como delegado de la Sociedad de las Naciones y bajo la fiscalización de esta institución. Se llegó a una solución cuyas bases fueron consignadas en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones. "Los principios siguientes —dice— se aplican a las colonias y territorios que a consecuencia de la guerra han dejado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban precedentemente y que son habitados por pueblos incapaces todavía de regirse por sí mismos en las condiciones especialmente difíciles del mundo moderno"; y, luego de establecer que "el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de la civilización", agrega que "el mejor método de realizar prácticamente ese principio es el de confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, en razón de sus recursos, de su experiencia o de su posición geográfica se encuentran en mejores condiciones para asumir esa responsabilidad y que consientan en aceptarla: ellas ejercerán esta tutela en el carácter de mandatarios y en nombre de la Sociedad"

Al terminar las hostilidades en la segunda guerra mundial se dio origen, en la Carta de San Francisco (1945), al "régimen internacional de administración fiduciaria", destinado a reemplazar al anterior.

1. La adjudicación de los mandatos, fue realizada en 1919-1920 por las "potencias aliadas"; y homologada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones, correspondiendo los diversos mandatos a Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Japón, Australia, Nueva Zelandia y Unión Sudafricana. El Consejo estableció en sendas "cartas" el grado de autoridad y contralor que debía ejercer el Estado mandatario; esos documentos, aunque difieren según las circunstancias de cada caso, contienen algunas cláusulas comunes, como son las relativas a los plenos poderes del mandatario para legislar y administrar, bajo reserva de las disposiciones del mandato, y a la obligación de presentar una memoria anual al Consejo.

Los mandatos fueron organizados en tres especies distintas —mandatos A, B y C—, según el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, sus condiciones económicas, etcétera.

Los mandatos A comprendían a ciertas regiones que antes pertenecían a Turquía: Siria y Líbano (asignadas a Francia); Palestina, Transjordania e Irak (a Gran Bretaña). Se trataba de poblaciones que, según se expresó, habían alcanzado tal desarrollo que su existencia independiente podía ser reconocida provisionalmente a condición de que la ayuda y los consejos del Estado mandatario guiaran su administración hasta el momento en que fueran capaces de manejarse por sí mismas. Su situación asemejábase a la de un protectorado, pues el país disponía de soberanía interior pero en lo exterior quedaba subordinado al mandatario.

Los mandatos B referíanse a varias colonias alemanas en África: parte de Togo y de Camerún (asignadas a Francia); Tanganika y otra parte de Togo y de Camerún (a Gran Bretaña) y Ruanda-Urundi (a Bélgica). El mandatario asumía la administración del territorio con poderes legislativos, pero sus facultades estaban limitadas: entre otras cosas, debía hacer desaparecer, tan pronto como fuera posible, la esclavitud; debía implantar el contralor del tráfico de bebidas alcohólicas y de armas; no podía establecer bases navales o militares ni organizar fuerzas indígenas, salvo para la policía y defensa del territorio; debía asegurar, para los nacionales de los Estados miembros de la Sociedad de las Naciones, los derechos individuales así como el régimen de la "puerta abierta".

Los mandatos C comprendían el territorio del Sud-Oeste Africano (asignado a la Unión Sudafricana); Nueva Guinea (a Australia); Isla de

Naurú y Samoa Occidental (a Nueva Zelanda); las restantes posesiones alemanas del Pacífico situadas al sur del Ecuador (a Australia) y las situadas al norte (al Japón). Estos territorios debían ser administrados según las leyes del Estado mandatario; en lo demás, su régimen era semejante al de los mandatos B, pero más estricto en dos puntos, pues el mandatario debía prohibir en absoluto el suministro de bebidas alcohólicas y no existía el régimen de la "puerta abierta".

Los naturales de los territorios bajo mandato A tenían nacionalidad propia; pero no así los de los territorios bajo mandato B y C, aunque podían obtener la nacionalidad del Estado mandatario por medio de naturalización y de acuerdo con las leyes que éste sancionara.

Debe observarse que el mandato —cualquiera que fuere su especie— debía ser ejercido siempre en interés de la comunidad colocada bajo ese régimen y estaba sometido a la fiscalización de la Sociedad de las Naciones: cada Estado mandatario debía someter al Consejo de la Sociedad de las Naciones un uniforme anual dando cuenta de su gestión; un órgano especial de esta institución —la Comisión Permanente de Mandatos— tenía el encargo de dictaminar al respecto después de haber examinado igualmente las presentaciones que le hicieran llegar las personas y las organizaciones interesadas, y en consecuencia el Consejo formulaba al mandatario las observaciones, recomendaciones o votos pertinentes.

Los mandatos fueron creados por tiempo indefinido, pero no perpetuo: cuando el grado de progreso alcanzado lo permitiera, el territorio bajo mandato podía ser liberado, convirtiéndose en Estado independiente. Así ocurrió con Irak en 1932; Siria, Líbano y Transjordania en 1945.

2. El "régimen internacional de administración fiduciaria", acordado en 1945 en la Carta de las Naciones Unidas** (arts. 75-91), debe comprender "los territorios actualmente bajo mandato",³³ los que como

** *Id.* Ruda, José María. *Instrumentos Internacionales*, págs. 9 a 35.

³³ La C.I.J. ha declarado, en la opinión consultiva dada en 1950 con motivo de la situación del Sud-Oeste Africano, que el hecho de que la S. d. N. ha dejado de existir no significa que el mandato otorgado anteriormente a la Unión Sudafricana haya terminado. Decía la Corte con tal motivo: "La S. d. N. no era . . . un *mandante* en el sentido en que este término es empleado en la legislación interna de ciertos Estados. Ella había asumido solamente una función internacional de vigilancia y de control. El mandato no tenía de común sino el nombre con las nociones, por lo demás diversas, del mandato en derecho interno. El mandato ha sido creado en interés de los habitantes del territorio y de la humanidad en general, como la institución a la que se asignaba un objeto internacional: una misión sagrada de civilización". I.C.J., *Reports*, 1950, pág. 132. Esta idea fue reiterada por la

resultado de la segunda guerra mundial sean segregados de los Estados enemigos de las Naciones Unidas y los territorios que voluntariamente sean puestos bajo aquel régimen por los Estados responsables de su administración. Se convino también que la determinación de los territorios que se colocarían bajo aquel régimen internacional, así como la de sus condiciones, serían objeto de acuerdos especiales ulteriores.

En el régimen de administración fiduciaria no existen tres tipos, como en el régimen de los mandatos, sino uno solo. Son sus objetivos básicos (art. 76) fomentar la paz y la seguridad internacionales, promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos, y su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia; promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, como también el reconocimiento de la interdependencia de los pueblos del mundo; asegurar tratamiento igual para todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas y sus nacionales en materias de carácter social, económico y comercial, así como tratamiento igual para dichos nacionales en la administración de la justicia.

La dirección y la supervisión del régimen corresponde a la Organización de las Naciones Unidas, que las realiza por intermedio del Consejo de Administración Fiduciaria; pero, con respecto a cada territorio fideicometido, designa una "autoridad administradora", que puede ser uno o más Estados o la misma Organización (art. 81).

A fin de velar por el mantenimiento de la paz y la seguridad, la "autoridad administradora" puede hacer uso de fuerzas voluntarias (art.

C.I.J., en 1971, con motivo de la opinión consultiva sobre "la consecuencia legal para los Estados de la continua presencia de Sudáfrica en Namibia (Sud Oeste Africano), no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad". La C.I.J. dijo: "La Corte va ahora a tratar la situación que surgió por la desaparición de la Sociedad de las Naciones y el nacimiento de las Naciones Unidas. Como ya se dijo la Sociedad de las Naciones fue la organización internacional encargada de ejercer las funciones de supervisión con relación a los mandatos. Pero esto no significa que la institución de los mandatos terminaría con la desaparición del mecanismo original de supervisión. A la cuestión de saber si el mecanismo del mandato estaba inseparablemente ligado a la existencia de la Sociedad de las Naciones, la contestación debe ser que la institución establecida para el cumplimiento de una misión sagrada, no puede presumirse que caduque antes de lograr su propósito. Las responsabilidades de ambos, el supervisor y el mandatario resultantes de la institución de los mandatos eran complementarios y la desaparición de uno u otro no podía afectar la sobrevivencia de la institución". I.C.J., *Reports*, 1971, pág. 32

84) y en los acuerdos respectivos pueden designarse una o varias "zonas estratégicas" que comprendan parte o la totalidad del territorio fideicometido (art. §2).

Adoptadas estas bases por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, los territorios de los mandatos B y C, según decisiones de los Estados mandatarios aprobadas por la Asamblea General, quedaron desde 1947-1948 bajo fideicomiso de los países que en ellos ejercían mandato, con excepción de las islas del Océano Pacífico situadas al norte del Ecuador, que pasaron en el carácter de "zonas estratégicas" bajo fideicomiso a los Estados Unidos. Con posterioridad, la parte norte del Camerún administrada por Gran Bretaña pasó a ser parte de Nigeria y la parte sur se unió al Camerún que estaba administrado por Francia, que alcanzó su independencia en 1960. Naurú, es independiente desde 1960; Ruanda-Urundi, se separó en dos Estados: Ruanda y Burundi, que alcanzaron su independencia en 1962; Samoa occidental, es independiente desde 1962; Somalia, desde 1960; Tanganika, desde 1961, se unió a Zanzibar y formó Tanzania; el Togo bajo administración británica se unió a la Costa de Oro, para formar Ghana que asumió su independencia en 1957, el Togo bajo administración francesa es independiente desde 1960.

Parte de Palestina, territorio bajo mandato de Gran Bretaña, obtuvo la independencia en 1948 y es hoy el Estado de Israel. La parte oriental de Palestina se unió a Transjordania, en 1949, para formar el Reino Hachemita de Jordania.

La situación del Sud-Oeste Africano presenta características singulares. Sudáfrica rehusó desde los comienzos de Naciones Unidas a colocar al Sud Oeste Africano bajo el régimen de administración fiduciaria o informar al Consejo respecto a dicho territorio. La Asamblea General pidió una opinión consultiva en 1950, sobre el status internacional de este territorio y la Corte, en términos generales, contestó que las obligaciones relativas al territorio emergentes del Pacto de la Sociedad de las Naciones subsistían, porque el mandato no se había extinguido, que la Asamblea General tenía facultades de supervisión de acuerdo con el artículo 80, inciso 1º, de la Carta, que no debían exceder las establecidas para el Consejo de la Sociedad de las Naciones; que el mandato no se había transformado automáticamente en administración fiduciaria por la adopción de la Carta y que las disposiciones de sus artículos 75 y 77 eran permisivas y que por su parte Sudáfrica no estaba obligada a negociar o

concluir acuerdos de administración fiduciaria.³⁴ En 1955, la Asamblea General solicitó otra opinión consultiva sobre si la consideración de cuestiones referentes a informes y peticiones de la Asamblea General debía ser considerada cuestión importante y la respuesta fue positiva.³⁵ También en 1955, la Asamblea General requirió una opinión consultiva sobre si un Comité sobre África Sudoccidental podía establecer el sistema de audiencias orales a los peticionarios y la respuesta también fue positiva.³⁶ En 1960, Etiopía y Liberia los dos únicos países africanos miembros de la Sociedad de las Naciones demandaron a Sudáfrica ante la Corte para que decidiera si en numerosas cuestiones, sobre todo si en la aplicación de la política del apartheid, Sudáfrica había violado las obligaciones establecidas en el mandato de la Sociedad de las Naciones. Sudáfrica sostuvo que la Corte era incompetente. La Corte en 1962 determinó que tenía jurisdicción para adjudicar los méritos de la disputa³⁷ y en 1966, después de considerar los argumentos de las partes sobre el fondo del asunto, rechazó la demanda de Etiopía y Liberia sobre la base de que los actores "no pueden considerarse que establecieron ningún derecho (*legal rights*) o interés jurídico que les pertenezca en el tema objeto de la presente demanda".³⁸ Después de este fallo, en 1966, la Asamblea General adoptó una resolución declarando que Sudáfrica no había cumplido con el mandato y lo dio por terminado, estableciendo un Comité para administrarla. El nombre del territorio fue cambiado en 1968 por el de Namibia. Sudáfrica se ha negado a dar cumplimiento a la resolución hasta ahora. El Consejo de Seguridad adoptó en 1970 la resolución 276 (1970) que declaró ilegal la presencia continua de Sudáfrica en el territorio de Namibia e invitó a los Estados a actuar en consecuencia y solicitó luego una opinión consultiva de la Corte sobre las consecuencias legales de esta presencia, para los otros Estados, a pesar de la resolución mencionada del Consejo. La Corte contestó en junio de 1971 que "siendo la presencia continua de Sudáfrica en Namibia ilegal, Sudáfrica estaba en la obligación de retirar inmediatamente su administración de Namibia y poner fin a la administración del territorio". Agregó que "los Estados Miembros de las Naciones Unidas están bajo la obligación de... abstenerse de cualquier acto y en particular de cualquier tratativa con el

³⁴ I.C.J., *Reports*, 1950, págs. 128-219.

³⁵ I.C.J., *Reports*, 1955, págs. 67-123.

³⁶ I.C.J., *Reports*, 1956, págs. 23-71.

³⁷ I.C.J., *Reports*, 1962, págs. 319-662.

³⁸ I.C.J., *Reports*, 1966, págs. 6-505.

gobierno de Sudáfrica que signifique el reconocimiento implícito de la legalidad de, o dar apoyo y asistencia a la presencia y administración de este gobierno en Namibia."³⁹

Además de los territorios que estaban sometidos a mandato, otros territorios fueron incorporados al régimen de administración fiduciaria mediante acuerdos de Naciones Unidas con la potencia administradora, conforme con la Carta. La minúscula isla de Naurú, hoy en día independiente, fue administrada por Australia. Las islas Marshall, Marianas y Carolinas son administradas como zona estratégica por los Estados Unidos, por acuerdo aprobado por el Consejo de Seguridad. La antigua colonia italiana de Somalia fue puesta, bajo administración de Italia en 1949 y es hoy un Estado independiente. La parte oriental de Nueva Guinea, administrada por Australia, se unió a Papua, formando un Estado nuevo. Actualmente, administradas por Estados Unidos, sólo las islas Marshall, Marianas y Carolinas, ya mencionadas, se encuentran bajo administración fiduciaria.

En todos los casos de fideicomiso se consignó en sendos acuerdos el régimen que en particular corresponde al territorio respectivo.

45. LA INTERVENCION. — Un Estado realiza un acto de intervención cuando, por medio de la presión diplomática o de la acción militar, se injiere, a fin de imponer su voluntad, en asuntos interiores o exteriores de otro Estado con el cual se encuentra en estado de paz.

1. La intervención fue un fenómeno corriente cuando el concepto del Estado era impreciso y aun en tiempos en que la noción de la soberanía reflejaba el poder omnimodo de los monarcas absolutos y a veces la hegemonía de alguno de ellos. En los siglos XVII y XVIII aparecen tratados en que se estipula la obligación de no intervenir, lo que significa que ésta no era la norma corriente sino más bien la excepción.⁴⁰

³⁹ I.C.J., *Reports*, 1971, págs. 16-345.

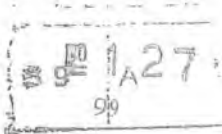
⁴⁰ En el tratado de Lübeck (1629) el Emperador germánico se obligó a no intervenir en Dinamarca y ésta a no intervenir en el Imperio; por el tratado de los Pirineos (1659), Francia prometió no intervenir en Portugal; y en el tratado de Nystadt (1721) Rusia se comprometió a no intervenir en Suecia.

A partir de la Revolución Francesa, la intervención se erigió en sistema desde dos campos opuestos: para sostener a un gobierno atacado por una rebelión o por el contrario para apoyar a los rebeldes. En otros términos, la intervención se esgrime como instrumento a favor de determinado régimen político en otro Estado.

Austria y Prusia, sintiéndose amenazadas por la Revolución Francesa, proclamaron en 1791 (declaración de Pillnitz) su decisión de intervenir en Francia con los demás monarcas europeos para restaurar a Luis XVI; la Revolución Francesa contestó el 20 de abril de 1792 con una declaración de guerra a Austria; luego, alentada por los primeros triunfos de sus ejércitos, declaró el 19 de noviembre que prestaría ayuda a todos los pueblos que desearan recuperar su libertad, y el 15 de diciembre autorizó a sus generales a abolir las constituciones de los territorios que ocupasen y a implantar nuevas instituciones de conformidad con los principios de la Revolución. Después de la ejecución de Luis XVI, la Europa se coaligó contra la Revolución Francesa, iniciándose una contienda que se prolongó veinte años.

Vencido Napoleón, la Europa monárquica recomenzó la política intervencionista. En el Congreso de Viena, de 1815, Talleyrand hizo aprobar el "principio de legitimidad": ninguna corona ni territorio podía considerarse vacante si su soberano legítimo no había abdicado o renunciado, y por consiguiente cuando había sido desposeído correspondía reintegrarle en su trono. E inmediatamente, a iniciativa del Zar Alejandro I, los soberanos de Austria, Prusia y Rusia subscribieron en París, el 26 de septiembre de 1815, un documento impregnado de tono místico y solemne —la Santa Alianza— en que declaraban, como "delegados de la Providencia para gobernar tres ramas de una misma familia", su resolución de mantenerse unidos para "prestarse en toda ocasión y en todo lugar asistencia, ayuda y socorro para proteger la religión, la paz y la justicia". Inglaterra se asoció en cierto modo a esta declaración en el segundo Congreso de París, el 20 de noviembre de 1815, expresando que la tranquilidad europea se obtendría sólo mediante la consolidación en Francia de la autoridad real establecida y comprometiéndose a mantenerla y a excluir perpetuamente a Napoleón Bonaparte y a su familia; Francia se adhirió en el Congreso de Aquisgrán, en 1818, quedando así formada la "Pentarquía".

Metternich, canceller de Austria, movió a la Santa Alianza para extirpar todo fermento revolucionario dondequiera que apareciese. Fue así como, como motivo de movimientos rebeldes producidos en Nápoles



y Piamonte, el Congreso de Troppau (1820) resolvió que el Estado en que estallara una revolución quedaría excluido "de la Alianza Europea hasta que diese garantías de orden legal y estabilidad" y las grandes potencias se comprometieron, si un peligro inmediato amenazara a otros Estados, a acudir a las armas para volverlos a su seno; en el Congreso de Laybach (1821), Austria, Prusia y Rusia resolvieron encomendar a fuerzas austriacas una intervención armada en Nápoles y en Piamonte para sofocar la rebelión y restaurar la monarquía absoluta; y el Congreso de Verona (1822), no obstante la oposición de Inglaterra, encomendó a Francia una intervención análoga en España para restaurar a Fernando VII.

El sistema de Metternich declinó al poco tiempo. Ya en 1821, lord Castlereagh desaprobaba la política de la intervención sistemática; y en 1822 su sucesor Canning declaraba en el Congreso de Verona que Inglaterra, aunque no era partidaria de la revolución, insistía en el derecho de los pueblos de darse la forma de gobierno que estimasen más conveniente. Cuando Metternich se disponía a obrar contra la emancipación de las colonias españolas en América con la formación de un poderoso ejército que partiría de Cádiz para reconquistarlas, Inglaterra se manifestó dispuesta a reconocer su independencia. Ese mismo año 1822 Inglaterra se retiró de la Santa Alianza; a fines de 1823 el Presidente Monroe lanzaba su famoso veto contra la intervención europea en América y un año después Canning comenzaba a practicar el reconocimiento de las repúblicas hispano-americanas.

A partir de esta época, algunos casos de intervención son decididos todavía en virtud de la "legitimidad" o al menos por el propósito de mantener a determinado gobierno,⁴¹ y a veces se interviene respondiendo a una requisición del gobierno amenazado.⁴² Pero lo cierto es que la intervención se convierte más y más en instrumento destinado, en manos de algunas grandes potencias, para asegurarse posición preponderante en tal o cual región o para practicar el imperialismo colonial, es decir, la conquista de territorios y de mercados a fin de implantar industrias y

⁴¹ En 1826, Inglaterra interviene Portugal para proteger a la Reina Maria II contra los partidarios de Don Miguel; y en 1834 Portugal es intervenido por España, Francia e Inglaterra para expulsar a los pretendientes Don Carlos y Don Miguel.

⁴² Es el caso de la ocupación francesa de Ancona, en 1831, y de Roma de 1849, hecha a solicitud de los papas Gregorio XVI y Pío IX; y el de la intervención de Rusia en Hungría, en 1849, ayudando al gobierno austriaco a sofocar la rebelión encabezada por Kossuth.

capitales. De esta manera se desarrolla una serie de intervenciones armadas en los Balcanes y en Asia Menor.⁴³ Algunas alcanzan a los países americanos, como por ejemplo el bloqueo del Río de la Plata, establecido por Francia en 1838 y por Inglaterra en 1841; y la intervención francesa en México desde 1861 a 1867. Los Estados Unidos, cuando a su vez se empeñaron, en el primer tercio del siglo XX, en desarrollar una política imperialista, realizaron diversos actos de intervención en los países del Caribe: en 1903 amparando una insurrección en el departamento de Panamá y reconociendo inmediatamente su independencia; ocupando militarmente, en virtud de tratados que los facultaban a ello para asegurar el orden público, Panamá en 1904 y Cuba en 1906, 1912 y 1917; injiriéndose en Nicaragua para proteger a sus nacionales, desde 1912 a 1932 en la administración financiera, en la política interna y aun ocupando militarmente el país; desembarcando fuerzas en Honduras, en 1924, para proteger a los nacionales; y ocupando igualmente, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones financieras, Haití desde 1915 hasta 1934 y la República Dominicana desde 1916 hasta 1924.

También hubo en el siglo XIX casos de intervención determinados por el propósito de mantener el equilibrio político amenazado por las consecuencias de una guerra. Estas intervenciones tuvieron carácter colectivo y condujeron a ciertos arreglos en conferencias internacionales. Así, al terminar la guerra ruso-turca, las grandes potencias europeas, entendiendo que la paz de 1878 alteraba el equilibrio en favor de Rusia, intervinieron exigiendo una revisión, y el Congreso de Berlín reunido en consecuencia modificó dicho tratado; en 1895, al terminar la guerra chino-japonesa, Alemania, Francia y Rusia obligaron al Japón a dejar sin efecto el tratado de paz de Shimonoseki.

2. Los hechos revelan que la intervención ha obedecido a motivos diversos: se ha fundado en el deseo de mantener el equilibrio político y también invocáronse, para cohonestarla, razones de humanidad ante persecuciones raciales o religiosas, la necesidad de proteger la vida y los bienes de los nacionales y aun los intereses financieros de los tenedores

⁴³ La insurrección griega de 1821-29, inicia un proceso de disgregación del Imperio Otomano y con él aparece la rivalidad de las grandes potencias por la posesión de los Estrechos. En 1827, el nuevo Zar de Rusia, Nicolás I, considerándose protector de los ortodoxos griegos, se pone de acuerdo con Francia e Inglaterra para intervenir por la fuerza. Empieza con ello una serie de intervenciones armadas en los Balcanes y en Asia Menor que se prolonga con intermitencias hasta 1914.

de títulos de la deuda pública. Sea como fuere, lo esencial es que la intervención ha estado librada a la acción unilateral y eventual de los gobiernos, que la decidían o no según conviniera en cada caso a su interés particular y lo permitiesen las circunstancias políticas del medio y del momento.

La intervención no es un instrumento que puedan utilizar los Estados débiles contra los fuertes; es un arma que únicamente pueden esgrimir los poderosos en ciertos casos, cuando así lo aconsejen circunstancias accidentales. Esa arma gravita sobre ciertos Estados; no ampara a todos para asegurar la justicia y no es, por lo tanto, una norma jurídica.

No existe, pues, un "derecho de intervención" en los asuntos de otro Estado. Si un Estado, en el ejercicio de su soberanía, lesiona los derechos de otro Estado, éste tiene expeditas, para restablecer el derecho perturbado, las vías propias de las relaciones normales en la vida internacional: las negociaciones diplomáticas, los diversos medios de solución pacífica y en último extremo, si es atacado, puede usar del derecho de legítima defensa. Pero no es posible admitir como procedimiento regular la presión diplomática, la amenaza de la fuerza, y mucho menos la intervención armada, que es la guerra de hecho sin ninguna de las restricciones de la guerra internacional. Esa intervención puede ser dispuesta, en muchos países, por simple resolución del jefe del Estado como jefe de las fuerzas armadas y mediante una orden de desembarco, y el Estado interviniente obra por la fuerza como mejor lo entienda, sin verse obligado a respetar en los terceros la condición propia de los neutrales.

Sólo en dos circunstancias excepcionales era admisible la intervención: cuando en el propio país penetraran a través de la frontera bandas armadas y cometiesen actos de depredación viniendo de un país vecino que se hallaba convulsionado, retornaban en seguida a él para cobijarse en la impunidad, por ser impotentes las autoridades locales para prevenir tales hechos, en cuyo caso el Estado afectado, obrando en defensa propia, podía realizar una "expedición punitiva"; y cuando en un país igualmente convulsionado y carente de fuerza pública, los extranjeros veíanse atacados en su calidad de tales, pues entonces el Estado local era internacionalmente responsable y había necesidad imperiosa y urgente de salvaguardar los derechos de aquéllos. En ambos casos no teníase otro recurso que el empleo de la fuerza; una declaración de guerra daría al conflicto trascendencia mayor, y en todo caso debía dejarse al Estado culpable la responsabilidad de declararla.

3. Una sana reacción contra esos procedimientos se ha producido en las últimas décadas.

Un considerable número de Estados americanos ha estipulado, en la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (Montevideo, 1933, art. 8º), que "ningún Estado tiene derecho de intervenir en los asuntos internos ni en los externos de otro";⁴⁴ y esa norma fue reafirmada en el Protocolo Adicional suscripto en Buenos Aires el 26 de diciembre de 1936 declarando las repúblicas americanas "inadmisibles la intervención de cualquiera de ellas, directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo, en los asuntos interiores o exteriores de cualquier otra" y agregando que "la violación de las estipulaciones de este artículo dará lugar a una consulta mutua a fin de cambiar ideas y buscar procedimientos de avenimiento pacífico".

Poco después, todos los Estados americanos formularon otros acuerdos sobre esta materia. En la "Declaración de México", del 6 de marzo de 1945*, expresaron que mantienen como principios esenciales y normativos de las relaciones entre todos ellos que "cada Estado es libre y soberano y no podrá intervenir en los asuntos internos o externos de otro" (art. 3º). En el "Acta de Chapultepec", de la misma fecha*, todos los Estados americanos declaran (Parte I, art. 3º) que "todo atentado de

⁴⁴ Esta fórmula fue propuesta por el autor del presente libro, en su carácter de delegado argentino, en la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos reunida en Río de Janeiro en 1927; y aprobada por ésta, figuraba como art. 3º en el anteproyecto de "Convención sobre Estados" (*Vid. Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos. Reunión de 1927*, t. 1, págs. 158-177). Al considerar este anteproyecto la VI Conferencia Internacional Americana (La Habana, 1928), se produjo un largo y acalorado debate a causa de ciertas intervenciones en el Caribe y en América Central. Con excepción de las delegaciones de Estados Unidos y Perú, las demás se manifestaron en contra de toda intervención en los asuntos internos y externos; en tal situación, se optó por postergar el anteproyecto para la siguiente Conferencia Internacional Americana. Pero el debate no resultó estéril: pocos años después —en 1933— el gobierno de Washington inauguraba la "política del buen vecino". Este hecho auspicioso permitió que la VII Conferencia, reunida en Montevideo a fines de ese año, solucionara el problema en la forma arriba indicada.

La Convención de Montevideo de 1933 estaba en vigor el 30 de septiembre de 1976 para Brasil (r.), Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana (r.), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos (r.), Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

El protocolo adicional de 1936, relativo a la no intervención, hallábase en vigor el 30 de septiembre de 1976 para Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador (r.), El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

un Estado contra la integridad o la inviolabilidad de su territorio, o contra la soberanía política de un Estado americano, será, de acuerdo con la Parte III de esta Acta, considerado como un acto de agresión contra los demás Estados que la firman"; y agrega que "en todo caso, se considerará como un acto de agresión la invasión, por fuerzas armadas de un Estado, al territorio de otro, traspasando las fronteras establecidas por tratados y demarcadas de conformidad con ellos". En la Carta de la Organización de los Estados Americanos,* subscripta en Bogotá el 30 de abril de 1943 y modificada por el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967** se estipula lo siguiente en el artículo 18: "Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. El principio anterior excluye no solamente la fuerza armada sino también cualquier forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen"; el artículo 19 expresa: "Ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza"; y el artículo 20 agrega que "el territorio de un Estado es inviolable. no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aun de manera temporal".

Una acción paralela venía desarrollándose entre casi todos los países civilizados, con el propósito de proscribir la intervención.

En 1919, el Pacto de la Sociedad de las Naciones* estableció (art. 10) la obligación de respetar, además de la integridad territorial, la independencia política existente de todos los miembros de la institución, agregando que en caso de una agresión de esta especie, o de una amenaza o peligro de tal agresión, el Consejo recomendaría las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de aquella obligación. En 1945, la Carta de las Naciones Unidas,* recogiendo sin duda las reglas establecidas en los acuerdos interamericanos antes mencionados, ha establecido en su artículo 2º, inciso 4º, que "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

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la carta de la OEA modificada por el Protocolo de Buenos Aires, págs. 435 a 464.

propósitos de las Naciones Unidas"; y el inciso 7º agrega que "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 prescriptas en el capítulo VII". Esto último se refiere a una eventual acción coercitiva dispuesta por la Organización de las Naciones Unidas contra un Estado que amenace la paz, la quebrante o realice actos de agresión.

Es decir que aun cuando un asunto sea esencialmente de jurisdicción interna, pero ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad podrá intervenir aplicando las medidas coercitivas del Capítulo VII. El mismo tipo de norma se incorporó a la Carta de la Organización de los Estados Americanos*, teniendo particularmente en cuenta las obligaciones que surgen del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca*. Dice el artículo 22 de dicha Carta: "Las medidas que, de acuerdo a los tratados vigentes, se adopten para el mantenimiento de la paz y la seguridad, no constituyen violación de los principios enunciados en los artículos 18 y 20".

La obligación de no intervenir en los asuntos internos de los Estados parece referirse exclusivamente en el artículo 2º, inciso 7º, a las Naciones Unidas,⁴⁵ sin comprender la obligación de los Estados de no intervenir en asuntos internos de otros Estados. Para desarrollar este último principio, la Asamblea General, en 1965, adoptó la resolución 2131 (XX), sobre "La inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía"****. En 1970 la Asamblea General adoptó la "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas"****, entre los cuales se incluyó "el principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los

⁴⁵ Sin embargo, el acápite del artículo 2º dice: "...la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios".

*** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la "Declaración sobre inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y protección de su independencia y soberanía", págs. 668 a 670 y para la "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", págs. 671 a 679.

Estados, de conformidad con la Carta", que reproduce, *mutatis mutandis*, la resolución 2131 (XX). El principio de no intervención es desarrollado *in extenso* declarándose que además de la intervención armada se condena "cualesquiera otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen". Se agrega, entre otras cosas, que "ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden. Todos los Estados deberán abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado".

46. LA DOCTRINA DE MONROE. — El 2 de diciembre de 1823 el Presidente Monroe, teniendo en mira determinados acontecimientos, formuló en su mensaje anual al Congreso ciertas declaraciones que luego vinieron a constituir, con el nombre de *Doctrina de Monroe*, una de las piedras angulares de la política exterior de los Estados Unidos.

Esas declaraciones respondían a hechos que denotaban el propósito de las grandes potencias europeas de extender su dominación en América: la penetración rusa en las costas americanas del Pacífico Septentrional, al atribuirse derechos exclusivos de pesca hasta los 51° de latitud; y sobre todo los planes de la Santa Alianza de auxiliar a España para reconquistar las colonias de América, lo que hubiera significado entronizar el absolutismo en gran parte del Continente.

Esta amenaza de intervención había inducido a Adams, ministro de Monroe, a proponer al gobierno británico formular contra ella una declaración conjunta; y Canning, primer ministro inglés —que miraba con simpatía la independencia de las colonias españolas y temía que la intervención de la Santa Alianza diese por resultado, no sólo el restablecimiento del monopolio español sino también la adquisición, por parte de Francia, de alguna colonia en el Continente—, sugirió a su vez al Ministro Rush, representante de los Estados Unidos en Londres, manifestar en una declaración conjunta que la reconquista de las colonias españolas era imposible y que ambos países "no podrían ver con indiferencia que cualquier porción de ellas pasara a manos de cualquier otro Estado". El Presidente Monroe consultó el grave asunto con Madison y

con Jefferson; ambos le aconsejaron aceptar, pero expresando este último en carta del 24 de octubre de 1823 que la primera regla fundamental de la política de los Estados Unidos debería ser la de no inmiscuirse en los enredos europeos y la segunda no permitir que Europa se mezclara en los asuntos de este lado del Atlántico.⁴⁶ En consecuencia, el Presidente Monroe resolvió obrar por sí solo, formulando en el próximo mensaje anual al Congreso la declaración que dio origen a la famosa doctrina. Invocada y utilizada durante más de un siglo con criterio y alcance diversos, ha tenido éxitos y tropiezos, así como ha sido objeto de apolo-gías entusiastas y de críticas vehementes.

1. El texto originario de la Doctrina de Monroe puede resumirse en tres principios:

1º *No colonización futura por Estados europeos en América.* — “Los continentes americanos —decía Monroe—, dada la condición libre e independiente que han asumido y mantienen, no deben ser considerados en adelante como sujetos a colonización futura por ninguna potencia europea”.

2º *No intervención por Estados europeos en el continente americano.* — “El sistema político de las potencias aliadas es esencialmente distinto al de América . . . Corresponde, pues, a la lealtad y a las amistosas relaciones que existen entre los Estados Unidos y aquellas potencias declarar que hemos de considerar toda tentativa de su parte para extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio como peligrosa para nuestra paz y seguridad. En las colonias o dependencias existentes de potencias europeas no hemos intervenido ni hemos de intervenir. Pero, con respecto a los gobiernos que han declarado su independencia y la han mantenido, y cuya independencia nosotros hemos reconocido teniendo en cuenta elevadas consideraciones y principios de justicia, no podríamos ver ninguna interposición por una potencia europea con el propósito de oprimirlos o controlar de cualquier manera sus destinos, sino como manifestación de una disposición inamistosa hacia los Estados Unidos.” Y más adelante: “Es imposible que las potencias aliadas extiendan su sistema político a porción alguna de este continente sin poner en peligro nuestra paz y felicidad; nadie puede creer que nuestras hermanas del sur, libradas a sí mismas, hayan de adoptarlo de propio acuerdo. Es igualmente imposible, por lo tanto, que consideremos aquella intervención en ninguna forma con indiferencia. Si comparamos la fuerza y los recursos de España y los de los nuevos gobiernos, y la distancia que los separa,

⁴⁶ Moore, *Digest*, VI, 389-390.

parece obvio que ella nunca podrá subyugarlos. La política de los Estados Unidos consiste en dejar a las partes que obren por sí solas, en la esperanza de que otras potencias seguirán el mismo camino".

3º *Desinterés de los Estados Unidos en las cuestiones europeas.* — "Nuestra política con relación a Europa, que ha sido adoptada desde el comienzo de las guerras que durante largo tiempo han agitado a esa parte del globo, se mantiene igual y consiste en no injerirnos en los asuntos que sólo conciernen a esas potencias."

Este punto, señalado por Jefferson como el principal, inspirábase en la recomendación hecha en 1796 por Jorge Washington en el *Farewell Address* dirigido a sus conciudadanos al dejar la presidencia; el mensaje de Monroe no asignaba tanta importancia a ese aspecto del problema; a su juicio, los puntos principales eran los dos que indicaba primero, sin duda porque los peligros del momento apuntaban hacia América. La actitud abstencionista en los "enredos europeos" había de esfumarse con el andar del tiempo, a medida que la implantación de comunicaciones rápidas y regulares acortaba enormemente las distancias y la interdependencia entre los pueblos presentábase como un hecho incoercible: una vez que los Estados Unidos alcanzaban a colocarse en los primeros planos como consecuencia de la expansión de su economía e influencia exterior, la posición asumida en los primeros tiempos no podía significar que hubieran de permanecer extraños a los acontecimientos políticos de importancia porque ellos tuviesen como escenario algún lugar situado fuera del continente americano.

2. El mensaje de 1823 fue acogido de muy diversa manera; en tanto que las nuevas repúblicas americanas lo saludaban como un anuncio de liberación definitiva,⁴⁷ en los países europeos era mirado con

⁴⁷ En los primeros tiempos, algunos países hispanoamericanos sugirieron que las reglas enunciadas por Monroe fueran objeto de un acuerdo común. En 1825, el gobierno de Colombia incorporó a los temas que debía tratar el Congreso de Panamá, que se considerase la manera de resistir la intervención extranjera en la guerra de la independencia y la oposición a la colonización de territorio americano por Estados europeos, a fin de que "la

sorpesa y no disimulado encono. Sea como fuere, el valiente veto del Presidente Monroe tuvo resultados felices en cuanto se proponía desbaratar la intervención de la Santa Alianza en América. El mensaje del 2 de diciembre movió a Canning —ante la perspectiva de que los Estados Unidos obtuviesen ventajas comerciales en las repúblicas hispanoamericanas— a rechazar el congreso que las grandes potencias europeas proyectaban para intervenir en aquéllas y el fracaso del congreso indujo a Francia a cambiar de política, disponiéndose a su vez practicar el reconocimiento de las nuevas repúblicas.⁴⁸

La arriesgada actitud de Monroe era expresión auténtica de un sentimiento asentado en la conciencia de la Unión desde los primeros días de su independencia: la nobleza del propósito y el éxito obtenido al disipar graves peligros le asignaban un puesto eminente en la historia.

3. Hemos dicho que las declaraciones formuladas por el Presidente en 1823 llegaron a constituir, con el nombre de Doctrina de Monroe, una de las piedras angulares de la política exterior de los Estados Unidos. Sin embargo, no ocurrió así de inmediato, ni tampoco se aplicó siempre.

Sin que la Doctrina fuese invocada para impedirlo Gran Bretaña ocupó las Islas Malvinas en 1833⁴⁹ y Belice en 1835; Francia intervino en 1838 en el Río de la Plata realizando un largo bloqueo, al que se unió

Doctrina de Monroe fuere sostenida por los esfuerzos mancomunados de todos los Estados representados en el Congreso, lo cual debería lograrse en una convención solemne". En la República Argentina, el Gobernador Las Heras, al recibir al representante de los Estados Unidos, expresó el 18 de julio de 1825 que "el gobierno de las Provincias Unidas conocía la importancia de los dos principios que el Presidente de los Estados Unidos había expuesto en su mensaje al Congreso y, convencido de la utilidad de su adopción por todos los Estados del Continente, consideraría de su deber apoyarlos y en tal sentido aprovecharía cualquier oportunidad que para ello se presentara".

El gobierno de Washington declinó esas sugerencias. El presidente Adams manifestó, en su mensaje del 26 de diciembre de 1825 que en el congreso convocado para el año siguiente en Panamá podría llegarse a un acuerdo a fin de que cada Estado americano se defendiera por sus propios medios contra la implantación de colonias extranjeras en su territorio. Y la Cámara de Representantes aprobó una resolución el 18 de abril de 1826 declarando que los Estados Unidos no debían participar con las repúblicas americanas en una declaración común para impedir la intervención de una potencia europea en su independencia o forma de gobierno; el pueblo de los Estados Unidos debía tener libertad para obrar en cualquier crisis de la manera como sus sentimientos de amistad hacia aquellas repúblicas, su propio honor y su política especial pudieran dictarse en el momento oportuno (Moore, *Digest*, VI, 416 y 420).

⁴⁸ *Vid.*, Podestá Costa, L. A., *Monroe versus Metternich* (diario "La Nación", Buenos Aires, 13 de diciembre de 1928).

Inglaterra en 1841³⁰ y en el mismo año 1838 Francia bombardeaba el puerto de Veracruz y la fortaleza de San Juan de Ulúa, ocupando luego ambos.

En otros casos, que sin duda afectaban más cerca a los Estados Unidos, el gobierno de Washington se inspiró en la Doctrina de Monroe.

Los hechos más graves se presentaron desde 1861, apenas iniciada la Guerra de Secesión. Santo Domingo fue anexado por España; México era objeto de una intervención tripartita, que en seguida se transformó

³⁰ Cuando el ministro argentino Carlos M. de Alvear reclamó, en 1839, por los hechos de depredación ejecutados por la corbeta *Lexington* en Puerto Soledad (Malvinas), el gobierno de Washington expresó que, siendo los derechos del gobierno argentino a la jurisdicción sobre las Malvinas "contestados por otra potencia con fundamentos muy anteriores a los referidos hechos, era concebible que mientras la controversia entre aquellos dos gobiernos no quedase resuelta, los Estados Unidos no pudieran dar respuesta definitiva a la nota del general Alvear" (Manning, William R., *Diplomatic Correspondence of the United States, Inter-American Affairs*, 1831-1860, Vol. I, Argentina: Washington, 1932, págs. 18-210).

En 1886 reanudada la controversia entre la República Argentina y Gran Bretaña, el gobierno de Washington manifestó que, habiéndose producido la ocupación británica de 1833 sobre la base de "un título que previamente había invocado y sostenido", la Doctrina de Monroe era inaplicable porque no podía dársele efecto retroactivo (Quesada, Vicente G., *Recuerdos de mi Vida Diplomática, Misión en Estados Unidos, 1885-1892*, Buenos Aires, 1894, págs. 155-292).

³¹ El ministro Alvear manifestaba al secretario Buchanan, en nota del 1 de noviembre de 1845, que deseaba y esperaba que los sentimientos de amistad y los principios comunes que animaban a los gobiernos de la Confederación Argentina y de los Estados Unidos y que rechazaban toda intervención europea en los asuntos del Nuevo Mundo, inducirían al de los Estados Unidos a emplear en este sentido toda la influencia moral a su alcance y a no permanecer indiferente ahora que la intervención franco-británica era un hecho (Manning, *Diplomatic Correspondence*, etc., I, 300).

La respuesta —aunque no tuvo trascendencia práctica— está contenida en la nota enviada por Buchanan al representante de la Unión en Buenos Aires, con fecha 30 de marzo de 1846. Decíale que era "un hecho notorio para todo el mundo que Francia y Gran Bretaña habían violado de modo flagrante el principio de no intervención en América" y que, aun cuando las circunstancias del momento impedían a los Estados Unidos participar en la contienda, el Presidente deseaba que toda la influencia moral de la República se echara en la balanza en favor de la parte agraviada, anhelando cordialmente que la República Argentina alcanzara todo éxito en su lucha contra la injerencia extranjera; y después de agregar que Francia y Gran Bretaña le habían asegurado que su intervención armada no tenía en mira adquisiciones territoriales en el Río de la Plata, dábale instrucciones de vigilar las actividades de ambas en esta región y comunicar cualquier intento violatorio (McCore, *Digest*, VI, 422).

en una campaña militar desarrollada por Francia con el propósito de implantar un imperio bajo su hegemonía; y en 1864 España, hallándose en guerra con Perú y Chile, ocupó las islas Chinchas. El gobierno de Washington, envuelto en una guerra interna que amenazaba la existencia de la Unión, no podía, ciertamente, complicarse en nuevos conflictos; siguió de cerca los acontecimientos con honda preocupación y actuó en forma cautelosa pero persistente formulando en Madrid y en París cuantas advertencias y objeciones consideraba oportunas. España ante la resistencia con que tropezó en Santo Domingo, se retiró de la isla en 1865; y, una vez terminada la Guerra de Secesión, los Estados Unidos, que no habían reconocido el gobierno establecido en México por Maximiliano, ejercieron presión cada vez más intensa y premiosa para obtener que las fuerzas francesas evacuaran todo el territorio mexicano. En 1866, Napoleón III decidió abandonar la empresa. Motivos diversos y poderosos pesaron en su ánimo: el convencimiento de que el proyectado imperio era imposible, dada la tenaz resistencia del pueblo mexicano; los gastos enormes que la guerra irrogaba; la agitación en Francia contra la campaña militar; la situación internacional en Europa, cada día más complicada por la actitud de Prusia; y la perspectiva, inminente y no menos decisiva, de que los Estados Unidos se hicieran parte en la contienda.

En 1895, con motivo de la cuestión de límites en la Guayana, que Gran Bretaña y Venezuela discutían desde hacia más de medio siglo, la Doctrina de Monroe fue invocada por el gobierno de Washington con extraordinaria energía. Fracasado todo arreglo directo, Venezuela había propuesto en 1882 someter a un arbitraje la divergencia; Gran Bretaña aceptaba este procedimiento con respecto solamente a determinada zona. Poco después, el gobierno de Washington realizó gestiones ante las partes para llegar a un entendimiento; no obtuvo resultado y sobrevino entre éstas una ruptura de las relaciones diplomáticas. El Congreso de los Estados Unidos, informado del asunto en los mensajes anuales de los presidentes Harrison (1891) y Cleveland (1894), votó sendas resoluciones recomendando a las partes acudir a una solución arbitral; pero, como el conflicto se mantuviera en pie, el gobierno de Washington, invocando la Doctrina de Monroe, adoptó una actitud conminatoria: el 20 de julio de 1895, el Secretario Olney envió al representante norteamericano en Londres una extensa nota conteniendo las vistas del Presidente Cleveland sobre la controversia y dándole instrucciones de hacerla conocer al jefe del gabinete inglés. Aquella nota, redactada en un estilo inusitado en la diplomacia, era una requisitoria exigiendo un arbitraje integral de la

cuestión.⁵¹ El gobierno de Londres opuso serias objeciones, denegando validez internacional a la Doctrina de Monroe por ser un acto unilateral, expresando que por otra parte los acontecimientos que en 1823 indujeron a proclamarla, eran de naturaleza muy distinta a la controversia existente con Venezuela, y agregando que el Presidente Monroe nunca había pensado en reclamar para los Estados Unidos la prerrogativa de exigir a las potencias europeas que sometieran a arbitraje las cuestiones de límites que tuviesen con un Estado americano. El Presidente Cleveland, en mensaje especial enviado al Congreso el 17 de diciembre, sugirió que se designara una comisión de juristas para estudiar la cuestión de límites, a fin de que los Estados Unidos estuviesen habilitados para adoptar "todas las medidas necesarias para resistir como una agresión deliberada contra sus derechos e intereses el apoderamiento por Gran Bretaña o el ejercicio de jurisdicción sobre territorio que la investigación hubiese

⁵¹ En ese documento el Secretario Olney, después de relatar los antecedentes y de afirmar que las pretensiones territoriales de Gran Bretaña en la Guayana aumentaban con el tiempo, manifestaba que "el gobierno de los Estados Unidos había demostrado claramente a Gran Bretaña y al mundo que la controversia existente comprometía a la vez su honor y sus intereses y que su subsistencia no podía ser mirada con indiferencia"; afirmaba que un Estado tiene el derecho de intervenir en una controversia que amenaza "de modo serio y directo su propia integridad, tranquilidad y bienestar"; expresaba, con referencia a la Doctrina de Monroe, que veinte años después de haber escrito Jorge Washington las recomendaciones abstencionistas del *Farewell Address*, la situación había cambiado: "La nación recién nacida había crecido grandemente en poder y recursos, había demostrado su fuerza en la tierra y en el mar, tanto en las contiendas armadas como en la prosecución de la paz, y había comenzado a asumir en este continente la posición directriz que le asignan el carácter de su pueblo, sus instituciones libres y la lejanía del escenario principal en que contienden los pueblos europeos"; declaraba Olney que "hoy los Estados Unidos son prácticamente soberanos en este continente y sus órdenes son ley en los asuntos a que dirigen su interposición", y agregaba que "todas las ventajas de esta superioridad podían peligrar súbitamente si se admitiera el principio de que las potencias europeas pueden convertir a los Estados americanos en colonias o provincias propias" . . . que "eran obvias las desastrosas consecuencias para los Estados Unidos de tal condición de cosas (la pérdida de prestigio de autoridad y de peso en los consejos de la familia de las naciones, serían las menores); nuestros únicos rivales en la paz y enemigos en la guerra hallaríanse situados en nuestras mismas puertas"; y finalmente advertía que la pretensión británica de considerar como propia una parte del territorio disputado y su negativa a dilucidar los títulos sobre la restante "sería interpretada como lesiva de los intereses del pueblo de los Estados Unidos y oprimiente por sí misma al desconocer una política ya establecida y con la cual están estrechamente identificados el honor y el bienestar de este país" (Moore, *Digest*, VI, 533-559).

determinado como perteneciente a Venezuela".⁵² Ambas partes suministraron a la referida comisión todos los antecedentes necesarios; pero, antes de que ella terminara su labor, Estados Unidos y Gran Bretaña llegaron a un acuerdo, según el cual la cuestión de límites de la Guayana sería sometida integralmente a un arbitraje. El tribunal, que se compuso de cinco juristas eminentes, dio su fallo sin hacer lugar a las pretensiones extremas de las partes. Sea cual fuese el resultado material del litigio, interesa señalar otras enseñanzas que se desprenden de aquella grave incidencia: la Doctrina de Monroe, invocada en ese caso por el gobierno de Washington, condujo desde luego a una solución satisfactoria del punto de vista de la justicia y de la paz internacional; pero los hechos que indujeron a aplicar la Doctrina de Monroe ponían en evidencia cómo ésta no era sino una regla política.

El 10 de abril de 1941, ante la ocupación de gran parte del territorio francés por Alemania, el Congreso de Washington sancionó una declaración —fundada en la "política tradicional" de los Estados Unidos y en los acuerdos interamericanos relativos a la convocación de una reunión de consulta en caso de que cambiara la jurisdicción sobre algún territorio no americano situado en el Continente, adoptados en Buenos Aires (1936) y en Lima (1938)— manifestando que "los Estados Unidos no reconocerían ninguna transferencia y no asentarían a ninguna tentativa de transferir región geográfica alguna del Hemisferio Occidental por una potencia no americana a otra potencia no americana" y que, sin perjuicio de otras medidas, consultarían con las demás repúblicas americanas "para determinar qué pasos adoptarían en salvaguardia de sus intereses comunes".⁵³ Era evidente que las principales reglas originarias de la Doctrina de Monroe —esto es, la no colonización futura y la no intervención por Estados europeos en América— comenzaban a asumir el carácter de un asunto de interés común, sin que ello significara, por supuesto, endosar las distintas formas de la referida doctrina.

Los antecedentes que acabamos de señalar —tanto los negativos como los positivos— demuestran que la Doctrina de Monroe estaba condicionada esencialmente por los factores de cada caso, por intereses diversos y cambiantes. Indudablemente, una doctrina, por más precisa que fuere, no es una regla rígida que deba ser aplicada ciegamente y con todo rigor; es menester que marche siempre a la par de los acontecimien-

⁵² *Ibidem*, VI, 576-579.

⁵³ Hackworth, *Digest*, V, 459-460.

tos, que sin eclipsarse se amolde a las nuevas situaciones y actúe como corresponda. Pero la doctrina legada por Monroe dejaba de ser aplicada en muchos casos y, aplicada o no, era utilizada como un instrumento meramente político.

4. La Doctrina de Monroe venía transformándose considerablemente, desde mediados del siglo XIX, por medio de "interpretaciones" o "corolarios" introducidos por algunos hombres de Estado, adquiriendo caracteres distintos a los originarios, y aun llegó a convertirse en instrumento de una política imperialista bajo los gobiernos de Teodoro Roosevelt, Taft y Coolidge.

La evolución se inicia en 1845-48 por obra del Presidente Polk. Teniendo en mira la oposición que el primer ministro francés Guizot, invocando la "política del equilibrio", enunciaba contra la anexión de Texas por los Estados Unidos y considerando a la vez la posibilidad de que Gran Bretaña se apoderase de California, también territorio mexicano entonces, manifestaba Polk en su mensaje del 2 de diciembre de 1845: "Debemos mantener siempre el principio de que los pueblos del continente americano tienen por sí solos el derecho de decidir su propio destino. Si una parte de ellos, constituyendo un Estado independiente, se propusiera unirse a nuestra Confederación, tratárase de una cuestión que debiera resolverse entre ellos y nosotros, sin ninguna interposición extranjera. Nunca podremos consentir que las potencias europeas se injieran para prevenir tal unión porque pudiese alterar el equilibrio de fuerzas que ellas deseen mantener en este continente".⁵⁴

¿Qué actitud adoptar si un territorio americano se ofrecía por sí mismo a una potencia europea para ser anexado? El problema presentábase tres años después: distintas facciones políticas mexicanas que luchaban en Yucatán, viéndose en serio peligro ante una insurrección de las masas indígenas que ellas habían armado, se dirigían a los gobiernos de Estados Unidos, España y Gran Bretaña solicitando su protección; ante esta perspectiva, el Presidente Polk expresaba al Congreso en mensaje del 29 de abril de 1848: "Aunque no me propongo recomendar la adopción de ninguna medida tendiente a adquirir el dominio y la soberanía de Yucatán, sin embargo, de conformidad con la política que hemos esta-

⁵⁴ Moore, *Ligest*, VI, 421.

blecido, no podremos consentir una transferencia de dominio y soberanía a España o a cualquier otra gran potencia europea".³⁵

En otros términos, si un territorio americano solicitaba ser incorporado a los Estados Unidos, nada tenían que observar las potencias europeas; pero si la petición dirigíase a una de éstas, el gobierno de Washington no podría consentir la anexión. Posiblemente este último aspecto del problema se ajustaba a la fórmula enunciada en 1823; pero la "interpretación Polk" iba mucho más lejos, puesto que abría paso a la expansión territorial de los Estados Unidos.

En 1871, el Presidente Grant, refiriéndose a una solicitud recibida del gobierno dominicano presidido por Báez para incorporarse a los Estados Unidos, manifestaba en mensaje de 5 de abril el deseo de proceder en consecuencia, porque "nuestras instituciones —decía— son suficientemente amplias para ser extendidas a todo el Continente tan pronto como sus pueblos deseen colocarse bajo nuestra protección". Pero el propósito no prosperó, pues fue desechado por el Congreso.

La "interpretación Polk" y la "interpretación Grant", aunque no tuvieron consecuencias materiales inmediatas, eran los síntomas más visibles que revelaban cómo la Doctrina de Monroe se transfiguraba: de fórmula puramente negativa y defensiva en su origen, pasaba a ser regla positiva y absorbente.

5. Durante el primer tercio del siglo XX, a consecuencia de la política imperialista desarrollada entonces por el gobierno de Washington, la Doctrina de Monroe llegó a ser un instrumento de intervención activa de su parte en algunos países del Caribe.

En 1902, a causa de reclamaciones no satisfechas, tres grandes potencias europeas —Alemania, Gran Bretaña e Italia— intervinieron por la fuerza en Venezuela. Resuelto el conflicto mediante sendos protocolos subscriptos bajo los auspicios del gobierno de Washington que sometían las reclamaciones al arbitraje, el Presidente Teodoro Roosevelt formuló un nuevo "corolario" de la Doctrina de Monroe, según el cual los Estados Unidos, a fin de prevenir intervenciones extranjeras, debían vigilar la conducta de los países latinoamericanos. "Todo lo que este país desea —manifestaba Teodoro Roosevelt el 6 de diciembre de 1904 en su mensaje anual al Congreso— es ver a los países vecinos estables, en orden y prósperos. Cualquier país cuyo pueblo se conduzca bien puede contar con nuestra cordial amistad. Si una nación evidenciare que sabe

³⁵ *Ibidem*, VI, 423.

actuar con razonable eficiencia y decencia en los asuntos sociales y políticos, si mantiene el orden y cumple sus obligaciones, no tiene por qué temer injerencia alguna proveniente de los Estados Unidos; pero la pertinacia en la inconducta lesiva o la impotencia que se traducen en un relajamiento general de los vínculos propios de la sociedad civilizada, pueden requerir finalmente, en América como en cualquier otra parte, la intervención de alguna nación civilizada y en el Hemisferio Occidental el apego de los Estados Unidos a la Doctrina de Monroe puede obligar a los Estados Unidos, aun contra su voluntad, en casos flagrantes de tal inconducta o impotencia, a ejercer funciones de policía internacional.” Y el hecho es que el gobierno de Washington, según se ha visto, intervino con fuerzas militares de ocupación en Nicaragua, Haití, República Dominicana y Honduras.⁵⁶

Tales hechos suscitaron grave inquietud en los países latinoamericanos. Aquello no era, ciertamente la doctrina enunciada por Monroe, el veto opuesto a la opresión absolutista, cuando el ilustre Presidente alzó su brazo en defensa de la libertad naciente en el sur del Hemisferio. Ante la política intervencionista, abiertamente declarada y ejecutada resueltamente —que en los propios Estados Unidos fue bautizada con los nombres significativos de “política del *big-stick*” y luego de “diplomacia del dólar”—, la alarma se manifestó repetidas veces en discursos, libros y otras publicaciones, que la criticaron acerbamente, y en un intenso debate que se produjo en la VI Conferencia Internacional Americana reunida en 1928 en La Habana. El ambiente continental, seriamente perturbado por aquellos “corolarios” y las reacciones opuestas, comenzó a serenarse al año siguiente, cuando el Presidente Hoover dispuso el retiro de buena parte de las fuerzas militares de ocupación, y quedó felizmente aclarado desde 1933, cuando el Presidente Franklin D. Roosevelt, habiendo terminado con las ocupaciones armadas en el Caribe, anunció en su discurso inaugural y mantuvo, con tanta lealtad como firmeza, lo que él mismo calificó de “política del buen vecino”.

⁵⁶ En 1912, ante el rumor de que una sociedad norteamericana se proponía transferir a una compañía japonesa de pesca cierta extensión de tierras en la bahía Magdalena (Baja California, México), apta para establecer una base naval, el Senado de Washington votó una resolución, presentada por el senador Lodge, expresando que si un puerto u otro lugar del continente americano estuviere situado de tal modo que su ocupación con fines navales o militares pudiere constituir una amenaza para las comunicaciones o para la seguridad de los Estados Unidos, éstos no podrían ver sino con grave preocupación que dicho puerto o lugar fuere poseído por una sociedad o asociación vinculada a un gobierno no americano en forma que prácticamente procurare a este gobierno facultades de control con fines navales o militares.

6. En algunos tratados concluidos en las primeras décadas del presente siglo aparece mencionada la Doctrina de Monroe. El artículo 21 del Pacto de la Sociedad de las Naciones expresó que "los acuerdos regionales, tales como la Doctrina de Monroe, que aseguran el mantenimiento de la paz, no se consideran incompatibles con ninguna de las disposiciones del presente Pacto"; y en varios tratados de arbitraje celebrados desde 1927 por Estados Unidos se estipuló que estaban excluidas de ese procedimiento "las cuestiones que afecten a la Doctrina de Monroe". La mención contenida en el artículo 21 del Pacto indujo a algunos países americanos —Honduras, El Salvador y Costa Rica— a requerir un esclarecimiento sobre el punto, pero no obtuvieron resultado concluyente; luego otros países —Argentina, México y Ecuador— declararon sucesivamente que la Doctrina de Monroe no constituye un pacto regional.³⁷

Es indudable que dicha mención se refiere a un concepto cuyo contenido y alcance no han sido definidos en ninguna estipulación internacional; y ellos no pueden inferirse tampoco de la práctica, siquiera con certidumbre relativa, pues ésta, según hemos visto, ha sido contingente y variable. Toda norma de derecho, sea consuetudinaria, legal o contractual, toda regla jurídica supone una definición en la que están contestes quienes se obligan a observarla. No ocurre así con la Doctrina de Monroe, porque ella no es sino una norma política y como tal responde a una

³⁷ El 28 de febrero de 1928, el Embajador José María Cantilo, representante argentino en el Comité de Seguridad y Arbitraje de la S.d.N., declaró, obedeciendo a instrucciones expresas, que "consideraba de su deber objetar, en nombre de la verdad histórica, la redacción del art. 21", agregando que "la Doctrina de Monroe constituye una declaración política de los Estados Unidos; que la política contenida en dicha declaración, oponiéndose en su tiempo a los propósitos de la Santa Alianza y alejando las amenazas de reconquista europea en América, nos prestó, en las horas iniciales de nuestra existencia y por una feliz coincidencia de principios, un gran servicio que reconocemos plenamente, y en este sentido ha hecho y hará siempre gran honor a los Estados Unidos, cuya historia política cuenta al servicio de la libertad y de la justicia tantas y tan bellas páginas; pero sería inexacto, es totalmente inexacto, como lo hace el art. 21 a modo de ejemplo, dar el nombre de pacto o acuerdo regional a una declaración política unilateral que nunca, que yo sepa, ha sido aprobada explícitamente por los demás países americanos".

El Congreso argentino, al autorizar la ratificación del Pacto de la S.d.N., consignó lo siguiente en el art. 5º de la ley respectiva 11.722, del 25 de septiembre de 1933: "Al comunicar esta ley a la Secretaría de la Sociedad de las Naciones, el Poder Ejecutivo hará presente que la República Argentina considera que la Doctrina de Monroe, mencionada por vía de ejemplo en el art. 21 del Pacto, es una declaración política unilateral, la cual prestó en su tiempo un señalado servicio a la causa de la emancipación americana, pero no constituye un acuerdo regional como lo expresa el mencionado artículo".

voluntad unilateral. Lo han declarado así de modo terminante, desde comienzos del presente siglo, los hombres públicos más autorizados de la Unión,⁵⁸ y finalmente el Secretario Hughes sintetizó esas vistas en un discurso pronunciado el 30 de agosto de 1923: "Puesto que la política inherente a la Doctrina de Monroe es fuera de duda la política de los Estados Unidos —decía—, el gobierno de los Estados Unidos se reserva su definición, su interpretación y su aplicación".

Esa norma política contiene en su seno un principio saludable. Fácil es descubrirlo cuando se la examina con la misma pureza de intenciones que inspiró al ilustre Presidente cuyo nombre lleva. Ese principio es la no intervención, el respeto a los derechos ajenos, así se trate de los fuertes como de los débiles. Puede y debe ser adoptado como norma básica por todos los Estados en sus relaciones internacionales. Por eso en años recientes todos los países americanos, ante ciertas amenazas graves contra su libertad e independencia, han estipulado acuerdos formales destinados a alejar actos futuros de intervención o de colonización en América, cualquiera que sea su procedencia;⁵⁹ pero esos acuerdos no importan homologar ninguna actitud que pretendiera ejercerse en nombre de la Doctrina de Monroe o contra ella.

⁵⁸ El Presidente Teodoro Roosevelt declaraba en un discurso el 2 de abril de 1903 que "la Doctrina de Monroe es un principio político y no forma parte del derecho internacional"; el Secretario Lansing, en discurso pronunciado el 25 de diciembre de 1915, expresaba que "la Doctrina de Monroe es una política nacional de los Estados Unidos y el Panamericanismo es una política internacional de las Américas"; el Presidente Wilson manifestaba en un discurso el 6 de enero de 1916 que "la Doctrina de Monroe fue proclamada por los Estados Unidos obrando en virtud de autoridad propia, y ha sido y será mantenida en virtud de autoridad propia". Y el Secretario Knox decía en diciembre de 1919 que "la Doctrina de Monroe no es un compromiso ni un acuerdo internacional; es una política de los Estados Unidos, que este país aplica cuando lo juzga conveniente, sin pedir permiso a nadie"; agregaba que "es una política de los Estados Unidos cuyo carácter preciso, amplitud, métodos y casos de aplicación, como también los medios para hacerla respetar, dependen solamente de la voluntad sin fiscalización de los Estados Unidos y son su prerrogativa soberana, y nosotros nos servimos de ella a medida de nuestras necesidades, nuestra voluntad y la fuerza de nuestras armas".

⁵⁹ *Infra*, núms. 509 y sigts.

Capítulo III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA VIDA DE RELACION INTERNACIONAL

47. NOCIONES GENERALES. — Muchos autores han difundido la noción de que existen ciertos “derechos fundamentales de los Estados” (también llamados esenciales, innatos, permanentes, etc.), que todo Estado posee y sin los cuales no podría subsistir porque caracterizan su personalidad jurídica internacional, y por lo tanto serían inviolables e inalienables; y a la vez llaman “derechos accidentales” (o también adquiridos, secundarios, derivados, contingentes, etc.) a otros que provienen de algún derecho fundamental, o bien de un tratado y algunos de la costumbre, todos los cuales estarían subordinados a los primeros por no ser substanciales para la vida del Estado y porque responden a intereses circunstanciales. El número y la naturaleza de los referidos “derechos fundamentales de los Estados” varían con los autores; pero han llegado a indicarse el derecho a la existencia, a la conservación, a la defensa, a la libertad, a la independencia, a la soberanía, a la jurisdicción, al respeto mutuo, a la igualdad, al intercambio, etcétera.

Correlativamente, algunos autores señalan la existencia de “deberes internacionales”, que los Estados se hallan obligados a cumplir so pena de exponerse a medidas de coerción; y aun se agrega que existen deberes de carácter moral, impuestos por la equidad, la cortesía o el sentimiento de humanidad. El número y la extensión de tales deberes jurídicos y deberes morales (también llamados, respectivamente, “perfectos” e “imperfectos”) evolucionan con el tiempo; a medida que se intensifica la interdependencia entre los pueblos, muchos deberes morales se transforman en jurídicos.

1. Desde comienzos del presente siglo, la doctrina, cuando se inspira en la “escuela positiva”, manifiéstase contraria a la admisión de los “derechos y deberes fundamentales de los Estados”. Considera que éstos son el resultado de un falso miraje, en el cual se refleja la escuela del Derecho Natural, y, según agrega, lo que induce a pensar que los Estados tienen derechos y deberes hacia los demás, es la noción del respeto a la personalidad internacional de cada uno.

No obstante, algunas instituciones científicas han elaborado sendas "declaraciones de los derechos y deberes de las naciones": el Instituto Americano de Derecho Internacional (Washington, 6 de enero de 1916) y la Unión Juridique Internationale (Paris, 11 de noviembre de 1919). Y los países americanos han consignado esos derechos y deberes en importantes estipulaciones contractuales: en la convención sobre derechos y deberes de los Estados (Montevideo, 1933), en la cual se expresa que la existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás y se establecen, en síntesis, la igualdad jurídica de los Estados, la no intervención, la no conquista territorial, la inviolabilidad del territorio, el principio de jurisdicción exclusiva dentro del territorio, etc.; y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos* que también contiene una serie de estipulaciones sobre "derechos y deberes fundamentales de los Estados" (Cap. IV, arts. 9º a 22).

En 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas encargó a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de una Declaración de derechos y deberes de los Estados, que ésta preparó en 1949. La Asamblea General recomendó el proyecto de declaración a la atención constante de los Estados Miembros, pero no fue aprobado como tal, pidiendo sólo comentarios de los Estados. Habiendo recibido pocas respuestas al pedido, la consideración del proyecto de declaración quedó aplazada *sine die*. El proyecto de 14 artículos no presenta mayores novedades frente a otras declaraciones ya mencionadas.¹

En 1970, la Asamblea General, luego de un interesante debate, comenzado en 1962, aprobó una importante "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas". Dicha Declaración enumera los siguientes principios: a) el principio de que los Estados 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; b) el principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia; c) la obliga-

¹ Para consultar su texto ver la publicación de Naciones Unidas "La Comisión de Derecho Internacional y su obra", pág. 73.

ción de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta; *d*) la obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme con la Carta; *e*) el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos; *f*) el principio de igualdad soberana de los Estados; *g*) el principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.

2. Es indudable que el hecho de la convivencia ha dado origen a ciertas normas y que estas normas han llegado a ser esenciales. La comunidad internacional está hoy organizada sobre la base de la coexistencia de los Estados independientes: cada uno se rige por sí mismo; pero, obligados a vivir en contacto permanente con los demás y haciéndose la convivencia cada vez más necesaria y estrecha, todos y cada uno de los Estados han venido a admitir en la práctica ciertos principios que se consideran fundamentales. No se trata, por supuesto, de derechos innatos, de atribuciones preexistentes, sino de normas básicas que la vida de relación ha ido concretando en la costumbre internacional hasta darles el carácter de principios reconocidos por todos como indispensables para su propia subsistencia individual y colectiva.

Podemos concluir, pues, que la vida de relación internacional está principalmente regida por los siguientes principios, que examinaremos en seguida: el principio de igualdad jurídica, el principio de identidad, el principio de respeto mutuo, el principio de defensa propia, el principio de intercambio y el principio de jurisdicción exclusiva.

48. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD JURIDICA. — Es inherente a la independencia del Estado que cada uno tenga, en principio, los mismos derechos y deberes que los demás. En otros términos, los Estados son jurídicamente iguales entre sí.

La igualdad jurídica de los Estados no significa igualdad económica y política, identidad de recursos materiales, ejercicio de influencia análoga en las actividades internacionales. Es un hecho que la potencialidad económica, el volumen de la población, la fuerza militar, la cultura alcanzada, el prestigio internacional, la extensión territorial difieren de un Estado a otro y también varían con el andar del tiempo. De esos factores, que obran en grado diverso, depende que unos Estados ejerzan mayor influencia política que otros. Pero, así como en el orden interno los individuos tienen aptitudes distintas, capacidad económica e influencia social variables y todos, sin embargo, están sometidos por igual a la

ley común, así también en el orden internacional los Estados, aunque poseen distinto grado de potencialidad y desarrollo, están regidos por la misma ley, son jurídicamente iguales ante el derecho. Esta igualdad es condición indispensable para que cada uno pueda desarrollar su vida sin perturbar a los demás y sin verse perturbado.

1. El principio de igualdad jurídica arranca de la Paz de Westfalia (1648), puesto que fue un acuerdo colectivo concertado sin tener en cuenta diferencia de confesión religiosa o de régimen político; arraiga en la doctrina por obra de Puffendorf y de Vattel y se afirma en la práctica internacional con la admisión de la libertad de los mares.

Sin embargo, el principio de igualdad jurídica no se ha asentado sino en los últimos tiempos. Hasta mediados del siglo XIX las normas del derecho internacional —que eran principalmente de carácter consuetudinario— regían tan sólo entre los Estados más importantes, es decir, los que integraban el “concierto europeo”. Desde aquella época, el círculo se ha ensanchado considerablemente y la práctica de las asambleas internacionales de carácter mundial o poco menos ha venido a consolidar aquel principio. En 1933, los Estados americanos consignaron la norma de la igualdad jurídica en el artículo 4º de la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados. El artículo 9º de la Carta de la O.E.A.* establece: “los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes”.

El Pacto de la Sociedad de las Naciones no contenía ninguna disposición referente a la igualdad jurídica. La Carta de Naciones Unidas* establece como uno de los Principios de la Organización en el artículo 2º, inciso 1º, que “está basada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros”. Sin embargo, el sistema adoptado en dicha Carta implica una grave regresión al establecer el artículo 27 que las decisiones del Consejo de Seguridad, en las cuestiones que no sean de procedimiento, requieren “los votos afirmativos de todos los miembros permanentes”, es decir, de China, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Unión Soviética. El voto negativo de uno solo de éstos impide que se adopte una decisión, aun cuando sea sostenida por todos los demás miembros de la Organización de las Naciones Unidas; y como ese “derecho al veto” —que así se lo denomina significativamente aunque no de modo oficial— pertenece tan sólo a cinco Estados miembros, se introduce el sistema de las “grandes potencias” confiriendo a cada una función decisiva. En caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión, las “grandes potencias” pueden impedir la aplicación de

sanciones contra ellas; de esta manera se crea un régimen de impunidad a su favor, que contradice el principio de la igualdad jurídica.

2. Como consecuencia del principio de igualdad jurídica, todos los Estados tienen el mismo derecho al respeto, de parte de los demás, de su personalidad moral, de su territorio, de sus bienes y de sus nacionales; y sin distinción de su potencialidad cada uno dispone de un voto en las asambleas internacionales. Además, el principio de igualdad jurídica significa igualdad de rango al alternar con otros Estados: así, el ceremonial diplomático y el ceremonial marítimo aseguran trato igual, sin preferencias enojosas, para los jefes de Estado, los representantes diplomáticos y los buques de guerra.

49. EL PRINCIPIO DE IDENTIDAD. — La existencia del Estado es independiente de las transformaciones que se operan con el tiempo en cualquiera de los tres elementos que lo constituyen: la población, el territorio y el gobierno. Las personas humanas desaparecen y son reemplazadas por otras; el territorio puede acrecer o disminuir, pero el Estado subsiste mientras la población o el territorio no desaparezcan por completo; el gobierno evoluciona, porque se cambian las personas que lo ejercen y a veces se pasa de un régimen político a otro distinto, y sin embargo tales transformaciones sólo importan modificar la manera en que los órganos se estructuran o funcionan, pero no alteran la personalidad jurídica del Estado. Esta personalidad es distinta de los individuos que forman la población del Estado y no depende de la extensión del territorio ni de la naturaleza o el régimen de su gobierno.

El Estado es el reflejo de la coexistencia de aquellos tres elementos esenciales, sean cuales fueren sus transformaciones sucesivas a través del tiempo; es una entidad ideal cuya vida aparece como ilimitada. Mientras no sea absorbido dentro de otro o no se disgregue por secesión total, el Estado perdura invariable no obstante las alteraciones que experimenten sus componentes individuales. La identidad del Estado es, pues, una característica inherente a su modo de ser.

1. Esta noción no fue extraña a los filósofos de la antigüedad. Según Isócrates y el Emperador Juliano, los Estados son imperecederos porque el pueblo es una asociación de partículas inseparables cuya coexistencia está asegurada por un soplo de vida espiritual, aunque sus componentes cambien poco a poco. Isócrates pone de relieve esta característica con una bella imagen: los ríos no pierden su nombre porque nuevas olas vienen constantemente a reemplazar a las que se desvanecen.

En la Edad Media desaparece esa noción, y las monarquías absolutas subsiguientes no la conocieron. Se consideraba que el rey no recibía la corona por herencia, sino en virtud de la consagración; y el soberano, no siendo un heredero, al ascender al trono no estaba obligado a hacerse cargo de los compromisos contraídos por su antecesor. Un sentimiento de honor o de equidad podía inducirle, desde luego, a cargar con las obligaciones internacionales y los compromisos financieros anteriores; pero, si no los confirmaba expresamente, ellos se extinguían con el soberano que los había pactado. Tal práctica, que entregaba los derechos al azar de la vida de un hombre, de ser aplicada inflexiblemente hubiera expuesto al Estado a graves conflictos. Fue así como apareció la distinción entre los "tratados personales" y los "tratados reales", entendiéndose que los primeros se extinguían con la persona que los había subscrito y los últimos, si no habían sido estipulados por un tiempo limitado, subsistían tanto como el Estado mismo. Más aún: desde comienzos del siglo XVIII, la noción de la identidad del Estado regía también en la generalidad de las monarquías absolutas.

La reacción se había iniciado en la doctrina. En 1625, al germinar la Revolución de Inglaterra que vino a abrir brecha en las monarquías de derecho divino, Grocio enunciaba el concepto de que el Estado tiene personalidad distinta de la persona del soberano e independiente de su existencia.²

2. El genio de Grocio no había hecho renacer una idea exótica ni extemporánea. La intuición política de los hombres que actuaron en la Revolución de Inglaterra los llevó a aplicar el principio quizás sin conocerlo. Cromwell, en 1649, no repudió los compromisos contraídos por

² "Poco importa —decía— cómo esté gobernado un pueblo, ya se trate de un gobierno real, múltiple o popular. El pueblo romano es siempre el mismo bajo los reyes, los cónsules y los emperadores... La autoridad soberana que reside en el rey como jefe, permanece en el pueblo, como el todo del cual el jefe es una parte; de manera que si llega a faltar el rey, cuando es electivo, o su familia, el derecho de soberanía retorna al pueblo". Y más adelante: "Un pueblo, después de haberse impuesto un rey, no deja de deber el dinero que debía cuando era libre. Es siempre el mismo pueblo y conserva la propiedad de las cosas que le pertenecían como tal; conserva también la soberanía, aunque ya no deba ejercerse por el cuerpo del Estado sino por el jefe" (*De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. IX, §§III-VIII). Y cuando estudia el alcance de los tratados reales y los tratados personales insiste todavía: "Aunque la forma de gobierno del Estado asumiese la de un reino, el tratado quedaría subsistente, porque el mismo cuerpo se mantiene aunque haya cambiado de cabeza, pues la soberanía ejercida por un rey no deja de ser la soberanía del pueblo" (*Ibidem*, lib. II, cap. XVI, § XVI).

Carlos I, a quien sucedió cuando éste fue ejecutado; y la dinastía de los Estuardos, restaurada en 1660 en la persona de Carlos II, reconoció la validez de los tratados celebrados por Cromwell durante su dictadura. De igual modo procedió Guillermo de Orange, sucesor de Jaime II, cuando éste fue destronado por la Revolución de 1688. La idea, cultivada después por los continuadores de Grocio, vino a recibir confirmación definitiva en los hechos.

La Revolución Francesa, impulsada por el ahinco demoledor del comienzo, no estuvo lejos de desconocer los tratados del antiguo régimen. En 1792 se alzaron voces en la Asamblea Nacional sosteniendo que la soberanía del pueblo no estaba ligada por los tratados de los tiranos. Pero la Revolución, sobreponiendo las conveniencias generales a las pasiones del momento, no tardó en comprender que otra debía ser la solución; operaba por no liquidar ni el tesoro ni el patrimonio de la realeza y no intentaba repudiar las deudas y compromisos subscritos por ella.³ La soberanía pertenecía al pueblo, y en nombre de éste hablaba la Revolución; corolario de ese principio, que habían propalado los filósofos del siglo XVIII, era la subsistencia de las obligaciones internacionales tanto como la vida del pueblo mismo, en continua renovación y perenne presencia. Si la Revolución quería salvar aquel principio, debía comenzar por no aniquilar éste, que era su consecuencia natural.

Después de Waterloo, el retorno de las casas reinantes a sus tronos dio vuelo a la reacción. Surgió entonces con el "principio de legitimidad" la idea de que los actos realizados por un gobierno sólo obligaban a otro cuando los poderes eran transmitidos regularmente. Sin embargo, también en esta oportunidad dominó el buen sentido: el Estado no era el rey sino la comunidad de la nación. Y ésta siguió subsistiendo a través de las vicisitudes de la Revolución, el Consulado y el Imperio. El tratado subscrito en París el 30 de mayo de 1814, encaminado a reglar la situación europea después de las guerras napoleónicas, contenía cláusulas por las cuales Francia reconocía las deudas contraídas por los gobiernos del Imperio en los países situados fuera del territorio francés y establecían que los futuros poseedores de los territorios que dejaban de pertenecer a Francia y los sucesores de los soberanos creados por Napoleón debían garantizar la propiedad de los bienes nacionales adquiridos a título one-

³ En cuanto a las obligaciones financieras, la Constituyente había proclamado el 17 de junio, el 13 de julio y el 27 de agosto de 1789 el respeto de los compromisos contraídos por los gobiernos anteriores, "colocando a los acreedores del Estado bajo la custodia del honor y de la lealtad de la Nación francesa".

roso y debían tomar a su cargo las deudas contraídas por la administración anterior. Inspirada en las mismas ideas, la Carta constitucional dictada en Francia en 1814 declaró, en su artículo 70, la inviolabilidad de todo compromiso asumido por el Estado con sus acreedores; y las leyes del 5 de diciembre de 1814 y 1º de mayo de 1825 mantuvieron, al regresar al país los antiguos propietarios, las ventas de bienes nacionales (bienes del clero y bienes de los emigrados) que habían realizado los gobiernos precedentes. En este mismo sentido, el Acta General del Congreso de Viena de 1815 al restaurar los poderes de la Santa Sede estableció en el artículo 103 que las adquisiciones hechas por particulares, en virtud de un título reconocido como legal por las leyes existentes en la época en que ellas se habían efectuado, debían ser mantenidas.

Desde entonces el principio de identidad del Estado se generaliza. Ya no es sólo Francia que lo reafirma copiando el artículo 70 de la Carta de 1814 en los artículos 61 y 14 de las Constituciones de 1830 y 1848; la conferencia reunida en Londres en 1830-31 para acordar las bases de la separación de Bélgica y Holanda expresa en el protocolo número 19, suscripto el 19 de febrero de 1831 por Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, que "según un principio de orden superior, los tratados no pierden su vigor, (cualesquiera que sean los cambios que se produzcan en la organización interior de los pueblos", y agrega que "los Estados sobreviven a sus gobiernos y las obligaciones imprescriptibles de los tratados a los que las contraen". De nada sirvió que Lamartine, ministro de la Segunda República, intentara negar carácter jurídico obligatorio —aunque declaraba que lo respetaría como situación de hecho— al tratado de Viena de 1815. Había consenso general en la práctica acerca de la identidad del Estado.

El mismo principio ha sido sostenido uniformemente por la doctrina de los autores en el siglo XIX y ha entrado en cierto modo en el derecho internacional positivo con la estipulación contenida en el artículo 11 de la convención interamericana sobre tratados (La Habana, 1928).

3. El gobierno de los Soviets, implantado en Rusia en 1917, intentando romper con dicha norma declaró nulas las obligaciones contraídas por los gobiernos anteriores y adoptó medidas de orden interno que importaban la confiscación de la propiedad privada, con lo que afectaba los derechos de los extranjeros. Estos actos originaron protestas formales de parte de los Estados extranjeros y fueron la causa principal —además de la amenaza que significaba el propósito enunciado por los Soviets de promover la revolución social en el exterior— para que aquéllos no

reconocieran a ese gobierno durante varios años. Pero ni la Unión Soviética ni los principales Estados extranjeros podían permanecer indefinidamente sin contacto. Se intentó primero resolver el problema en las conferencias de Cannes, Génova y La Haya, realizadas en 1922, pero en todas ellas se mantuvieron irreductibles las posiciones respectivas. La cuestión fue solucionada, a partir de 1924, por medio de acuerdos directos, en cuya virtud el gobierno de Moscú era reconocido formalmente y éste admitía en principio la validez de las obligaciones contraídas por los regímenes anteriores, quedando entendido que se realizarían luego los arreglos necesarios con ese fin.

50. EL PRINCIPIO DE RESPETO MUTUO. — Todo Estado debe respetar a los demás. Esta regla es una consecuencia de la soberanía que cada uno ejerce dentro de su territorio y del principio de la igualdad jurídica de todos los Estados; es por lo tanto común y se traduce en derechos y deberes recíprocos con relación a la integridad moral, a la integridad material y política y a la integridad jurídica del Estado.

1. La integridad moral del Estado exige que su buen nombre, así como el de sus órganos y funcionarios y los símbolos de la soberanía, esto es, la bandera y el escudo, sean respetados y honrados según lo ha establecido universalmente la costumbre.

2. En cuanto a la integridad material y política, el territorio y los bienes del Estado son inviolables. Los funcionarios de un Estado no pueden adoptar medidas de disposición con respecto a bienes de otro Estado. Las fuerzas terrestres o aéreas no pueden penetrar en territorio de Estado extranjero, salvo consentimiento expreso de éste;⁴ las fuerzas navales pueden transitar con ciertas restricciones por mar territorial extranjero, pero si desean entrar en puerto necesitan permiso previo en cada caso. Un Estado no debe servir de base para que los habitantes preparen o realicen actos contra el orden público o los intereses de otro país; aquél debe adoptar las disposiciones preventivas o represivas a su alcance para impedirlo, porque sólo él, y no el Estado amenazado o afectado, posee jurisdicción en el lugar.

3. El respeto a la integridad jurídica del Estado impide que los funcionarios de otro Estado ejerzan actos de jurisdicción en el territorio de aquél. Ese mismo respeto obliga a que las leyes, decretos, sentencias,

En 1919, la República Argentina suscribió con Bolivia y Chile sendos convenios por los cuales autorizábase recíprocamente a las fuerzas policiales del Estado vecino a cruzar la frontera persiguiendo delincuentes que no fuesen inculcados de delitos políticos, proceder a su captura y entregarlos a la autoridad local. Esos convenios no han sido ratificados.

notas diplomáticas, etc. de un Estado sean considerados por los demás como actos oficiales, una vez comprobados los requisitos de forma que bonifican el instrumento respectivo, y en consecuencia les asignen los efectos que les corresponda. Y en cuanto a los contratos que el Estado realice *jure gestionis* en el exterior para la provisión de empréstitos, materiales, buques, etc. —es decir, como actos jurídicos en que el Estado procede en carácter de persona del derecho privado y no como poder público—, debe reconocerse que el Estado tiene personalidad civil, pero en el ejercicio de esa capacidad está subordinado a la jurisdicción y a la ley local.⁵

4. La violación o el desconocimiento de los derechos y deberes recíprocos que anteceden originan, en principio, la responsabilidad internacional del Estado.

51. EL PRINCIPIO DE DEFENSA PROPIA. — Incumbe a cada Estado, en principio, preservar por sí mismo la propia subsistencia.

En virtud de esta norma —que algunos autores llaman “derecho de conservación” y otros “derecho a la existencia”—, el Estado, a fin de prevenir que se amenace su subsistencia, adopta las disposiciones que estima convenientes con respecto a la inmigración, al espionaje, la expulsión de extranjeros, la organización de sus fuerzas armadas y demás defensas militares, alianzas defensivas, etcétera.

La defensa militar tiene normalmente por medida las necesidades propias de cada Estado y como límite máximo las fuerzas de los demás. Cuando los preparativos militares exceden este límite, los otros Estados tienen el derecho de pedir amistosamente explicaciones y de adoptar las medidas adecuadas para contrarrestar cualquier peligro.

Después de la primera guerra mundial, se busca asegurar la independencia y la integridad territorial de los Estados por medio de órganos colectivos. A ello respondió, entre otros fines, el Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919)* y la actividad desarrollada inmediatamente para

⁵ El Código Civil argentino establece en el art. 34 que son personas jurídicas los Estados extranjeros y sus provincias o municipios. Regla análoga ha sido consignada en los tratados de derecho civil internacional suscriptos en Montevideo en 1889 y 1940 (art. 3°)* y en la convención interamericana sobre derecho internacional privado elaborada en La Habana en 1928 (art. 31); pero es de notar que en ambos convenios se deja a salvo la posibilidad de que el Estado local establezca limitaciones a los derechos que un Estado extranjero pueda adquirir como persona jurídica del derecho privado. La restricción tiene en mira especialmente la adquisición de inmuebles, que no es admisible sino para la sede de la representación diplomática.

organizar la "seguridad colectiva". El mismo propósito ha inspirado la creación, en 1945, de la Organización de las Naciones Unidas;* y en cuanto a los Estados americanos el Tratado de Rio de Janeiro del 2 de septiembre de 1947* y la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscripta en Bogotá el 30 de abril de 1948.*

1. Algunos autores germánicos llevaron a un extremo inadmisible el principio de defensa propia, sosteniendo que el Estado, cuando se estima en el caso de salvaguardar su integridad física o moral ante una amenaza seria para su subsistencia o sus intereses preponderantes, puede adoptar todas las medidas que crea necesario, sin tener en cuenta compromiso o consideración alguna. Entonces se encuentra en "estado de necesidad" (*Notstand*) y la necesidad no reconoce ley (*Not kent kein Gebot*). Claro está que tal fórmula sólo podría ser utilizada por el más fuerte; y, lo que es más grave, ha sido invocada con el propósito de cohonestar, en un momento dado, la violación de las obligaciones internacionales y aun para adoptar medidas extremas con carácter preventivo. Admitir que un Estado puede atribuirse tal derecho significaría introducir la arbitrariedad, la injusticia y la anarquía en las relaciones internacionales.

2. El derecho interno reconoce en todos los países organizados, el "derecho de legítima defensa", que autoriza al individuo a repeler por sí mismo una agresión usando de la fuerza. Pero ese derecho puede ejercerse solamente cuando concurren ciertas condiciones: el individuo se halla frente a vías de hecho y no ante un peligro posible o imaginario; el poder público está ausente y no habría de llegar a tiempo para impedir un grave daño, y finalmente la procedencia de la legítima defensa es determinada en cada caso por la decisión judicial que reprime las transgresiones.

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas (art. 51)* reconoce el derecho de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de esa organización, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

52. EL PRINCIPIO DE INTERCAMBIO. — Los pueblos no pueden vivir enclaustrados dentro de sus fronteras; por el contrario, desde mediados del siglo XIX se ha puesto en evidencia cómo el intercambio de hombres y de cosas es una necesidad común, impuesta por la facilitación de las comunicaciones y su corolario la especialización de la producción.

roso y debían tomar a su cargo las deudas contraídas por la administración anterior. Inspirada en las mismas ideas, la Carta constitucional dictada en Francia en 1814 declaró, en su artículo 70, la inviolabilidad de todo compromiso asumido por el Estado con sus acreedores; y las leyes del 5 de diciembre de 1814 y 1º de mayo de 1825 mantuvieron, al regresar al país los antiguos propietarios, las ventas de bienes nacionales (bienes del clero y bienes de los emigrados) que habían realizado los gobiernos precedentes. En este mismo sentido, el Acta General del Congreso de Viena de 1815 al restaurar los poderes de la Santa Sede estableció en el artículo 103 que las adquisiciones hechas por particulares, en virtud de un título reconocido como legal por las leyes existentes en la época en que ellas se habían efectuado, debían ser mantenidas.

Desde entonces el principio de identidad del Estado se generaliza. Ya no es sólo Francia que lo reafirma copiando el artículo 70 de la Carta de 1814 en los artículos 61 y 14 de las Constituciones de 1830 y 1848; la conferencia reunida en Londres en 1830-31 para acordar las bases de la separación de Bélgica y Holanda expresa en el protocolo número 19, subscripto el 19 de febrero de 1831 por Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia, que “según un principio de orden superior, los tratados no pierden su vigor, cualesquiera que sean los cambios que se produzcan en la organización interior de los pueblos”, y agrega que “los Estados sobreviven a sus gobiernos y las obligaciones imprescriptibles de los tratados a los que las contraen”. De nada sirvió que Lamartine, ministro de la Segunda República, intentara negar carácter jurídico obligatorio —aunque declaraba que lo respetaría como situación de hecho— al tratado de Viena de 1815. Había consenso general en la práctica acerca de la identidad del Estado.

El mismo principio ha sido sostenido uniformemente por la doctrina de los autores en el siglo XIX y ha entrado en cierto modo en el derecho internacional positivo con la estipulación contenida en el artículo 11 de la convención interamericana sobre tratados (La Habana, 1928).

3. El gobierno de los Soviets, implantado en Rusia en 1917, intentando romper con dicha norma declaró nulas las obligaciones contraídas por los gobiernos anteriores y adoptó medidas de orden interno que importaban la confiscación de la propiedad privada, con lo que afectaba los derechos de los extranjeros. Estos actos originaron protestas formales de parte de los Estados extranjeros y fueron la causa principal —además de la amenaza que significaba el propósito enunciado por los Soviets de promover la revolución social en el exterior— para que aquéllos no

reconocieran a ese gobierno durante varios años. Pero ni la Unión Soviética ni los principales Estados extranjeros podían permanecer indefinidamente sin contacto. Se intentó primero resolver el problema en las conferencias de Cannes, Génova y La Haya, realizadas en 1922, pero en todas ellas se mantuvieron irreductibles las posiciones respectivas. La cuestión fue solucionada, a partir de 1924, por medio de acuerdos directos, en cuya virtud el gobierno de Moscú era reconocido formalmente y éste admitía en principio la validez de las obligaciones contraídas por los regímenes anteriores, quedando entendido que se realizarían luego los arreglos necesarios con ese fin.

50. EL PRINCIPIO DE RESPETO MUTUO. — Todo Estado debe respetar a los demás. Esta regla es una consecuencia de la soberanía que cada uno ejerce dentro de su territorio y del principio de la igualdad jurídica de todos los Estados; es por lo tanto común y se traduce en derechos y deberes recíprocos con relación a la integridad moral, a la integridad material y política y a la integridad jurídica del Estado.

1. La integridad moral del Estado exige que su buen nombre, así como el de sus órganos y funcionarios y los símbolos de la soberanía, esto es, la bandera y el escudo, sean respetados y honrados según lo ha establecido universalmente la costumbre.

2. En cuanto a la integridad material y política, el territorio y los bienes del Estado son inviolables. Los funcionarios de un Estado no pueden adoptar medidas de disposición con respecto a bienes de otro Estado. Las fuerzas terrestres o aéreas no pueden penetrar en territorio de Estado extranjero, salvo consentimiento expreso de éste;⁴ las fuerzas navales pueden transitar con ciertas restricciones por mar territorial extranjero, pero si desean entrar en puerto necesitan permiso previo en cada caso. Un Estado no debe servir de base para que los habitantes preparen o realicen actos contra el orden público o los intereses de otro país; aquél debe adoptar las disposiciones preventivas o represivas a su alcance para impedirlo, porque sólo él, y no el Estado amenazado o afectado, posee jurisdicción en el lugar.

3. El respeto a la integridad jurídica del Estado impide que los funcionarios de otro Estado ejerzan actos de jurisdicción en el territorio de aquél. Ese mismo respeto obliga a que las leyes, decretos, sentencias,

En 1919, la República Argentina suscribió con Bolivia y Chile sendos convenios por los cuales autorizábase recíprocamente a las fuerzas policiales del Estado vecino a cruzar la frontera persiguiendo delincuentes que no fuesen inculpados de delitos políticos, proceder a su captura y entregarlos a la autoridad local. Esos convenios no han sido ratificados.

Cuando no existía tal situación y cada pueblo o comarca se bastaba para suplir sus limitadas exigencias, podían disertar los autores acerca de si los Estados tenían o no el derecho de mantener transacciones con otros; podían afirmar que el intercambio, el comercio, no era un deber sino una facultad de cada Estado. Hoy la verdad es que el intercambio reciproco no constituye un derecho ni un deber; es simplemente un hecho, una relación impuesta por la naturaleza de las cosas, y ese hecho, tanto más imperioso cuanto mayor es la importancia económica y política de un Estado, se convierte en utilidad reciproca y determina la cooperación internacional en múltiples terrenos. Por eso el intercambio se ha erigido en un principio de la vida de relación internacional.

El principio de intercambio asegura de modo regular la navegación marítima y aérea, la entrada y salida de viajeros y mercaderías, el reciproco envío de correspondencia postal y telegráfica y la difusión de radiocomunicaciones.

El conjunto del intercambio material de hombres y de cosas se traduce en el mantenimiento de relaciones comerciales. Hoy sigue a éstas, casi siempre, el mantenimiento de relaciones políticas mediante representantes diplomáticos permanentes. Pero no es indispensable que éstas se establezcan para que existan aquéllas.

El intercambio entre los Estados está reglado por el derecho interno y a menudo por los tratados. Se determinan así las condiciones de entrada, permanencia y salida de personas, buques, aeronaves, mercaderías, correspondencia, etc. Cada Estado puede limitar esos derechos siempre que ello no se oponga a los tratados; pero incurriría en un acto inamistoso y se expondría a medidas de retorsión o de represalia si los nulificase o estableciera restricciones discriminatorias hacia tales o cuales Estados.

53. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN EXCLUSIVA. — En uso de la soberanía, el Estado ejerce jurisdicción en su territorio terrestre, marítimo y aéreo con respecto a las personas y a las cosas que se hallan dentro de él de modo permanente o transitorio, ya sean nacionales o extranjeras. Esa jurisdicción —del mismo modo que el derecho de policía consiguiente— no admite la concurrencia de potestad análoga de parte de otro Estado; en otros términos, es exclusiva.

El principio de jurisdicción exclusiva no es absoluto, pues está sujeto a ciertas limitaciones. En primer lugar, determinadas entidades tienen “inmunidad de jurisdicción local”, es decir, están exentas de la aplicación de las leyes civiles y penales del Estado extranjero en que se hallan.

poseen esa inmunidad, en razón de la función que desempeñan, los jefes de Estado, los agentes diplomáticos, algunos altos funcionarios internacionales, los miembros que ocasionalmente integren el Tribunal de Arbitraje de La Haya y los jueces de la Corte Internacional de Justicia; igual exención rige, en razón de su destino, para las embajadas o legaciones, los buques de guerra, las aeronaves públicas, y también en cierta medida para los funcionarios consulares, los marinos militares y las fuerzas extranjeras que eventualmente se admitan en el territorio. Por otra parte, mediante su consentimiento expícito —establecido en el derecho interno o en los tratados—, los Estados admiten que los tribunales propios apliquen leyes extranjeras en ciertos casos relativos al derecho privado y permiten, en condiciones determinadas por la ley o los tratados, la ejecución dentro de su jurisdicción de sentencias extranjeras recaídas en litigios relativos al derecho privado, pero no así en juicios de carácter penal o fiscal.

1. La jurisdicción exclusiva que el Estado ejerce en su territorio ¿permite que sus tribunales entiendan en acciones judiciales en que sea parte un Estado extranjero?

Hasta fines del siglo XVIII, siendo los regímenes gubernativos monarquías absolutas, no se concebía que el Estado pudiera ser demandado ante sus propios tribunales, puesto que el Estado se confundía con la persona del soberano, y éste, por ser supremo, resumía todas las facultades y no era responsable ante el país. Usando la terminología actual, diríase que el soberano gozaba de inmunidad de jurisdicción.⁶

⁶ En Gran Bretaña regia desde tiempo inmemorial una máxima del derecho anglosajón según la cual "el soberano no puede causar daño" (*The King can do no wrong*), y en tal virtud el derecho consuetudinario había establecido que el Estado no podía ser demandado, salvo cuando otorgase su consentimiento expreso.

En los Estados Unidos aquella doctrina ha sido atenuada considerablemente. La Constitución había establecido en el art. III, sec. 2, que "el poder judicial se extiende a todas las controversias de derecho estricto o de equidad... en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y ciudadanos de otro... y entre un Estado, o los ciudadanos de ellos, y los Estados extranjeros, sus ciudadanos o súbditos". Pero en 1793, habiendo admitido la Suprema Corte Federal, en el caso "*Crisholm v. Georgia*", que un Estado de la Unión, en virtud de dicha cláusula constitucional, podía ser demandado por un particular residente en otro Estado, produjo en la opinión pública una reacción que determinó la sanción de la enmienda IX, vigente desde 1798, disponiendo que la Constitución no sería interpretada en el sentido de extenderse a las acciones fundadas en el derecho o en la equidad que iniciaran contra uno de los Estados Unidos los ciudadanos de otro Estado o los ciudadanos o súbditos de un Estado extranjero; y desde entonces los tribunales federales se declararon incompetentes para entender en acciones por responsabilidad civil contra el Estado, mientras éste no concediera expresa-

Esta inmunidad se extendió al plano internacional: un Estado no podía ser demandado ante los tribunales de otro, sin duda porque pesaban razones de conveniencia política, de utilidad práctica, que encontraron apoyo en una máxima jurídica: *par in parem non habet imperium*.

Sin embargo, desde mediados del siglo XIX ha venido modificándose la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales. En primer lugar, se estableció por obra de la jurisprudencia, en Gran Bretaña desde 1837 y luego en Francia y en los Estados Unidos, que los tribunales eran competentes para entender en los juicios en que un Estado extranjero presentábase como parte actora. Y desde las últimas décadas del mismo siglo se ha operado una evolución más honda, determinada por la jurisprudencia y la doctrina y concretada con cierto alcance en el derecho internacional positivo.

En 1891, el Instituto de Derecho Internacional (sesión de Hamburgo) indicó ciertos casos como únicos en que a su juicio son admisibles acciones judiciales contra un Estado extranjero; eran las acciones reales con respecto a cosas inmuebles o muebles situadas en el territorio; las acciones fundadas en el carácter del Estado extranjero como heredero o legatario de una persona o como derecho habiente en sucesión abierta en el territorio; las acciones relativas a un establecimiento comercial o industrial o un ferrocarril explotado por el Estado extranjero en el territorio; las acciones con respecto a las cuales el Estado extranjero reconozca la competencia del tribunal, o las que él inicie, o aquellas en que no oponga excepción de incompetencia, y las demandas reconventionales consiguientes; las acciones emanadas de contratos celebrados por el Estado extranjero en el territorio, cuando la ejecución completa de éste puede ser requerida según cláusula expresa del contrato o según la naturaleza de la acción; y las acciones por daños e intereses provenientes de un delito o cuasidelito cometido en el territorio. Exceptuábanse de la jurisdicción local las acciones emergentes de actos en que el Estado extranjero hubiese obrado como poder público, las acciones provenientes de un contrato celebrado por el actor como funcionario del Estado y

mente su consentimiento para ser sometido a juicio. Esta regla resultó demasiado rígida. Lo demuestra el hecho de que en 1855 se creó el Tribunal de Reclamaciones (*Court of Claims*), encargado de examinar los reclamos pecuniarios contra el Estado Federal y dictaminar a fin de que el Congreso adoptara en cada caso la medida que estimase necesaria; y en 1866 las facultades de este tribunal fueron ampliadas, pues se le dio jurisdicción para entender en las referidas cuestiones y dictar sentencias apelables ante la Suprema Corte Federal.

las acciones concernientes a deudas del Estado extranjero contraídas por suscripción pública.

La resolución del Instituto de Derecho Internacional sistematizaba ciertas relaciones jurídicas nuevas, que la jurisprudencia ponía de manifiesto desde 1879. En efecto, los tribunales de Bélgica y de Italia declarábase competentes para entender en varios casos en que el Estado extranjero demandado, procediendo como persona jurídica, había realizado operaciones de venta de guano, salitre, potasa, tabacos, etc., e igualmente cedían los tribunales de Alemania y de Austria en otros casos en que se trataba del ejercicio de derechos patrimoniales.

La situación se hizo más apremiante desde 1917 con motivo de la primera guerra mundial y después de ella. Algunos Estados realizaban actos de transporte marítimo y aun de comercio en territorio extranjero: aparecieron los "buques de Estado", pues el gobierno de Washington, ante la necesidad de mantener el intercambio exterior, requisó buques de bandera enemiga o neutral que se hallaban en puertos norteamericanos sin poder salir y la Unión Soviética confiscó los buques rusos de propiedad privada, y esas naves fueron dedicadas al transporte de mercancías; además la Unión Soviética instaló agencias comerciales en varias capitales europeas. Las actividades consiguientes originaron acciones judiciales a causa de contratos o de cuasidelitos, y los tribunales debieron pronunciarse sobre su competencia. La jurisprudencia fue al comienzo vacilante, sobre todo en casos concernientes a "buques de Estado", sin duda porque durante el curso de la guerra sus operaciones podían interpretarse como coadyuvantes en la conducción de las hostilidades; pero desde 1918 la jurisprudencia se afirmó en el sentido de considerar que se trataba de actos en que, dada su naturaleza, el Estado actuaba como persona jurídica del derecho privado, y en consecuencia se declararon sucesivamente competentes, en reiteradas ocasiones, los tribunales de Suiza, Francia, Rumania, Italia, Egipto, Grecia, Checoslovaquia, Suecia, etcétera.

Cuando la jurisprudencia era todavía contradictoria, el Comité Marítimo Internacional promovió el estudio de la materia; resultó de ello la convención colectiva subscripta en Bruselas el 10 de abril de 1926 referente a los "buques de Estado". Inspirada en la idea de que la circunstancia de tratarse de buques administrados por un Estado extranjero cede ante el hecho de que esos buques están afectados a operaciones comerciales y por lo tanto su condición jurídica debe asimilarse a la de los buques privados en las cuestiones emergentes o conexas con el ejercicio de aquel comercio, se acordó en la convención que los "buques de

Estado" y su cargamento quedan asimilados, en materia civil y comercial, a los buques privados y su cargamento, lo cual significa que están sometidos a ese respecto a la jurisdicción del Estado en que se hallan. La misma idea subyace en los artículos 21 y 22 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre mar territorial y zona contigua cuando aplica las reglas sobre paso inocente a los buques de Estado "explotados con fines comerciales".

La convención interamericana sobre derecho internacional privado, elaborada en La Habana en 1928, no se limita a los "buques de Estado": en ella se estipula (arts. 333 a 336) la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero cuando ha actuado como poder público; pero no así en los casos en que se ejercen acciones reales o mixtas y el Estado ha obrado como persona del derecho privado, ni en los juicios universales cualquiera que sea el carácter con que hubiere de actuar.

Podemos concluir que la inmunidad del Estado ante tribunales extranjeros se mantiene para los casos en que el Estado ha procedido como poder público (*jure imperii*); pero es notoria la evolución en la jurisprudencia —con cierta excepción y en los tribunales anglosajones—,⁷ y la evolución en la doctrina y en el derecho internacional positivo en el sentido de que el Estado puede ser llevado a juicio ante tribunales extranjeros con motivo de actos realizados en el carácter de persona del derecho privado (*jure gestionis*).⁸

⁷ Los tribunales británicos mantienen su jurisprudencia tradicional, contraria a admitir acciones contra Estados extranjeros; sin embargo, el panorama británico no puede considerarse totalmente claro pues jueces de la Cámara de los Lores, como el más alto tribunal, han expresado sus dudas sobre la teoría absoluta.

En los Estados Unidos la Corte Suprema afirmó en 1926 la teoría absoluta en el caso *S. S. Pesaro* (271 U.S. 562, 574; 1926). Dijo la Corte Suprema: "No conocemos ningún uso internacional que considere el mantenimiento y el progreso del bienestar económico de un pueblo en tiempo de paz, un propósito público menor o inferior al mantenimiento o entrenamiento de una fuerza naval". A pesar de esta decisión, no puede considerarse hoy a los Estados Unidos como militando en la teoría absoluta. Los Tribunales siguen desde 1943 las sugerencias del Departamento de Estado, que estableció claramente en 1952, en la llamada "*Tate Letter*", que dicho Departamento seguiría la doctrina restrictiva cuando un Estado extranjero solicitara inmunidad de jurisdicción.

En los países europeos de derecho continental la mayoría de los tribunales siguen la doctrina restrictiva.

⁸ El I.D.I. (sesión de Aix-en-Provence, 1954), entendiendo que desde la sesión de Hamburgo (1891), habíanse planteado nuevas cuestiones en lo concerniente a la jurisdicción de los tribunales en asuntos en que sean parte Estados extranjeros, adoptó una

Por otra parte, el Estado puede consentir en ser sometido a juicio ante un tribunal extranjero. El consentimiento es expreso cuando el Estado ha estipulado en un contrato que las divergencias que surjan con respecto a su cumplimiento serán decididas por determinado tribunal extranjero; es implícito cuando el Estado inicia una acción ante tribunal extranjero; y es tácito si, al ser demandado, no pone excepción invocando inmunidad de jurisdicción o contesta la demanda planteando reconvencción. Debe observarse que el hecho de que un Estado extranjero se presente ante un tribunal como parte actora implica la posibilidad de que sea contrademandado; pues el que emprende una acción judicial se expone a que la parte contraria, ejerciendo el derecho de defensa, le oponga a su vez las acciones que posea contra él en lo que se refiere a ese mismo asunto.⁹

Es obvio que el ejercicio de la jurisdicción significa que el Estado, mientras actúa ante un tribunal extranjero como actor o como demandado, está sometido a ese efecto a las leyes locales, tanto en el fondo como en la forma del proceso.

Las subdivisiones políticas de un Estado extranjero —provincias, municipios, etc.— que no son Estados soberanos conforme al derecho internacional no gozan de inmunidad de jurisdicción. Esta es la jurisprudencia de Italia, Bélgica, Francia, etc. Sin embargo algunos tribunales norteamericanos han sostenido la inmunidad de jurisdicción de subdivisiones políticas extranjeras, sobre la base de que su posición es análoga a la de los Estados dentro de los Estados Unidos.¹⁰

Otro problema es el de las dependencias administrativas internas. Cuando la dependencia del Estado es un Ministerio o departamento llevando a cabo claramente una actividad pública, la inmunidad es con-

resolución que se basa esencialmente en la circunstancia de que el Estado extranjero haya procedido como poder público o como persona privada, estableciendo para el primer caso la improcedencia de la jurisdicción del tribunal y para el segundo la procedencia, y expresando que la cuestión de saber si un acto no es de poder público debe determinarse por la *lex fori* (arts. 1º y 3º). En la misma resolución el I.D.I. manifiesta que los tribunales no pueden conocer en litigios con respecto a un Estado extranjero cuando ellos se refieran a deudas contraídas por éste, por vía de un empréstito público, en el territorio del Estado en que se promueven las acciones judiciales (art. 4º).

⁹ I.D.I. (*Aix-en Provence*, 1954), art. 2º.

¹⁰ Sullivan v. State of São Paulo, 122, *F. ad.* 355 (1941).

cedida. Si se trata de dependencias dedicadas a realizar actos de naturaleza comercial, la doctrina se inclina por no reconocer inmunidad.¹¹

¹¹ En la República Argentina, el Código Civil, vigente desde 1870, establece en su art. 34 que los Estados extranjeros, sus provincias o municipios son personas jurídicas. El art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58 expresa lo siguiente: "No se dará curso a la demanda contra un Estado extranjero sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio". El decreto-ley 9015/63, modificó el sistema existente, introduciendo el concepto de reciprocidad. La inmunidad de jurisdicción es reconocida, siempre que el Estado extranjero proceda en igual forma. Basta la declaración del Poder Ejecutivo sobre la inexistencia de reciprocidad, para que la acción proceda. Este decreto-ley agregó al art. 24 lo siguiente: "Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina, se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad cuando el país extranjero modifique sus normas al efecto".

La jurisprudencia de los tribunales argentinos antes de 1950 y sin otra norma legal que el art. 34 del Código Civil, ha sentado algunas reglas importantes.

La Corte Suprema ha expresado en varias ocasiones que los Estados extranjeros están exentos de la jurisdicción argentina, salvo que se sometieran voluntariamente a ella. En el asunto entablado por el Ministro Plenipotenciario de Chile contra Carlos Porta, por nulidad de venta del buque *Aguila*, la Corte dijo que el contrato de compraventa en cuestión había sido concluido y había debido tener y tuvo conclusión en la República; recordó luego las disposiciones de los arts. 1209 y 1215 del Código Civil respecto a los contratos que deben ser cumplidos en la República y señaló: "que actuando el Gobierno de Chile en esta causa por medio de su representante diplomático en la Nación, el cual ha ofrecido y obligado su responsabilidad personal en ella, es de aplicación la disposición de los arts. 101 de la Constitución y 1º inc. 3º de la ley del 14 de septiembre de 1863". La Corte se declaró competente y ordenó el traslado de la demanda (*Fallos de la Corte Suprema*, t. 47, pág. 248). En el caso que ni los arts. 100 y 101 de la Constitución, ni el art. 1º de la ley 48 atribuyen jurisdicción al tribunal en demandas contra un gobierno extranjero, ni que esto era tampoco posible de acuerdo con los principios del derecho internacional público que proclamaba "la extraterritorialidad y la independencia jurisdiccional de las respectivas soberanías"; la Corte se negó a entender en el caso, basándose exclusivamente en disposiciones de derecho interno, a saber, el art. 101 de la Constitución y la ley 48 (*Ibidem*, t. 79, pág. 124). En 1916, en el caso "*Baina y Bessalino v. Gobierno del Paraguay*" el Procurador General de la Nación se refirió al caso anterior y otra vez invocó el derecho internacional público; la Corte reiteró su jurisprudencia anterior y basó su decisión en la Constitución al expresar que un Gobierno extranjero no puede ser llevado a juicio ante tribunales extranje-

Cuestión no resuelta en el derecho internacional es la de saber si la sentencia dictada contra un Estado extranjero puede originar medidas de ejecución y si en el juicio pueden decretarse contra él medidas conservatorias o precautorias de naturaleza procesal. Según disposiciones de derecho interno dictadas en Italia y Suiza en 1925-26, el punto ha sido decidido por medio de la reciprocidad; pero en otros países los tribunales han entendido que la sentencia contra un Estado extranjero aunque el juicio se haya desarrollado con el consentimiento de éste, no autoriza a adoptar medidas judiciales conservatorias o precautorias.¹² Quizás la

ros sin su consentimiento y agregó que el juez de sección debe transmitir la demanda por intermedio del Poder Ejecutivo Nacional al representante del Estado demandado, quien declinará o aceptará, a su elección, la jurisdicción (*Ibidem*, t. 123, pág. 58). También en 1916, la Corte en el caso "*Fisco Nacional c. Rodolfo Mones Cazón*", tuvo oportunidad de referirse al tema, pues el demandado aducía representación del Gobierno del Paraguay y el Procurador Fiscal solicitó al juez que citara a dicho gobierno para que hiciera alguna manifestación. La Cámara Federal no hizo lugar a lo solicitado, recordando la inmunidad de jurisdicción, pero la Corte declaró que este principio no es incompatible con la comparecencia voluntaria en juicio de un Estado extranjero y mencionó la posibilidad de que dicho Estado sea demandable, conforme con los arts. 32, 34 y 42 del Código Civil y el art. 100 de la Constitución, quedando a su arbitrio aceptar o no la jurisdicción. La Corte agregó que consideraba principio elemental de la ley de las naciones que un Estado soberano no puede ser sometido a la potestad jurisdiccional de los tribunales de otro, lo que no se opone a su comparendo voluntario" (*Ibidem*, t. 125, pág. 58). Esta jurisprudencia fue mencionada en los considerandos del decreto-ley 1285/58)

Y en particular la Corte ha declarado lo que sigue:

1º) Con respecto a los actos que ha realizado como poder público, el Estado extranjero no puede ser demandado: Cámara Federal, 2 de junio de 1937 (*Jur. Arg.*, t. 58, pág. 746); Corte Suprema de Justicia Nacional, 16 de julio de 1937 (*Ibidem*, t. 59, pág. 20).

2º) Con respecto a los actos realizados como persona jurídica, el Estado extranjero puede a su arbitrio aceptar o declinar la jurisdicción: Corte Suprema de Justicia Nacional, 8 de junio de 1899 (*Fallos*, t. 79, pág. 125); 26 de febrero de 1916 (*Fallos*, t. 123, pág. 59); 28 de diciembre de 1916 (*Fallos*, t. 125, pág. 48).

3º) El Estado extranjero demandado puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción y deducir sus acciones ante tribunales argentinos: Corte Suprema de Justicia Nacional, 20 de febrero de 1892 (*Fallos*, t. 47, pág. 252); 30 de julio de 1924 (*Fallos*, t. 141, pág. 129); Cámara Civil Primera, 5 de junio de 1940 (*Jur. Arg.*, t. 71, pág. 398).

4º) Cuando se trata de reconvencción, tercera o demanda incidental y conexa, el Estado extranjero no puede invocar inmunidad de jurisdicción: Corte Suprema de Justicia Nacional, 30 de abril de 1895 (*Fallos*, t. 59, pág. 280).

¹² En Gran Bretaña y hasta hace poco tiempo en los Estados Unidos no se permitía la aplicación de medidas conservatorias a un Estado extranjero. El Departamento de Estado modificó su posición en 1959 señalando que "como bajo el derecho internacional un gobierno extranjero no está inmune de ser demandado, el embargo de su propiedad con el

mayoría de los países admita la inmunidad de jurisdicción, aun cuando se trate de actividades comerciales. Tal es la jurisprudencia de Francia, Estados Unidos e Inglaterra. Otros, tales como Suiza y Bélgica, han sostenido posición diferente. En el caso de Suiza, es necesario el consentimiento del Consejo Federal antes de ejecutar una sentencia contra un Estado extranjero.

El Consejo de Europa preparó, en 1972, la Convención Europea sobre inmunidad del Estado y un protocolo adicional, que enumera los casos en que no se aplica dicha inmunidad, pero sobre la base que el Estado no debe responder, en cuanto a las actividades que le sean propias.

Asignar a la sentencia carácter declarativo y no ejecutivo resulta injusto porque destruye la igualdad jurídica de las partes, que es inherente al proceso judicial; más aún, aparece chocante cuando el Estado extranjero se ha allanado a ser demandado o cuando él mismo ha iniciado la acción. La fórmula que se basa en la reciprocidad parecería razonable, puesto que las inmunidades de los Estados extranjeros, aunque fundadas en la independencia de cada uno, son un reflejo de la cortesía internacional y ésta implica tratamiento igual y recíproco; sin embargo, la reciprocidad es un expediente no siempre aplicable en la práctica y jurídicamente resulta método impropio para resolver el problema, pues presupone la subsistencia de Estados que disienten con la adopción de tales medidas coercitivas. La solución puede encontrarse admitiendo la ejecución de la sentencia, así como la adopción de medidas conservatorias o precautorias, siempre que se concreten a la cosa material que es objeto o causa del litigio, pues con esta limitación no peligra la existencia del Estado, que es el argumento en que se fundamenta la imposibilidad de ejecutar sentencias contra el Estado.¹³

2. La doctrina del "acto de Estado" es una creación de la jurisprudencia norteamericana, con ciertas bases anteriores en la jurisprudencia

propósito de obtener jurisdicción no está prohibido. En muchos casos, no se puede obtener jurisdicción de otra manera" (*Stephen v. Ziunostenska Banka*, 222 N.Y.S. 2d. 128, 1961).

¹³ En sentido aproximado, el I.D.I. expresa lo que sigue en el art. 5º de su resolución de Aix-en-Provence (1954): "No puede procederse ni a la ejecución forzosa, ni a embargo conservatorio, sobre bienes de propiedad de un Estado extranjero, si están afectados al ejercicio de su actividad gubernativa que no se refieran a una explotación económica cualquiera."

británica y fue enunciada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1897, en el caso *Underhill v. Hernández*, cuando dijo: "Todo Estado soberano está obligado a respetar la independencia de todo otro Estado soberano y los tribunales de un país no pueden entrar a juzgar los actos de gobierno de otro, que han tenido lugar en su territorio. La reparación de los agravios ocurridos en virtud de estos actos debe ser obtenida por los medios abiertos a los poderes soberanos entre sí".¹⁴ Esta doctrina parece haber surgido al extender la inmunidad personal de jurisdicción de soberanos extranjeros a sus actos de gobierno.

Las fuentes de la norma por la que los actos de un Estado, llevados a cabo en su territorio, no pueden ser juzgados en tribunales de otro Estado, puede encontrarse en normas reconocidas de derecho internacional privado o, en los países anglo-sajones, en esta doctrina jurisprudencial del "acto de Estado" o del "acto soberano", como lo llaman los británicos, pero es difícil afirmar que el derecho internacional público consuetudinario haya aceptado que un Estado está obligado a reconocer la validez de los "actos de Estado" de un Estado extranjero.¹⁵

"Recientemente la doctrina del "acto de Estado" ha sido objeto de amplio análisis en los Estados Unidos, con motivo del fallo de la Corte Suprema de ese país en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398, 1967), en que se discutió si esta doctrina impedía el juzgamiento de un "acto de Estado" cuando se invocaba que dicho acto violaba el derecho internacional. La Corte se rehusó a reconocer esta excepción y en parte se basó en que no existían notas reconocidas en derecho internacional sobre nacionalización y confiscaciones. Sin embargo, la Corte aclaró que decidía que sólo el Poder Judicial no podía examinar la validez de una expropiación dentro de un territorio extranjero. Como consecuencia de esta decisión que fue muy discutida, se enmendó la *Foreign Assistance Act* de 1964, disponiendo que ningún Tribunal norteamericano podía negarse a establecer los méritos de un caso en que los argumentos de una de las partes se basasen en la confiscación por un Estado extranjero, en violación del derecho internacional y ocurrido después del 1º de enero de 1959, salvo que el Poder Ejecutivo informe a la Corte que tiene interés en la aplicación de la doctrina del "acto de Estado" (78 *Stat. at. L.* 1013).

¹⁴ *Vid.* Oppenheim's, *International Law*, VIIth Edition, London, 1955, pág. 267, que dice "No hay probablemente ninguna autoridad judicial internacional que apoye la propuesta que el reconocimiento de actos oficiales extranjeros está afirmativamente establecida en Derecho Internacional". El *Manual of International Law*, editado por Sorensen, New York, 1958, llega a esta misma conclusión analizando jurisprudencia nacional de varios Estados, en el caso de nacionalizaciones que han tenido lugar en este siglo en la Unión Soviética, México, Indonesia y muy particularmente Irán.

Sin embargo, parte de la doctrina británica sostiene que en el caso de una demanda o querrela contra un individuo en su carácter de agente de un Estado extranjero, la doctrina del "acto de Estado" es un corolario del principio de inmunidad de jurisdicción y en consecuencia es una norma establecida del derecho internacional. Akenhurst, M., *A Modern Introduction to International Law*, Second Edition, London, 1973, pág. 71.

Capítulo IV

EFFECTOS JURIDICOS DE LAS TRANSFORMACIONES EN EL TERRITORIO DEL ESTADO (SUCESSION DE ESTADOS)

54. NOCIONES GENERALES. — Ciertas transformaciones en el dominio territorial y como consecuencia en la población de un Estado, repercuten en los derechos y en las obligaciones internacionales, porque la unidad y la continuidad del Estado quedan destruidas totalmente cuando aquél desaparece como entidad por el hecho de haberse fraccionado en varios o fusionado con otro, y quedan destruidas en parte cuando una porción de territorio se separa por cesión, anexión parcial o secesión.

En todas esas situaciones plantéanse varios problemas, que se refieren principalmente a la subsistencia de los tratados, de la deuda pública, de la nacionalidad, etc. Esos problemas han tenido en la práctica soluciones diversas, que generalmente se han adoptado en los tratados de paz, y fuera de ello la doctrina señala conclusiones no siempre concordantes.

En un comienzo, la doctrina buscó resolver aquellos problemas aplicando por analogía las normas que rigen a las sucesiones en el derecho privado, y es así como expresó que todos los derechos y obligaciones del Estado desaparecido o desmembrado pasan al Estado sucesor.

No es posible aplicar por analogía y de modo absoluto las reglas del derecho privado. El Estado, a diferencia de las personas humanas, es una entidad cuya vida no está limitada a plazo relativamente breve; además, no se trata, como en las sucesiones civiles, de un asunto de patrimonio sino de soberanía, y ésta, si bien puede extinguirse, no es susceptible de transmisión; finalmente, los problemas que plantean las transformaciones territoriales provienen de dos hechos de alcance distinto: la extinción del Estado, como consecuencia de su fraccionamiento o de su absorción por otro, y la desmembración de una parte de su territorio. Es preferible, pues, hacer abstracción de las reglas que rigen la sucesión en el derecho privado y examinar objetivamente cada problema.

55. EN LOS TRATADOS. — Con motivo de la reciente incorporación a la comunidad internacional de numerosos nuevos Estados como consecuencia del fin de la era colonial, la sucesión en materia de tratados se ha presentado en diversas oportunidades en los últimos tiempos. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, teniendo en cuenta esta práctica, preparó, luego de varios años de trabajo, un proyecto de artículos que presentó a consideración de la Asamblea General en 1974 y que puede tenerse como la expresión más autorizada del derecho internacional contemporáneo sobre este tema.¹

El proyecto define la sucesión de Estados a los efectos del articulado como "la substitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales del territorio". Se deja de lado toda connotación de transmisión de derechos u obligaciones al ocurrir tal hecho.

1. En el caso de un Estado nuevo, cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor, la regla general es, de acuerdo con la práctica, que dicho Estado no está obligado a mantener en vigor un tratado o a pasar a considerarse parte de él, por el solo hecho de que en la fecha de la sucesión el tratado esté en vigor en el territorio. Es decir el nuevo Estado, antes dependiente, no tiene la obligación de considerarse parte en los tratados de su predecesor, lo que necesariamente no significa que no tenga derecho a considerarse parte de los mismos, si lo estima conveniente. La mayoría de la doctrina, de acuerdo con esta práctica, concuerda que los Estados nuevos comienzan su vida internacional con las manos libres en materia de tratados, salvo los que se refieren a obligaciones "localizadas" o "reales". Esta doctrina tradicional ha sido denominada "tabla rasa" (*clean slate*).

En cuanto al derecho a participar en un tratado del que era parte su predecesor, hay que distinguir entre tratados multilaterales y bilaterales. En el caso de los multilaterales el Estado de reciente independencia podrá mediante una mera notificación de sucesión hacer constar su calidad de parte. En el caso de los bilaterales es necesario que se acuerde expresamente, o se deduzca de la actitud de las partes que el tratado está en vigor entre el Estado nuevo y el otro Estado parte.

¹ United Nations, General Assembly, 29 th. Session, *Report of the International Law Commission on the work of its 26 th. Session*, 1974, págs. 4-108.

Durante el proceso de descolonización de la posguerra se celebraron acuerdos entre el Estado predecesor y el sucesor procurando establecer una disposición para transmitir obligaciones y derechos derivados de tratados anteriormente aplicables al territorio correspondiente. Dichos acuerdos se conocen como "acuerdos de transmisión" (*devolution agreements*). Esta práctica se siguió particularmente con los territorios bajo administración británica, así como entre Italia y Somalia y Países Bajos e Indonesia; Francia sólo lo hizo con Cambodia, Viet Nam y Marruecos. Este tipo de acuerdos debe ser examinado a la luz de las disposiciones del derecho general sobre los tratados y los terceros Estados. Sobre la base que en derecho internacional el acuerdo de una parte en un tratado, por el que se ceden los derechos y las obligaciones derivados del mismo, no puede obligar a ninguna otra parte del mismo sin su consentimiento, se ha estimado que dichos "acuerdos de transmisión" son mera indicación de las intenciones del Estado de reciente independencia y *res inter alios acta* en sus efectos con relación a terceros Estados. En consecuencia, las obligaciones o los derechos de un Estado predecesor que surjan de tratados en vigor respecto a su territorio al tiempo de la sucesión, no pasarán a ser obligaciones o derechos de dicho Estado para con otros Estados partes en esos tratados, por el solo hecho de que se haya celebrado un acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado sucesor, en el que se disponga que tales derechos y obligaciones se transmitirán al Estado sucesor.

Otra práctica que se ha seguido durante el proceso de descolonización es la declaración unilateral de Estados de reciente independencia, en la que han expuesto su posición respecto a los tratados que se aplicaban en su territorio. Tanganika, hoy Tanzania, envió, por ejemplo, en 1961 al Secretario General de las Naciones Unidas una nota en la que manifestaba que durante dos años, a condición de reciprocidad, Tanganika aplicaría provisionalmente los tratados bilaterales, hasta decidir en dicho plazo si los consideraría terminados conforme con las normas del derecho internacional consuetudinario; respecto a los multilaterales se examinarían instrumento por instrumento para adoptar las medidas correspondientes para su terminación, sucesión o adhesión. Zambia, en 1965, hizo una declaración de tipo general en el sentido de que mientras un tratado no se considere caducado, se presume que Zambia ha aceptado la sucesión respecto a cada uno de los tratados. En esencia, estas declaraciones contienen, en general, una obligación del Estado declarante, con carácter de reciprocidad, de que los tratados del predecesor se continuarán aplicando hasta que se fije la posición a cada tratado en

particular. Juridicamente estas declaraciones pueden considerarse como un acuerdo en forma simplificada para la aplicación provisional de los tratados, que puede ser expresa por la aceptación en tal forma del otro Estado, o tácito, de acuerdo con la conducta de las partes de considerarlo en vigor. En consecuencia, el efecto jurídico de estas declaraciones con respecto a terceros Estados, es similar al de los "acuerdos de transmisión".

2. En el caso de traspaso de un territorio a la soberanía de otro Estado ya existente, los tratados del Estado predecesor dejarán de estar en vigor respecto a ese territorio a partir de la fecha de la sucesión y entrarán en vigor los tratados del Estado sucesor. Esto se denomina la norma de la "movilidad del ámbito territorial del tratado". Sucedió, por ejemplo, en relación a Yugoslavia y los tratados celebrados anteriormente por Serbia y al extender a Eritrea, al incorporarse a Etiopía, en 1952, los tratados de que era parte esta última.

3. En caso de unificación de dos o más Estados para formar un solo Estado, como la unión de Egipto y Siria en 1958 para formar la República Árabe Unida, que luego se disolvió y la unión de Tanganika y Zanzíbar, para formar Tanzania, en 1964, la práctica y la doctrina concurren en que se aplica el principio de la continuidad *ipso jure* de los tratados que hubieren estado en vigor entre cualquiera de los Estados que se unen y los otros Estados partes en él, siempre que sean compatibles con la situación resultante de dicha unión.

Teniendo en cuenta el ámbito territorial, conforme con sus propias estipulaciones, el tratado sólo tendrá fuerza obligatoria en relación con la parte del territorio del Estado sucesor respecto de la cual estaba en vigor a la fecha de la unificación, salvo que se notifique que el tratado tiene fuerza obligatoria en la totalidad del territorio unificado.

4. En el caso de disolución de un Estado, para pasar a ser Estados distintos, independientes y separados con extinción del anterior, se puede concluir que la norma estipula que los tratados en vigor en la fecha de la disolución permanecerán en vigor *ipso jure* respecto de cada uno de los Estados resultantes de la disolución, salvo que su aplicación sea incompatible con la nueva situación surgida. Si el tratado se celebró respecto a una parte determinada del territorio que haya pasado a ser un Estado distinto, continuará en vigor respecto de este solo Estado. Entre dichas disoluciones puede mencionarse la de la unión de Noruega y Suecia en 1905, la extinción del imperio Austro-Húngaro en 1919 y el retiro de Siria de la República Árabe Unida dos años después de su formación.

5. En el caso de la separación de parte de un Estado para formar un Estado distinto, la práctica indica que los tratados no continúan en vigor *ipso jure* respecto del territorio separado y deben aplicarse las normas de la sucesión en caso de Estados nuevos. El Estado predecesor continúa obligado respecto al territorio restante. El Estado nuevo se rige, pues, por la regla de la tabla rasa. Esto ocurrió en el caso de la separación de Paquistán de India Británica y de Bangladesh respecto de Paquistán. La práctica ha sido muy terminante en cuanto a los tratados constitutivos de los organismos internacionales y la condición de miembros de dichos organismos. También sucedió cuando la separación de Panamá de Colombia en 1903 y de Irlanda de Gran Bretaña en 1922.

6. El régimen de la sucesión de los tratados llamados "territoriales", "localizados", "dispositivos" o "reales", es controvertida en doctrina. Nos referimos a los muy importantes tratados referentes a fronteras internacionales, derechos de tránsito por vías navegables internacionales o por pasos terrestres, el aprovechamiento de ríos internacionales, etc. La mayoría de los autores concuerda, sin embargo, en que los tratados de carácter territorial no son afectados por la sucesión de Estados. La Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció, en el caso de las Zonas Francas de la Alta Saboya y el Distrito de Gex, que determinados tratados de carácter territorial obligan al Estado Sucesor.² También se trató el tema en los casos del Templo de Preah Vihear y del Derecho de paso por Territorio Indio, aunque la Corte Internacional de Justicia no se pronunció específicamente. En general, se está de acuerdo en que una sucesión de Estados no afecta una frontera establecida por un tratado, ni un régimen de fronteras establecido. En cuanto a otros tratados territoriales la sucesión no afecta el régimen correspondiente. Así lo ha establecido la Comisión de Derecho Internacional, en su proyecto de 1974.

A principios de 1977, comenzó en Viena una conferencia diplomática para considerar el proyecto de artículos de la C.D.I., que continuará en 1978.

56. EN LA DEUDA PÚBLICA Y OTRAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. — Puesto que la deuda pública se presume contraída en beneficio general del Estado, parece evidente que la transferencia de todo o parte

² *Série A/B*, núm. 46, pág. 145.

del territorio de un Estado a otro hace que éste deba asumir la carga financiera correspondiente. Sin embargo, hay autores que niegan tal obligación: argumentan —principalmente los autores de la escuela positiva— que el Estado no puede asumir una obligación jurídica sino como consecuencia de su voluntad, y sostienen otros que la deuda no ha sido contraída por él. Llégase así a una solución injusta, pues un Estado, sobre resultar desmembrado, debería responder todavía a obligaciones que, dada esa situación, le sería más gravoso cumplir. Las actitudes adoptadas en la práctica son contradictorias, pesando no pocas veces los intereses políticos en juego.

Sin embargo, la tesis contraria fue adoptada en el laudo de 1925, sobre la Deuda Pública Otomana. En este caso Turquía sostuvo que los territorios bajo mandato británico eran sucesores de la deuda pública turca. El árbitro suizo Eugène Borel sostuvo que “no se puede considerar que exista en derecho internacional un principio según el cual un Estado que adquiere una parte del territorio del otro deba al mismo tiempo asumir una parte correspondiente de la deuda pública de este último. Tal obligación no puede derivarse más que de un Tratado, por el cual el Estado en cuestión asume la obligación, y no puede mantenerse más que en las condiciones y en los límites que en dicho tratado se estipulan”.³

Del punto de vista doctrinario, la cuestión no presenta dificultad en caso de que un Estado desaparezca por fusión o anexión total a otro Estado; porque, aun cuando aquél se extingue como entidad política, lo cierto es que otra entidad recoge íntegramente sus valores económicos. En caso de una desmembración parcial —ya sea por cesión, anexión o secesión—, no hay duda de que la regla *res transit cum onere suo* obliga al Estado cesionario, anexante o sucesor; pero se plantea la cuestión de determinar el monto de la carga que a éste corresponde.

Es indudable que si existe deuda pública contraída en beneficio directo y exclusivo del territorio que se separa, ella debe pasar a cargo de dicho Estado;⁴ en lo que respecta a la deuda pública contraída con

³ Nations Unies, *Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. I, pág. 573.

⁴ Según los tratados de paz, amistad y reconocimiento con España, asumieron todas las deudas contraídas por ésta, en sus respectivos territorios y hasta el momento de su evacuación: México (1836). Ecuador (1840). Uruguay (1841, 1870 y 1882). Chile (1844). Venezuela (1845). Bolivia (1847). Costa Rica (1850). Nicaragua (1850). República Argentina (1863). Guatemala (1863) y El Salvador (1865).

carácter general, existen casos en que el referido Estado se ha desligado de toda obligación y otros en que se han adoptado soluciones inspiradas en que es justo que la deuda pública no siga gravitando íntegramente sobre el Estado desmembrado. En este sentido, para determinar la parte que debe corresponder al Estado cesionario, anexo o nuevo, se han utilizado distintos métodos, según los cuales aquella parte debe ser proporcional a la extensión del territorio desmembrado, o bien a su población o a su capacidad contributiva durante algunos años inmediatamente anteriores.³ Esta última fórmula es la más adecuada, porque ni la extensión territorial ni el número de sus habitantes están siempre en relación con la riqueza del Estado y en cambio la capacidad contributiva es el índice de la riqueza pública y privada, que constituyen la garantía de las obligaciones financieras del Estado.

1. Las obligaciones contractuales asumidas por el Estado con personas físicas o personas jurídicas colectivas —como por ejemplo las concesiones para servicios públicos, los contratos de construcción o de suministros, etc.— deben pasar al Estado que absorbe íntegramente el territorio de otro Estado, por la misma razón expresada con respecto a la deuda pública.

³ El número de la población se tomó por base en el caso de los Estados balcánicos emancipados de Turquía por el tratado de Berlín de 1878.

El criterio referente a la capacidad contributiva se aplicó con respecto a la incorporación de Tesalia a Grecia en 1881; cuando la anexión de Tripolitania y Cirenaica a Italia en 1912, estableciéndose que ésta abonaría anualmente a Turquía la cantidad media que en los últimos tres años anteriores a la declaración de guerra había sido afectada al servicio de la deuda pública sobre el rendimiento de los impuestos en aquellas dos provincias; se aplicó también con motivo de la cesión de territorios hecha por Alemania a las "Potencias Aliadas y Asociadas", en cuyo caso el Tratado de Versalles dispuso (art. 254), que los Estados que recibieran esos territorios deberían asegurar el pago de una parte de la deuda pública del Imperio Alemán tal como estaba constituida el 1 de agosto de 1914 y calculada tomando por base el término medio de los tres años financieros de 1911, 1912 y 1913, según la relación existente entre estas rentas en el territorio cedido y las rentas correspondientes a la totalidad del Imperio Alemán. Sin embargo, Francia no fue obligada a retomar la deuda del Imperio Alemán referente a Alsacia y Lorena.

En tiempos más recientes, el Tratado de Paz con Italia de 1947 no permitió la absorción de la deuda italiana, en cuanto a los territorios de Trieste, Tende y La Brigue. Canadá en 1949 se hizo cargo de la totalidad de la deuda de Terranova en libras esterlinas y la tercera parte de la deuda en dólares, cuando dicho territorio se incorporó a aquel Estado.

Francia aceptó el principio de la sucesión de las deudas en los tratados firmados en 1961 con Dahomey y la Costa de Marfil y en el acuerdo con Argelia de 1966, pero ésta sólo aceptó tomar a su cargo el 7% de la deuda pública.

Este principio fue confirmado por la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En el caso de los *Faros entre Grecia y Francia*, la C.P.J.I. sostuvo en 1934 que la concesión de faros otorgada por el Imperio Otomano a súbditos franceses conservaba su validez frente a Grecia como Estado sucesor. En el caso *Mauromatis*, en 1925, la Corte confirmó las concesiones de trabajo público, con relación a Gran Bretaña, potencia mandataria.

Pero el principio ha sido discutido en el caso de nuevos Estados surgidos del proceso de descolonización. Se ha sostenido que estos Estados gozan, como todos, de soberanía permanente sobre sus recursos naturales y del derecho de darse el régimen legal y económico que estimen conveniente a sus intereses y llevar a cabo, en consecuencia, las reformas que estimen conveniente, sin estar atados al respeto de derechos supuestamente adquiridos, que pueden impedir su desarrollo y trabar su independencia. El relator especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema de la sucesión en general, Mohammed Bedjaoui, ha adoptado esta posición de que el principio de los derechos adquiridos no obliga a los Estados, en ciertas circunstancias, pero la C.D.I. no se ha pronunciado aún definitivamente sobre este punto.

Los casos recientes de descolonización han hecho surgir algunos agudos problemas, de gran sensibilidad política, en relación con concesiones preexistentes y es difícil deducir reglas de carácter general. Tal vez se pueda señalar como algunas normas aceptadas que el Estado nuevo puede subordinar el mantenimiento de la concesión a la prueba de que ésta sea en su beneficio y no en su detrimento, como serían las llamadas concesiones odiosas (por ejemplo, vías férreas que ponen en peligro la seguridad nacional) o aquellas que fueron otorgadas poco tiempo antes de la independencia, con vistas a su irrevocabilidad después de tal acontecimiento.

Como en el caso de las concesiones que son contratos de derecho público, se ha aplicado el principio de los derechos adquiridos, para los bienes y los derechos privados. La C.P.J.I. sostuvo en su Opinión Consultiva de 1923 sobre la cuestión de las *Minorías Alemanas en Polonia* que "los derechos privados adquiridos conforme a un derecho en vigor no incurrir en caducidad como consecuencia de un cambio de soberanía. Nadie niega que el derecho civil alemán, tanto material como formal, ha continuado aplicándose sin interrupción en los territorios en cuestión. No puede pretenderse que los derechos privados adquiridos conforme a esta legislación estén condenados a extinguirse. Una tal pretensión no

está basada en ningún principio y sería contraria a la opinión y a la práctica cuasiuniversal".⁶ La misma teoría aplicó la C.P.J.I. en 1926 en el caso de los *Intereses Alemanes en Alta Silesia*, cuando claramente dijo que el Tribunal partía "del principio del respeto de los derechos adquiridos, principio que, como la Corte lo ha podido constatar en numerosas ocasiones, es parte del derecho internacional común".⁷ Este principio de respeto de los derechos adquiridos en casos de tratarse de derechos y bienes privados ha sentido también el impacto del proceso de descolonización. El relator especial de la C.D.I., M. Bedjaoui ha sostenido que este principio es incompatible con la descolonización. El problema se presentó particularmente en relación con Túnez y Argelia, pero en otros casos como República Centro Africana, Congo, Chad, Gabon, Madagascar, Senegal y la mayoría de las ex colonias inglesas, el asunto ha sido resuelto por medio de tratados.

Es de advertir, en caso de desmembración parcial, que las obligaciones contractuales que graven de modo directo y único al territorio transferido pasan a cargo del Estado cesionario, anexante o nuevo; pero las demás quedan a cargo del Estado desmembrado, pues éste conserva su personalidad jurídica.

57. EN LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO DEL ESTADO — En caso de extinción del Estado o de transferencia de una parte de territorio a otro, los bienes del dominio público situados en él (inmuebles, puertos, puentes, etc.) pasan sin indemnización al Estado sucesor en las condiciones en que se encuentran⁸ y conjuntamente con sus accesorios. Igualmente pasan a éste los bienes del dominio privado del Estado (tesoro fiscal, tierras, explotaciones ferroviarias, telegráficas, etc.).

⁶ *Série B*, núm. 6, pág. 36.

⁷ *Série A*, núm. 7, pág. 42.

⁸ La C.P.J.I. ha expresado en la opinión consultiva, núm. 6, dada en 1923: "Polonia pretende haber adquirido libre de toda carga los bienes pertenecientes a los Estados alemanes, en razón de que el tratado de paz no le impone hacerse cargo del cumplimiento de las obligaciones asumidas por esos Estados en lo que respecta a dichos bienes... La Corte considera que no se necesita ninguna disposición convencional para proteger los derechos y para mantener las obligaciones de esta naturaleza" (*Série B*, núm. 6, pág. 36).

En el asunto de la *Universidad Peter Pasmay* entre Hungría y Checoslovaquia de 1933, la C.P.J.I. resolvió que la norma por la que los bienes públicos pasan al Estado sucesor era "un principio de derecho común de la sucesión de Estado a Estado" (*Série A/B*, núm. 61, pág. 237).

La sucesión sobre los Archivos ha dado lugar a algunas controversias, aunque su carácter de bien público parece innegable, sobre todo cuando dichos archivos se encuentran en el territorio del Estado predecesor. De la práctica parece deducirse que deben ser transferidos al Estado sucesor, por considerarse accesorios del territorio transferido.

58. EN LA LEGISLACIÓN. — Al extinguirse un Estado o al pasar a otro una parte de su territorio, es obvio que la legislación del Estado sucesor viene a regir en él. Sin embargo, a fin de no perturbar súbitamente la vida normal de los habitantes, el Estado sucesor suele establecer un periodo de transición durante el cual se mantiene el régimen legal y administrativo preexistente.

59. EN LA NACIONALIDAD. — En caso de transferencia de una parte del territorio de un Estado a otro Estado —es decir, de cesión o de anexión parcial—, los individuos que tienen la nacionalidad del territorio cedido o anexado pierden, en principio, esta nacionalidad y adquieren la del Estado cesionario o anexante, pues no sería posible que éste hubiese de ejercer soberanía en un territorio cuyos habitantes pertenecieran por completo a otra comunidad política.

Cuando la cesión o anexión parcial se reglan mediante un tratado, suelen estipularse algunas normas tendientes a no imponer *ipso facto* una nueva nacionalidad a dichas personas. Según la práctica seguida desde el siglo XVII, lo usual es que se les conceda un derecho de opción: las personas afectadas —teniéndose generalmente por tales a los nacionales del Estado cedente que están domiciliados en el territorio cedido o anexado—⁹ pueden optar, dentro de cierto plazo, entre la nacionalidad que poseen en ese momento y la nacionalidad del Estado cesionario o anexante. Este derecho de opción presenta en la práctica dos modalidades; con frecuencia, la opción lleva implícita la condición de que el optante emigre del territorio; pero a veces se la admite llanamente, es decir, con derecho a permanecer en él.

En caso de que un Estado se extinga por anexión total a otro Estado, es obvio que el derecho de opción no puede operarse de modo perfecto,

⁹ También se emplean otras fórmulas: son los nacionales *originarios* del territorio cedido, estén o no domiciliados en éste; o son los nacionales *originarios* del territorio cedido, que a la vez están *domiciliados* en él; o son los nacionales *originarios*, aunque no estén domiciliados, y también los *domiciliados* aunque no sean *originarios* de la región.

pues la nacionalidad deja también de existir; cuando más, puede acordarse a las personas afectadas la facultad de renunciar a la adquisición de la nueva nacionalidad.

60. EN LAS ACCIONES JUDICIALES. — Las acciones judiciales pendientes se rigen, en principio, por el hecho de que la soberanía ha sido reemplazada por otra.

En los juicios civiles y comerciales, las instancias judiciales en trámite ante los tribunales del Estado que ha desaparecido o del territorio transferido, siguen su curso según su estado, y las sentencias que han pasado en autoridad de cosa juzgada deben ser ejecutadas siempre que no afecten el orden público.

Las acciones de carácter penal plantean un problema cuando el concepto del delito, la naturaleza de la pena, etc., son diversos en el Estado desaparecido o cedente y en el Estado sucesor. Si la materia no ha sido reglada por tratado, impera la soberanía del Estado sucesor; y los tribunales de éste, dado que ejercen jurisdicción en nombre de esa soberanía, son competentes para juzgar toda infracción y para ejecutar las sentencias dictadas anteriormente que no se opongan al orden público.

60a. EN LA PARTICIPACIÓN EN ORGANISMOS INTERNACIONALES.— Pueden ocurrir dos alternativas en la sucesión de los Estados en su participación en organismos internacionales: que se creen nuevos Estados por partición de uno existente o que se unan dos Estados para formar otro.

Lo primero sucedió, por ejemplo, con la formación de la República de Irlanda. Se estimó en la Sociedad de las Naciones que el hecho de ser Gran Bretaña miembro no otorgaba tal calidad al nuevo Estado, que tuvo que ser admitido por el procedimiento correspondiente. El hecho se repitió en 1948 cuando el ingreso de Paquistán a las Naciones Unidas, de la que ya era parte India. El asunto fue discutido en la Asamblea General y la Comisión de Asuntos Jurídicos dictaminó que un Estado no cesa de ser miembro de Naciones Unidas, por el hecho de que su Constitución o fronteras hayan sido objeto de cambios y que, por el contrario, cuando se forma un nuevo Estado, haya sido o no parte de un Miembro de Naciones Unidas, deberá someterse al procedimiento de ingreso indicado en la Carta.¹⁰

El caso de unión de dos Estados ya miembros de la organización, se presentó cuando Siria y Egipto formaron la República Árabe Unida, en 1958. La formación de dicha República fue comunicada al Secretario General de Naciones Unidas por su ministro de Relaciones Exteriores. Aquél transmitió la nota a los Estados Miembros y a los órganos. No fue necesario ningún procedimiento de admisión. Los representantes de la RAU se incorporaron sin objeciones de nadie a los órganos de las Naciones Unidas, de los que habían sido miembros Egipto o Siria. Cuando tres años después, en 1961, Siria se separó de la RAU, volvió a ocupar su posición como miembro originario de las N.U. El Presidente de la Asamblea General declaró que si no había objeciones Siria sería invitada a ocupar su puesto, lo que sucedió.

En el caso de la unión de Tanganika y Zanzíbar se siguió el mismo procedimiento que cuando se formó la RAU.

60b. SUCESION ENTRE OTROS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL. — Entre los otros sujetos de derecho internacional puede también presentarse casos de sucesión. No sería un caso de sucesión territorial, pero sí en las funciones ejercidas por estos sujetos. Tal es el caso frecuente entre organizaciones internacionales, traspaso que se rige por los tratados de disolución del antiguo organismo y de creación del nuevo o en resoluciones que adopten sus órganos, no se han creado normas consuetudinarias, ni se debe aplicar, por analogía, los principios examinados sobre la sucesión de Estados.

Algunas constituciones de organismos internacionales como la FAO (art. 4º, inc. 6º), la OMM (art. 26, inc. c), la OMS (art. 72) y la UNESCO (art. 11, inc. 2º), tienen en cuenta la posibilidad de traspaso de funciones a otros organismos. En el caso de N.U. el problema se ha suscitado con motivo del mandato otorgado por la Sociedad de Naciones a Sudáfrica sobre el territorio de África Sudoccidental, hoy Namibia, que ya hemos analizado."

" *Vid. supra*, núm. 44.

Capítulo V

LOS GOBIERNOS "DE FACTO"

I. NOCIONES GENERALES

61. GOBIERNO "DE JURE" Y GOBIERNO "DE FACTO". — Todo gobierno se caracteriza por el hecho de ejercer el poder público sobre la generalidad de las personas y cosas que se hallan en determinado territorio. Regularmente, el gobierno es *de jure*, porque emana de un orden jurídico, de las normas imperantes en el país, y por eso se le llama también "gobierno constituido"; en circunstancias anormales impera un gobierno *de facto*, una autoridad pública implantada fuera de las reglas preestablecidas. Esto último puede acaecer de dos maneras: por haber depuesto, mediante un golpe de Estado o empleando la fuerza, al gobierno existente; o porque, habiendo desaparecido los titulares de éste y no previendo la organización institucional quiénes son sus reemplazantes legales, o impedidos éstos de asumir el poder, se improvisa de hecho una autoridad pública para regir en el interregno, es decir, mientras llega la posibilidad de organizar un gobierno *de jure*.

1. Los calificativos *de jure* y *de facto*, no importan definir la legitimidad de su origen ni la legalidad de sus funciones: éstos son asuntos que pertenecen al derecho interno. El gobierno *de jure* asume el poder de manos de otro gobierno de ese género; el gobierno *de facto* alcanza la posesión del poder por sí mismo y aparece como un hecho a menudo imprevisto y siempre ya consumado. El gobierno *de jure* funciona mediante órganos cuyo mecanismo está reglado por la constitución política que le ha dado origen; el gobierno *de facto* concentra por lo general sus poderes en una persona o en una junta o directorio y es una autoridad impuesta y mantenida por la fuerza, el gobierno *de facto* tiende a transformarse en gobierno regular y es por ello un gobierno provisional.

No debe olvidarse, sin embargo, que para que exista un gobierno *de facto* es menester que él ejerza el poder público sobre la generalidad de la población que se encuentra en determinado territorio, aunque sea en la forma rudimentaria que lo permiten las circunstancias: la autoridad ocasional que sólo impone prestaciones accidentales y aisladas no pertenece a ese género porque realiza meras exacciones y no actos de gobierno.

2. Mientras predominó el sistema de la monarquía hereditaria, todo gobierno *de facto* era un "usurpador", y su existencia debía ser un acontecimiento totalmente extraño a los demás Estados. Desde comienzos del siglo XIX surgieron repetidas veces gobiernos *de facto*, especialmente en la América Latina, Francia, Portugal, España, etc., y los Estados extranjeros se encontraron en dificultades para definir su posición ante ellos. El problema se agudizó en 1917-19 a raíz de la primera guerra mundial, porque con motivo de la desintegración de los Imperios Ruso, Austro-Húngaro y Turco y de varias conmociones revolucionarias en Alemania sucedieron diversos gobiernos *de facto* en la Europa Oriental y Central.¹

3. La implantación de un gobierno *de facto* es asunto de incumbencia interna: no obstante, el origen irregular e inesperado de ese gobierno plantea a los demás Estados serios problemas de carácter internacional. Se trata principalmente de determinar cuál es el órgano que representa al Estado en el orden externo; cuál es la capacidad del gobierno *de facto* para cumplir, en nombre del Estado, con las obligaciones internacionales existentes y contraer nuevas; y cuál es el efecto y la validez internacional de sus actos.

62. ESPECIES DE GOBIERNO "DE FACTO". — Para examinar los problemas internacionales que plantean los gobiernos *de facto*, es indispensable tener en cuenta que estos gobiernos pueden ser de diversas especies.

Del punto de vista de su prolongación en el tiempo, el gobierno *de facto* queda caracterizado como intermedio desde el momento en que él mismo se ha transformado en gobierno *de jure* o ha sido reemplazado por otro gobierno, ya sea *de jure* o *de facto*; en ambos casos el gobierno *de facto* desaparecido figura como lazo de unión entre el gobierno depuesto por él y el gobierno que lo reemplaza. Y se caracteriza como efímero cuando ha sido arrojado del poder y substituido por el gobierno que él había depuesto, que así queda restaurado.

En cuanto a su extensión en el espacio, el gobierno *de facto* es de carácter general cuando su poder abarca todo el territorio del Estado, y es regional cuando rige sobre una parte del territorio y en el resto subsiste el gobierno *de jure* o dominan otros gobiernos *de facto* también regionales.

¹ Pocos meses, semanas y aun días, existieron los gobiernos de Kerensky, en Petrogrado; de Kolchak, en Omsk; de Tchaikowsky, en Arcángel; de Denikin, en el Cáucaso; de

II. EFECTOS INTERNACIONALES DE LA IMPLANTACION DE GOBIERNOS "DE FACTO"

63. SOBRE LA UNIDAD DEL ESTADO EN EL ESPACIO Y SU CONTINUIDAD EN EL TIEMPO. — La implantación de un gobierno *de facto* no quebranta la unidad político-jurídica del Estado en el espacio. Si ese gobierno es general, sólo se produce un cambio en las personas o en el régimen que ejercen el poder en todo el país; si es regional, el quebrantamiento por secesión sobreviene solamente cuando se erige allí un nuevo Estado y él es reconocido por los demás, pero mientras tanto la implantación de aquel gobierno es un hecho precario, un hecho que está subordinado a su subsistencia definitiva.²

La continuidad del Estado se mantiene en el tiempo porque —según lo hemos visto al considerar el principio de identidad— la personalidad jurídica del Estado es independiente de los cambios que se produzcan en su régimen político.

La implantación de un gobierno *de facto* no autoriza a repudiar las obligaciones internacionales preexistentes. Estas —salvo que se trate de estipulaciones de carácter dinástico— tienen como titular al Estado y no al gobierno, ahora desaparecido, que las ha negociado como órgano del Estado.

64. SOBRE LA SOBERANIA. — Al adoptar disposiciones de carácter público, el gobierno *de facto* ejerce de hecho la soberanía interna sobre el

Wrangel, en Crimea; de Venizelos, en Salónica; de Bela Kun, del Archiduque José y de Húzar, en Hungría; de D'Annunzio, en Fiume; de Dorten, en Renania; de Heim, en Palatinado; y las repúblicas de Georgia, Armenia y Azerbaiyán, destruidas por turcos y rusos en 1920-21. Otros gobiernos *de facto* implantados entonces, se consolidaron: el gobierno soviético de Moscú; el de Mustafá Kemal, en Akara, y los que constituyeron los nuevos Estados de Finlandia, Estonia, Lituania, Letonia y Albania.

² Situación análoga se produce en la guerra internacional con motivo de la ocupación bélica de territorio por fuerzas enemigas; esta ocupación es un hecho transitorio, mientras el Estado local mantenga resistencia armada y no quede resuelta la suerte final del territorio ocupado (*infra*, núm. 346).

territorio en que domina.³ Si ese gobierno es regional, aun cuando la unidad politico-juridica del Estado no queda fraccionada mientras no se consume una secesión y en consecuencia la soberanía no se extingue, es evidente que el ejercicio de la soberanía se halla en manos de ese gobierno *de facto* en su respectivo territorio.⁴

Los habitantes, sean nacionales o extranjeros, se ven en la necesidad material de ajustar a él su conducta. Por tanto, si aquel gobierno tiene existencia efímera, el gobierno restaurado no puede imponer penas a los habitantes por el hecho de que le hayan obedecido.

65. SOBRE LAS RELACIONES DIPLOMÁTICAS Y LOS FUNCIONARIOS CONSULARES. — La implantación de un gobierno *de facto* no interrumpe la vida material, el intercambio de personas y de cosas con el Estado en que se ha producido aquel hecho. Pero los Estados extranjeros se ven ante el problema de decidir cómo han de mantener con él las relaciones internacionales.

1. El Estado extranjero, quedando a la expectativa mientras los acontecimientos se definen, puede limitarse a tener con el gobierno *de facto* relaciones tan sólo oficiosas. Los representantes diplomáticos extranjeros, puesto que han sido acreditados ante el Estado y no ante un gobierno determinado, no cesan automáticamente en sus funciones; continúan gozando de las inmunidades y privilegios diplomáticos y pueden

³ En 1867, habiendo reclamado el gobierno argentino ante el de Chile porque con motivo de la revolución de Cuyo las autoridades chilenas admitían documentos expedidos por las aduanas de la frontera, que se hallaban en poder de los rebeldes, contestó Chile que era necesario admitir esos documentos porque no podía inquirir la legitimidad de sus títulos (*M.R.E.*, 1868, pág. 125).

Vid. también el fallo de la comisión mixta chileno-norteamericana en el caso de la *Central y South American Telegraph Co.*, que admitió como legítima la prohibición dictada por la junta revolucionaria de Iquique de usar su cable entre esta ciudad y Chorrillos, porque en la concesión otorgada por la República de Chile el poder público se había reservado la facultad de suspender el uso del cable cuando lo requiriese la seguridad del Estado (*Moore, Int. Arb.*, III, 2938).

⁴ En el caso mencionado en la segunda parte de la nota anterior, la empresa reclamaba también indemnización porque el gobierno del Presidente Balmaceda le había exigido establecer comunicación directa entre Valparaíso y Chorrillos; la referida comisión mixta admitió la responsabilidad de Chile por aquel acto del gobierno *de jure* y esto, unido a lo resuelto en cuanto a la prohibición impuesta por la junta revolucionaria de Iquique, significa que para el tribunal internacional la soberanía interna del Estado era ejercida por el gobierno *de jure* y por el gobierno *de facto* en los territorios en que respectivamente dominaban.

realizar gestiones no oficiales, en forma preferentemente verbal, en casos urgentes en que estimen indispensables no desamparar intereses que les están confiados.⁵ Igualmente, los representantes diplomáticos acreditados en el exterior por el gobierno ahora depuesto continúan gozando de las inmunidades y privilegios diplomáticos y pueden realizar gestiones oficiosas. En ambos eventos, dichas inmunidades y privilegios tienen efecto principalmente en materia protocolar y a lo sumo se traducen para el Estado local en obligaciones pasivas y sin trascendencia política: las gestiones oficiosas, aunque más importantes, encuentran siempre un límite impuesto por la conveniencia de no abordar problemas de fondo.

En cuanto al agente diplomático extranjero cuyo gobierno ha sido depuesto, el goce de las inmunidades y privilegios diplomáticos y la posibilidad de que él realice gestiones oficiosas no pueden prolongarse por tiempo indefinido; por el contrario, no obstante el argumento de que el agente diplomático representa al Estado y no al gobierno, es razonable poner término a aquella situación excepcional, a fin de que no se convierta en una ficción insostenible, cuando resulte evidente que el agente diplomático ha perdido de modo irremediable todo contacto oficial con su propio Estado. Nada obsta, del punto de vista jurídico —aunque no siempre sea conveniente del punto de vista político—, a que el Estado deje sin efecto el decreto por el cual ha reconocido al referido agente diplomático."

⁵ Procedieron así Gran Bretaña, en 1861, con motivo de la Guerra de Secesión (Moore, *Digest*, I, 209); los Estados Unidos, desde 1863, a raíz de la instalación de gobiernos *de facto* en Venezuela, México, Perú, Nicaragua, Ecuador, Bolivia, República Dominicana y Colombia (*ibidem*, I, 235 y 237-238, 150-152, 159, 239, 155, 156, 163, 240 y 139); y la República Argentina en 1891 con motivo de un hecho análogo en Rio Grande del Sur, Brasil (*M.R.E.*, 1891-92, pág. 199).

⁶ Implantado en Rusia el gobierno de los Soviets (1917), los gobiernos de la República Argentina y Estados Unidos, no habiéndolo reconocido, siguieron acordando los privilegios e inmunidades diplomáticos al representante acreditado anteriormente por el gobierno imperial. Esta situación subsistió varios años.

En un caso judicial producido en 1938, la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró que desde el 16 de marzo de 1917 hasta el 16 de noviembre de 1933 (esto es, desde la implantación en Rusia de un gobierno provisional hasta el reconocimiento de los Soviets por el gobierno de Washington), el representante diplomático acreditado anteriormente en los Estados Unidos tenía personalidad jurídica para actuar ante los tribunales en nombre del Estado ruso, porque la continuidad de éste no se había interrumpido ("Guaranty Trust Co. of New York v. United States", 304 U.S. 126, 137-138). Indudablemente, estando obligada la Corte a ajustarse en materia de reconocimiento de gobiernos *de facto* a la decisión del poder público encargado de manejar las relaciones exteriores (*infra*, núm. 72) y no habiendo adoptado éste actitud positiva alguna, la Corte no podía pronunciarse de otro modo.

Cuando se entendía que los agentes diplomáticos eran representantes personales de su soberano, explicábase que, depuesto éste, quedara vedada a aquéllos toda relación con el gobierno *de facto* mientras no se recurriese a practicar el reconocimiento de éste. Acreditados hoy los agentes diplomáticos como representantes oficiales del Estado, tienen deberes ineludibles que atender con respecto a sus nacionales, y esos deberes no están supeditados a la naturaleza de los gobiernos respectivos.

Las gestiones oficiosas, dado su carácter y sobre todo sus fines exentos de alcance político inmediato, no implican el reconocimiento del gobierno *de facto*. Por otra parte, es posible que esas gestiones consistan en las conversaciones preliminares necesarias para encaminar el reconocimiento oficial.

Los agentes confidenciales o comisionados que envíe o que reciba un gobierno *de facto* pueden ser escuchados a título meramente privado.⁷

Las gestiones oficiosas pueden resultar insuficientes. No queda entonces sino interrumpir toda relación o bien considerar la posibilidad de practicar el reconocimiento del gobierno *de facto*. Es ésta una cuestión que debe estudiarse por separado.

2. Los funcionarios consulares admitidos por el gobierno depuesto o enviados por él al exterior pueden seguir desempeñando sus tareas sin necesidad de renovar el *exequatur*, porque ellas no son de carácter representativo y sólo versan sobre intereses administrativos de su país o de sus nacionales.

III. RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS "DE FACTO"

66. NOCIONES GENERALES. — El reconocimiento de un gobierno *de facto* significa que el Estado que lo practica lo considera como órgano de la autoridad pública del Estado en que rige, en cuanto ella trasciende al exterior, y por lo tanto aquel acto manifiesta el propósito de cultivar las relaciones internacionales por intermedio de ese gobierno. Es, pues, un acto delicado del punto de vista político; máxime si se trata de un gobierno regional, porque entonces implica a la vez el reconocimiento de un nuevo Estado erigido en el territorio en que impera.

⁷ Así procedieron Francia y Gran Bretaña, en 1861, con respecto a los comisionados enviados por los Estados Confederados (Moore, *Digest*, I, 208; VII, 768) y en 1864 el gobierno de Washington al recibir a un enviado salvadoreño (*Ibidem*, I, 236).

1. En la época de las monarquías hereditarias, la legitimidad del poder público era condición inherente a aquel régimen. Puesto que todo gobierno *de facto* aparecía como un usurpador, su reconocimiento importaba atentar contra los derechos del soberano legítimo y, fuese o no determinado por motivos políticos, originaba serios conflictos. Sin embargo, desde el siglo XVII se registran casos de reconocimiento.⁸ Más notorios son los producidos desde el siglo XVIII: por ejemplo, en 1796, Inglaterra abrió negociaciones con el Directorio establecido en Francia y en 1801 hizo la paz con el Consulado; en 1825, cuando España sostenía ante Inglaterra ser imprescriptible el derecho de los soberanos legítimos e invocaba el ejemplo de la restauración de los Borbones en el trono francés, contestábale Canning que todos los Estados europeos, entre ellos España en primer término, habían reconocido a los diversos gobiernos que sucedieron a la dinastía borbónica y aun habían contraído alianzas con ellos. En 1831 el Papa Gregorio XVI declaró que era antigua práctica de la Iglesia entrar en relaciones con *qui actu summa rerum potiuntur*, sin que eso importase reconocer la legitimidad de sus poderes.

2. Hoy no se discute ya la posibilidad del reconocimiento. El Estado extranjero lo practica movido por la necesidad de que las relaciones diplomáticas sean regulares y permanentes. En este sentido realiza un acto inobjetable. Pero debe cuidarse de no obrar con precipitación, antes de que el gobierno *de facto* reúna ciertos requisitos; y del punto de vista de sus legítimos intereses políticos y económicos el Estado extranjero debe cuidar también que una abstención prolongada en practicar el reconocimiento no lo perjudique a él mismo.

67. CARACTERES. — El reconocimiento de un gobierno *de facto* —del mismo modo que el reconocimiento de un nuevo Estado— es un acto facultativo.

⁸ En 1608, el Duque de Sudermania, habiéndose hecho coronar Rey de Suecia en detrimento de Segismundo, Rey de Polonia, fue pronto reconocido por la mayor parte de los soberanos. En 1641, Inglaterra recibió dos embajadores de Juan IV, Rey de Portugal, manifestándoles que, "si bien hasta entonces no había reconocido otro Rey de Portugal que el de España, el príncipe que ellos representaban había sido llamado a la Corona con el consentimiento unánime de los pueblos portugueses y estaba en posesión pacífica del Reino, y en consecuencia había querido admitirles para no inferir un agravio a su carác-

1. El carácter facultativo del reconocimiento no significa, sin embargo, que pueda producirse de modo arbitrario. El reconocimiento es viable cuando se comprueba que el gobierno *de facto* reúne determinados requisitos; de lo contrario, aquel acto se prestaría a intervenir en los asuntos internos de otro Estado.

2. El reconocimiento es un acto puro y simple; en otros términos, no es posible subordinarlo a condiciones suspensivas o resolutorias, dejando pendientes de un hecho futuro e incierto los efectos del reconocimiento o su caducidad. No se conocen casos en que tales condiciones se hayan formulado.

Las referidas condiciones suspensivas o resolutorias no deben ser confundidas con la obtención de un entendimiento acerca de determinadas cuestiones pendientes, lo que a veces es un paso previo para llegar al reconocimiento.⁹

3. En algún caso, el Estado que ha efectuado el reconocimiento de un gobierno *de facto* ha procedido a dejarlo sin efecto por entender que

⁹ Para reconocer al gobierno republicano implantado en el Brasil en 1889, Francia intentó obtener de él la solución de la cuestión de límites de la Guayana y la revocación de un decreto dictado por aquél sobre naturalización de extranjeros, y Bélgica quiso obtener la admisión de ciertas reclamaciones formuladas por una sociedad anónima belga. Ambas gestiones no alcanzaron resultado (Araujo, Jorge, *Ensaio de Historia Diplomática do Brasil*, págs. 15 y 33).

El reconocimiento del gobierno *de facto* establecido en México por el general Obregón en 1920, antes de ser practicado por los Estados Unidos, fue precedido de largas negociaciones oficiosas que prepararon las convenciones de 8 y 10 de setiembre de 1923 creando dos comisiones mixtas encargadas de resolver las reclamaciones pendientes (*infra*, núm. 205); además, los agentes mexicanos dejaron constancia en un acta que su gobierno seguiría, en cuanto a los yacimientos de petróleo y a la reforma agraria, las normas establecidas por la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de México, según la cual las disposiciones del art. 27 de la Constitución de 1917, relativas a aquellas materias, no se aplicarían con efecto retroactivo cuando los interesados hubiesen realizado con anterioridad a la fecha de aquella Constitución actos que demostraran su intención de ejercer sus derechos a la tierra o a la explotación o exploración del subsuelo (Hackworth, *Digest*, I, 261-263; Gómez Robledo, Antonio, *Los Convenios de Bucareli ante el Derecho Internacional*, México, 1938, págs. 82-87).

En 1933, mientras se trataba en Washington el reconocimiento del gobierno de los Soviets por los Estados Unidos, aquél dio ciertas seguridades expresando, entre otras cosas, que al establecerse las relaciones diplomáticas seguiría como línea política abstenerse de toda interferencia en los asuntos de la Unión y no permitiría que en el propio territorio se produjesen actos que importaran conspirar contra el orden social o político de los Estados Unidos (Hackworth, *Digest*, I, 304-305).

las circunstancias se habían modificado.¹⁰ Sin embargo, la revocación está muy lejos de ser una práctica internacional.

68. FORMA DEL RECONOCIMIENTO. — De igual modo que para el reconocimiento de un nuevo Estado, la forma del reconocimiento de un gobierno *de facto* es expresa cuando se manifiesta por medio de una declaración oficial; es tácita cuando proviene del hecho de acreditar ante él o recitar oficialmente de él a un representante diplomático, o cuando se otorga *exequatur* a un funcionario consular designado por dicho gobierno.¹¹ También hay reconocimiento tácito (o mejor dicho implícito) cuando se reconoce en forma expresa a un nuevo Estado, pues entonces, siendo el gobierno *de facto* que ejerce el poder el órgano que obra en nombre del Estado, aquel acto implica reconocer a este gobierno.

La circunstancia de que un Estado asista a una conferencia internacional de carácter diplomático a la que también concurren representantes de un gobierno *de facto* que aquél no ha reconocido, no implica reconocer a este gobierno, porque las conferencias diplomáticas no adoptan decisiones obligatorias sino una vez que sean ratificadas: el reconocimiento tácito se produciría si el referido Estado no expresara la reserva correspondiente al ratificar los acuerdos colectivos subscriptos o cuando formalice su adhesión un Estado cuyo gobierno no ha reconocido, todo ello en caso de no hubiese formulado reserva sobre el particular en el momento de subscribir aquellos acuerdos.¹² Si los representantes designados por un gobierno *de facto* son admitidos a asistir oficialmente a las deliberaciones de un órgano perteneciente a una institución internacional habilitada para adoptar decisiones obligatorias dentro de los límites de su estatuto —como la Organización de las Naciones Unidas por

¹⁰ El reconocimiento del gobierno *de facto* implantado en Nicaragua por Patricio Rivas y William Walker (1855-56), fue practicado por los Estados Unidos y revocado dos meses después. El gobierno *de facto* de carácter regional instalado en la ciudad de México por el general Zuloaga (1858), fue reconocido inmediatamente por el de los Estados Unidos; pero poco después, a raíz de un incidente, interrumpieron éstos las relaciones y procedieron a reconocer el establecido en Veracruz por Benito Juárez (Moore, *Digest*, I, 143; Moore, *Int. Arb.* III, 2873 y 2881).

¹¹ *Vid.* Hackworth, *Digest*, I, 331-332.

¹² Al organizarse la Conferencia de la Paz de 1919, se optó por no invitar a Costa Rica, la República Dominicana y México, por estar regidos por gobiernos *de facto* que no habían sido reconocidos.

ejemplo—, y juntamente con ellos se adoptan tales decisiones, los Estados miembros de la institución reconocen implícitamente a aquel gobierno *de facto*.

69. LA POLITICA DEL NO RECONOCIMIENTO. — En el siglo XX se ha adoptado a veces como línea de conducta no reconocer a los gobiernos *de facto*. Esta actitud, que no ha perdurado, se fundó en propósitos diversos.

1. El 15 de marzo de 1907, el diplomático ecuatoriano Carlos R. Tobar formuló públicamente la siguiente proposición: "Las repúblicas americanas, por el buen nombre y crédito de todas ellas, deben intervenir, siquiera mediata e indirectamente, en las disensiones internas de las repúblicas del continente; esta intervención pudiera ser al menos negándose al reconocimiento de los gobiernos de hecho surgidos de revoluciones contra el régimen constitucional." Esta sugerencia —calificada después con el nombre de "Doctrina Tobar"— tuvo eco en una conferencia celebrada en Washington por las cinco repúblicas centroamericanas, bajo los auspicios de Estados Unidos y México, de la que resultó la convención del 20 de diciembre de 1907 entre los cinco países referidos, obligándose a no reconocer a ningún gobierno que surgiese en ellos como consecuencia de un golpe de Estado o de una revolución contra un gobierno reconocido, mientras la representación popular, libremente elegida, no hubiese organizado el país en forma constitucional.

El gobierno de Washington adoptó en 1913 la política del no reconocimiento, negándose a practicarlo con respecto a los gobiernos *de facto* implantados sucesivamente en México. Varios incidentes y un serio choque armado habido en Veracruz en 1914 entre fuerzas de Estados Unidos y México, originaron un conflicto. Aceptada la mediación colectiva de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala y Uruguay, se reunió en 1915 una conferencia en Niagara Falls; los mediadores, cuando se persuadieron de la imposibilidad de lograr un entendimiento entre las fracciones en lucha, recomendaron, como única manera de coadyuvar a la obtención de la paz interna en México, "el reconocimiento de cualquier gobierno de hecho con la capacidad material y moral necesaria para garantizar la vida y haciendas de nacionales y extranjeros". En consecuencia, el 19 de octubre de 1915 los Estados Unidos y los países mediadores reconocieron "como gobierno *de facto*" al establecido por el general Venustiano Carranza; y éste, habiendo sido elegido Presidente el 11

de marzo de 1917, fue reconocido "como gobierno *de jure*" el 31 de agosto siguiente.¹³

La política del no reconocimiento volvió a ser practicada por los Estados Unidos, aunque sólo con respecto a los países centroamericanos. En 1917 no reconocieron al gobierno *de facto* establecido en Costa Rica por el general Tinoco.¹⁴ Y como el tratado centroamericano de 1907 fue reemplazado por otro más estricto, firmado en Washington el 7 de febrero de 1923,¹⁵ los Estados Unidos declararon que, en cuanto a sus relaciones con los países centroamericanos, se ajustarían a las reglas de este último tratado. En consecuencia, no reconocieron al gobierno instalado en Honduras en 1923;¹⁶ poco más tarde, con motivo de la implantación sucesiva en Nicaragua de los gobiernos de Chamorro, Díaz y Sacasa (1925-27), que fueron reconocidos por algunos Estados y no por otros, la situación se tornó de tal modo confusa que los Estados Unidos resolvieron desembarcar fuerzas armadas y ocupar militarmente el país. Estos graves acontecimientos repercutieron intensamente en la VI Conferencia Internacional Americana, que se reunió en 1928 en La Habana. Poco después de asumir sus funciones en 1929, el Presidente Hoover, decidiéndose a poner término a tal estado de cosas, ordenó la evacuación de las fuerzas militares. Aún más: el tratado de 1923 quedó denunciado desde el 1 de enero de 1934; y pocos días después Costa Rica reconoció al gobierno *de facto* del general Martínez implantado en El Salvador a fines de 1931, e igual reconocimiento efectuaron en seguida los tres restantes países centro americanos y los Estados Unidos, todos los cuales se habían negado a reconocerlo, en virtud del tratado de 1923, por haber asumido el poder a raíz de un golpe de Estado producido siendo Vicepresidente.¹⁷

¹³ Desde 1912 a 1916, los Estados Unidos, ligados con la República Dominicana por una convención de 1907 que los autorizaba a fiscalizar las rentas aduaneras, no reconocieron a gobiernos *de facto* que se implantaron en ese país, y terminaron por ocuparlo militarmente. Política análoga siguieron con Haití (Hackworth, *Digest*, I, 240-242, 250-252).

¹⁴ Hackworth, *Digest*, I, 233-237.

¹⁵ Por el tratado de 1923, los cinco Estados centroamericanos se obligaban, en los mismos términos que en el tratado de 1907, a no reconocer a los gobiernos que se establecieran en ellos con carácter *de facto*; pero agregábase a los gobiernos que, sin ser *de facto*, se formaran con personas constitucionalmente electas que fuesen los dirigentes de un golpe de Estado o estuviesen vinculadas a ellos por determinado parentesco consanguíneo, o que hubiesen sido ministros o ejercido alto comando militar durante la ejecución del golpe de Estado o en los seis meses anteriores a éste o a la elección.

¹⁶ Hackworth, *Digest*, I, 254-257.

¹⁷ *Ibidem*, I, 278-280.

La política del no reconocimiento y su concreción en los tratados de 1907 y 1923 provenían de la "Doctrina Tobar". Tanto ésta como aquéllos inspirábanse, sin duda alguna, en propósitos laudables, pero su aplicación en la práctica había resultado ilusoria y contraproducente.¹⁶²

En Venezuela se elaboró durante el gobierno del presidente Betancourt, que siguió a la dictadura del Gral. Pérez Jiménez, la llamada doctrina Betancourt, que fue seguida también por el presidente Leoni. Dicha doctrina consistía en el no reconocimiento de gobiernos inconstitucionales hasta que fueran legitimados mediante elecciones. El presidente Caldera abandonó esta posición venezolana.

2. El 27 de septiembre de 1930 el Secretario de Estado de México, Genaro Estrada, declaró oficialmente en una nota circular que el reconocimiento es una práctica denigrante para la soberanía, pues coloca al Estado "en el caso de que sus asuntos interiores puedan ser calificados por otros gobiernos, los que de hecho asumen actitud de crítica al decidir favorable o desfavorablemente sobre la capacidad legal de gobiernos o regímenes extranjeros" y en consecuencia decía que "el gobierno mexicano limitase a mantener o retirar, cuando le parezca procedente, a sus agentes diplomáticos y a continuar aceptando, también cuando lo considere procedente, a los agentes diplomáticos que las naciones respectivas tengan acreditados en México, sin calificar precipitadamente o *a posteriori* el derecho que tienen otras naciones para aceptar, mantener o substituir a sus gobiernos o autoridades".

Este procedimiento —que recibió el nombre de "Doctrina Estrada" y que el gobierno mexicano adoptó entonces— tiene su parte de verdad en cuanto condena implícitamente los supuestos reconocimientos *de facto* y *de jure*, pero es ineficaz para curar los males que apuntaba su autor. Originado como reacción ante las referidas actitudes denegatorias del reconocimiento, que habían sido perjudiciales para la paz interna de México y para sus relaciones internacionales, no evita sin embargo todo pronunciamiento, siquiera indirecto, ante la implantación de un gobierno *de facto*; dicho procedimiento no impide que un Estado se abstenga de mantener relaciones con el gobierno *de facto*, o en otros términos que no le reconozca, y por el contrario permite esto mismo cuando preconiza el mantenimiento o el retiro *ad libitum* de los representantes diplomáticos. Por otra parte, el método sugerido tropieza con dificultades insalvables en caso de que se hayan implantado uno o varios gobiernos *de facto* con carácter regional.

3. El reconocimiento ha seguido practicándose en forma tácita o expresa, a menudo mediante una nota manifestando que las relaciones diplomáticas continuarán como antes o mediante un mero acuse recibo de la comunicación del nuevo gobierno sobre la formación del mismo. En ciertos casos se ha adoptado la práctica de realizar consultas previas entre los gobiernos interesados, a fin de proceder de común acuerdo.¹⁸

70. EL "RECONOCIMIENTO DE FACTO" Y EL "RECONOCIMIENTO DE JURE". — Hemos visto anteriormente como en 1915 el gobierno *de facto* establecido en México por el general Carranza fue reconocido "como gobierno *de facto*" y más tarde se le reconoció "como gobierno *de jure*". A partir de 1913, ante la implantación en la Europa Oriental de varios gobiernos de aquel género, lo que importaba el surgimiento de nuevos Estados o de regimenes que repudiaban las obligaciones internacionales, los países aliados se vieron en la necesidad de asumir una conducta política, y en consecuencia los "reconocieron *de facto*", como actitud previa a un posible "reconocimiento *de jure*".¹⁹

¹⁸ Durante la segunda guerra mundial, el Comité Consultivo de Emergencia para la Defensa Política del Continente, con sede en Montevideo, aprobó una resolución el 24 de diciembre de 1943 recomendando "a los gobiernos americanos que han declarado la guerra a las potencias del Eje o que han roto relaciones con ellas que, mientras dure el actual conflicto mundial, no procedan al reconocimiento de un nuevo gobierno constituido por la fuerza, antes de consultarse entre sí con el propósito de determinar si ese gobierno cumple los compromisos interamericanos para la defensa del Continente, ni antes de realizar un intercambio de informaciones acerca de las circunstancias que han determinado la implantación de dicho gobierno". Era ésta una resolución eminentemente política y excepcional. Como consecuencia de ella, la mayor parte de los Estados americanos se abstuvieron de entrar en relaciones oficiales con los gobiernos *de facto* implantados por el mayor Villaroel en Bolivia y por el general Farrell en la República Argentina; pero algunos meses después mudaron de actitud y procedieron a reconocerlos.

¹⁹ Estonia, Letonia y Lituania —que eran Estados nuevos—, fueron "reconocidos *de facto*" por Francia y Gran Bretaña en 1918-19, y "reconocidos *de jure*" por el Consejo Supremo Interaliado en 1921-22. En el tiempo transcurrido entre uno y otro reconocimiento se tuvo en mira la posibilidad de que se restableciera en Rusia la situación anterior a la revolución de 1917.

Con el gobierno de Moscú suscribió Gran Bretaña un "acuerdo comercial" el 16 de marzo de 1921, y poco después hicieron lo propio Noruega e Italia. Se dijo que esos convenios eran preliminares y significaban únicamente reconocer al gobierno de los Soviets "como el gobierno *de facto*" de Rusia, agregándose que "el reconocimiento *de jure*" se produciría cuando fuesen regladas las cuestiones pendientes, esto es, principalmente la desinteligencia acerca de las obligaciones internacionales concertadas en la época de los zares. El "reconocimiento *de jure*" fue practicado por aquellos países y otros europeos en 1924-25.

El contenido y el alcance de estas fórmulas no están definidos. Para algunos autores, el "reconocimiento *de facto*" sería el realizado en forma tácita y el "reconocimiento *de jure*" sería el expreso; según otros, el "reconocimiento *de facto*" tendría solamente por objeto permitir relaciones comerciales y el intercambio de agentes oficiosos. Pero generalmente se atribuye al "reconocimiento *de facto*" el carácter de provisional y revocable, mientras que el "reconocimiento *de jure*" sería definitivo e irrevocable.

Tan diversas interpretaciones revelan que ambas fórmulas carecen de significación jurídica. El "reconocimiento *de facto*" puede ser un recurso sutil, un proceder para orillar situaciones políticas embarazosas restando importancia aparente al establecimiento de relaciones oficiales con determinado gobierno y subordinando todavía la nueva posición a un paso ulterior más solemne; pero la verdad es que aquel reconocimiento no posee contenido ni alcance distintos al "reconocimiento *de jure*" y menos aún puede significar un pronunciamiento acerca de la legitimidad del gobierno implantado. Cualquiera que sea el vocablo con que se lo califique, el reconocimiento de un *gobierno de facto* es un acto que del punto de vista jurídico importa considerar a este gobierno como el órgano y el representante del Estado en que rige; con ese órgano se trata y se conviene lo concerniente a las mutuas relaciones, y estos acuerdos, aunque sean de naturaleza comercial y transitoria, obligan a los Estados respectivos. Los efectos jurídicos del reconocimiento son, pues, substancialmente iguales, ya se exprese que se reconoce a un gobierno "como *gobierno de facto*" o bien sea "como *gobierno de jure*".

71. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO. —

Siendo un acto unilateral con trascendencia política, el reconocimiento puede prestarse a abusos. Sin embargo, los acontecimientos demuestran que para evitar ese mal no es posible recurrir a la supresión del reconocimiento, cualquiera que sea la forma en que se lo practique, porque responde a la necesidad de mantener relaciones diplomáticas regulares.

La doctrina de los autores no señala normas en materia de reconocimiento. Indudablemente, sería imposible precisar reglas obligatorias y de carácter absoluto; no obstante, podemos investigar cuáles son los requisitos necesarios y suficientes para que el reconocimiento, siendo un acto facultativo de cada Estado, pueda proceder como lícito, a fin de que no esté regido solamente por el interés circunstancial y no degenera en un arma arbitraria.

1. En los trabajos publicados desde 1922, el autor del presente libro ha analizado cuáles son estos requisitos.²⁰

En primer término, corresponde discernir, como hecho objetivo, la existencia real del gobierno *de facto*. Sin duda, existe una autoridad pública efectiva cuando una persona o una junta es obedecida por la generalidad de la población de modo que sus resoluciones son acatadas y cumplidas en lo que respecta al menos a la imposición de servicio militar y de contribuciones pecuniarias. Autoridad que no posea la eficiencia necesaria para disponer siquiera de soldados y de dinero no es gobierno. Mas, si a la existencia de la autoridad pública se agrega que ella presenta probabilidades de estabilidad y de consolidación, no hay duda que se está ante un gobierno *de facto*.

No es indispensable que dentro del territorio haya absoluta falta de resistencia a esa autoridad pública; la resistencia, aun armada, puede existir dentro de un territorio regido por un gobierno *de jure*. Tampoco es menester que el gobierno *de facto* posea la capital del Estado; su posesión puede indicar que él domina en la zona más importante del país, pero no demuestra por sí sola que se esté en presencia de un gobierno efectivo.

En segundo término —una vez verificada la existencia efectiva y durable del gobierno *de facto*— lo que interesa conocer a los Estados extranjeros, a fin de asegurar la vida de relación, es su aptitud y disposición para cumplir con las obligaciones internacionales.²¹

²⁰ Podestà Costa, L.A., *Regles a suivre pour la reconnaissance d'un gouvernement de facto dar des états étrangers* (*Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1922, págs. 47-59), reproducido por la *Revista Mexicana de Derecho Internacional* (1923); *Ensayo sobre las Luchas Civiles y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1926, págs. 62-71.

²¹ Es interesante señalar la evolución operada en el gobierno de Washington con respecto a esta materia.

En 1793 manifestaba Jefferson en sus instrucciones a Morris, ministro en París: "No podemos denegar a ninguna nación el derecho sobre el cual reposa nuestro propio sistema político, según el cual cada pueblo puede regirse de acuerdo con la forma de gobierno que le plazca, puede cambiarla siguiendo su voluntad y puede realizar sus transacciones con las naciones extranjeras por medio de cualquier órgano que estime conveniente, ya sea un rey, una convención, una asamblea, un comité, un presidente o cualquier otro que pueda elegir. La voluntad de la nación es la única cosa esencial que debe considerarse" (Jefferson, *Writings*, VI, 199). Inspirado sin duda en estas ideas, el gobierno de Estados Unidos siguió como norma, desde 1833 hasta 1899, reconocer a los gobiernos *de facto* siempre que ejercieran el poder y tuviesen el asentimiento del pueblo. Así procedió con respecto a

No posee tal aptitud y disposición el gobierno *de facto* que repudia los tratados o la deuda pública alegando que provienen de un régimen proscrito. El Estado no se ha extinguido por la circunstancia de haberse implantado un gobierno *de facto*, y éste no es sino un órgano del mismo Estado. Los Estados extranjeros, para tratar con él regularmente, necesitan comprobar su capacidad para hacer efectivas las obligaciones legadas por el pasado histórico, a las que han dado forma concreta los tratados —con excepción de los que fueron puramente dinásticos o personales—, y necesitan comprobar también su disposición para contraer nuevas obligaciones y satisfacer los deberes que el derecho internacional impone como inherentes a la convivencia de los Estados y para hacer efectivos dentro de su jurisdicción los derechos de las personas, porque esto afecta a las de nacionalidad extranjera.

El primer requisito, de carácter objetivo, pone de manifiesto la vitalidad del gobierno *de facto*; y si a ese requisito, necesario pero insuficiente, se añade el requisito subjetivo, esto es, su aptitud y disposición para cumplir con las obligaciones internacionales, lo que implica la solvencia, el crédito internacional de ese gobierno, no hay obstáculo, del punto de vista jurídico, para que sea reconocido.

Es indispensable tener presente, sin embargo, que la reunión de los dos requisitos mencionados no obliga al reconocimiento, pero lo justifica; en otros términos, autoriza al Estado extranjero a practicar ese acto sin que por ello pueda ser tachado de parcial.

Grecia, caso que importaba el reconocimiento de un nuevo Estado; a Francia en 1848 y 1870, y a varios gobiernos erigidos en Nicaragua, México, Brasil, Venezuela y Ecuador (Moore, *Digest*, I, 112, 124, 127, 140-143 y 239, 147, 160-162, 153 y 156). Sin embargo, con motivo de la intervención francesa en México (1861-67), el Secretario Seward se negó a reconocer al gobierno implantado por el Archiduque Maximiliano, sosteniendo que era resistido por el pueblo mexicano e importaba un peligro para las instituciones republicanas de los Estados Unidos (Moore, *Int. Arb.*, III, 2934; Moore, *Digest*, I, 147); en 1877, el Secretario Evarts demoró el reconocimiento del gobierno de Porfirio Díaz, establecido en México, hasta que fue confirmado por una elección popular y adquirió mayor estabilidad, considerando que por existir cuestiones pendientes era menester juzgar acerca de su aptitud para cumplir con las obligaciones internacionales, y análoga conducta siguió con respecto al gobierno implantado en Venezuela por el general Guzmán Blanco (Moore, *Digest*, I, 148 y 171). Este segundo requisito —la aptitud para cumplir con las obligaciones internacionales— fue adoptado por el Secretario Hay, en 1899, con relación a situaciones producidas en Bolivia, República Dominicana, Venezuela y Colombia (*Ibidem*, I, 155, 163 y 139), y fue observado en numerosos casos producidos desde 1907 a 1937 en Honduras, Marruecos, Haití, China, Persia, Ecuador, Brasil, Perú, España, Chile, Paraguay y Bolivia (*ibidem*, I, 253-254, 307-308, 249, 314, 317, 309-310, 245-246, 275-277, 295-296, 231-233, 270-274 y 228).

2. El reconocimiento de un gobierno *de facto*, puesto que no debe ser fuente de abusos y de conflictos, no puede dejarse al arbitrio absoluto de cada Estado. De otro modo, podría incurrirse en demasia en dos maneras: por acción, efectuando un reconocimiento no justificado; por omisión, absteniéndose de efectuar un reconocimiento que sería justificado. El problema jurídico presenta, pues, dos fases; no obstante ocurre que en las discusiones habidas sólo se ha tenido en mira la segunda.

Sin duda alguna, el reconocimiento de todo gobierno *de facto* está condicionado por ciertos requisitos, que hemos señalado anteriormente: reunidos éstos, el reconocimiento es lícito; de lo contrario, sería un acto prematuro. Con esto viene a resolverse la primera faz del problema. En cuanto a la segunda, parece evidente, en la actual organización internacional, que —análogamente a lo que sucede en el caso del reconocimiento de un nuevo Estado— la concurrencia de los requisitos aludidos no impone la obligación de efectuar de inmediato el reconocimiento; el momento oportuno es determinado por cada Estado. Debe advertirse, sin embargo, que sería ilícito postergar indefinidamente el reconocimiento si con ello se intentara ejercer presión a fin de obtener tales o cuales ventajas o concesiones, y vendría a significar un acto de intervención si aquella negativa importante afecta la estabilidad del gobierno *de facto*.

72. EFECTOS JURIDICOS DEL RECONOCIMIENTO. — Puesto que el reconocimiento significa considerar al gobierno *de facto* como el órgano y el representante del Estado en que él rige, es obvio que aquel acto surte efecto, en el Estado que lo efectúa, con relación a sus órganos internos.

1. El Poder Ejecutivo, como encargado de manejar las relaciones exteriores, está habilitado para negociar oficialmente con el gobierno *de facto* reconocido. No implica esto, sin embargo —del mismo modo que en el caso del reconocimiento de un nuevo Estado—, establecer *ipso facto* relaciones diplomáticas permanentes: puede negociarse sin que tales relaciones existan, y la implantación de éstas es asunto particularísimo que debe ser decidido en el momento oportuno mediante acuerdo con el gobierno reconocido.

2. Con respecto a la personalidad del Estado extranjero para estar en juicio —ya sea como actor o como demandado—, los tribunales de Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia y Argentina han declarado que, practicado el reconocimiento de un gobierno *de facto* por el poder encargado de las relaciones exteriores y con anterioridad al hecho litigioso,

aquel gobierno posee personalidad jurídica; y reciprocamente, mientras dicho reconocimiento no se haya producido, los tribunales no tienen conocimiento oficial del cambio operado y por lo tanto el gobierno referido no puede estar en juicio.²²

Esta jurisprudencia es indiscutible; la función de discernir dónde reside el gobierno de un Estado extranjero es de naturaleza política; y, sin una decisión judicial está condicionada por actos anteriores de este género, es evidente que los tribunales deben ajustarse a la actitud que haya asumido el poder encargado de esta faz de los negocios publicos.

²² En cuanto a los tribunales británicos, *vid.* entre otros casos "City of Berne v. Bank of England" (1804), 9 Vesey 347; "Thompson v. Powles" (1828), 2 Simon 194; "Taylor v. Barclay" (1828), 2 Simon 214; "Emperor of Austria v. Day & Kossuth" (3 De Gex Fisher & Jones 217); "Republic of Peru v. Peruvian Guano Co." (1887), L. R. 36 Ch. Div. 489; "Republic of Peru v. Dreyfus Brothers" (1888), 38 Ch. Div. 348; "Mighell v. Sultan of Lahore" (1894), L. R. 1 Q. B. 149; "The Annette an The Dora" (1919), Admir. 88 L. J. P. 107.

Con respecto a los tribunales norteamericanos, *vid.* igualmente los casos "Rose v. Himely" (1808), 4 Cranch 241; "Gelston v. Hoyt" (1818), 3 Wheaton 246; "United States v. Palmer" (1818), 3 Wheaton 610; "Kennett v. Chambers" (1852), 14 Howard 38; "Jones v. United States" (1890), 137 U. S. 202; "Russian Socialist Federated Soviet Republic v. Cibrario" (1921), 191, N. Y. Supp. 543; "Nankivel v. Omsk All-Russian Government" (1923), 237 N. Y. 150.

Los tribunales franceses han seguido igual norma en los casos de los vapores *Samnita* y *Saella*, producidos en 1861 (*Journal Clunet*, XVIII, 888), y en la acción intentada en 1891 por dos agentes del gobierno provisional de Iquique (*ibidem*, 871 y 895). Sin embargo, los tribunales británicos alteraron en esta época la norma adoptada, pues fundados únicamente en la noticia extraoficial de la implantación del gobierno de Iquique, admitieron la personalidad de los agentes de éste, que no había sido reconocido por el gobierno de Londres (*ibidem*, 893, 899 y 900).

En la República Argentina, la Corte Suprema admitió la personería de un agente del gobierno provisional de Chile, quien habla iniciado un juicio de nulidad de la compraventa del vapor *Aquila*, por haberse demostrado que dicho agente era admitido en carácter diplomático por el gobierno argentino (*Fallos*, vol. XLVI, 3ª serie, t. XVI, pág. 133).

IV. EFECTOS INTERNACIONALES DE LOS ACTOS REALIZADOS POR GOBIERNOS "DE FACTO"

73. EN GENERAL. — Los actos realizados por un gobierno *de facto* plantean diversos problemas que examinaremos en seguida. Para resolverlos, algunos autores han intentado aplicar por analogía las normas del derecho privado. De esta manera, utilizando la teoría de los actos realizados por un incapaz o por un mandatario excediéndose de los límites de su mandato, se ha llegado a sostener la nulidad absoluta de aquellos actos; y otros, aplicando la teoría de la prescripción adquisitiva o la de la renuncia presunta imputable al gobierno depuesto, han sostenido por el contrario su validez. El método es erróneo, porque el Estado, a diferencia de las personas humanas, no es un ente cuya vida esté limitada a plazo relativamente breve y no debe ser confundido con un gobierno o sus agentes diplomáticos.

Los problemas jurídicos, además del derecho a estar en juicio, generalmente se presentan en relación con la inmunidad de jurisdicción, el derecho del nuevo gobierno de reclamar la propiedad perteneciente al Estado y el efecto de los actos legislativos, ejecutivos o judiciales del nuevo gobierno. La jurisprudencia sobre estos temas no ha sido aplicada en forma rígida por los tribunales nacionales.

El derecho a demandar es casi invariablemente rechazado antes del reconocimiento; pero en el caso que el régimen no reconocido sea único en el territorio, se le ha reconocido, en algunos casos, la inmunidad de jurisdicción.²³ Los tribunales tampoco reconocen el derecho del nuevo gobierno a reclamar la propiedad del Estado, mientras no sea reconocido. Los efectos del acto de gobierno tampoco son generalmente reconocidos.²⁴

La solución debe buscarse investigando en cada caso la naturaleza de los actos de que se trata y la relación jurídica que afectan.

²³ Vid. *Wulfsohn v. Russian Federated Soviet Republic* (1923), 234 N. Y. 372, *New York Court of Appeals*.

En el caso *Arantzazu Mendi* (1939) AC 256, un tribunal inglés reconoció la inmunidad del gobierno de Franco, cuando el Foreign Office reconoció que dicho gobierno ejercía la administración de facto sobre una gran parte del territorio español.

²⁴ *Infra*, núm. 75.

74. ACTOS DE SOBERANÍA EXTERIOR. — Cuando el gobierno *de facto* desaparece, se plantea, con respecto a los actos de soberanía exterior que ha realizado, la cuestión de saber si son válidos del punto de vista internacional.

Para dilucidar este problema debemos distinguir, ante todo, si se trata de un gobierno intermedio o de un gobierno efímero.

1. Los actos de soberanía exterior realizados por un gobierno intermedio quedan validados por el hecho del establecimiento del gobierno de *jure*, porque éste es continuador del gobierno intermedio.

2. Si el gobierno desaparecido es un gobierno efímero, los actos de soberanía exterior realizados por él obligan al Estado siempre que a la vez haya sido un gobierno de carácter general, porque entonces los Estados extranjeros que han tratado con él, estándoles vedado investigar la legitimidad de sus títulos, han podido considerarle fundadamente como depositario aparente de la voluntad de la nación; sin embargo, serían anulables los tratados puramente personales o dinásticos —hoy en desuso por la desaparición de las monarquías absolutas—, porque un gobierno puede obligar al Estado solamente para fines colectivos y no personales. Las obligaciones internacionales contraídas por un gobierno regional quedan sin efecto porque éste ha regido transitoriamente en una parte limitada del territorio, que al desaparecer aquel gobierno se reintegra al Estado; un gobierno regional no puede ser considerado órgano de la voluntad general sino en el caso de que se consolide y constituya, un Estado con el territorio y la población que domina.²⁵

²⁵ La validez de las obligaciones internacionales contraídas por un gobierno *de facto* de carácter regional fue cuestión discutida al terminar la guerra que la República Argentina, Brasil y Uruguay sostenían contra el mariscal López, dictador del Paraguay.

Habiendo López abandonado la capital, se constituyó en Asunción un gobierno provisional bajo la forma de un triunvirato, que suscribió con los aliados pactos de alianza para concluir con López. El Brasil entendió que el triunvirato podía concertar también los tratados de paz; la República Argentina y Uruguay opinaban lo contrario, porque el tratado de la Triple Alianza garantizaba el derecho del pueblo paraguayo para organizar sus instituciones y porque el triunvirato establecido en Asunción dominaba solamente en una parte del territorio, que había quedado casi desierta. Finalmente, los aliados convinieron en que el triunvirato no representaba a la nación paraguaya; y ulteriormente, muerto López y destruidas sus fuerzas, firmaron con el triunvirato un protocolo preliminar de paz, el 20 de junio de 1870, dejando constancia de que los acontecimientos habían puesto término a la guerra y esto imponía a los aliados el deber de dejar plena libertad a la reorganización

A fin de prevenir dificultades, se han adoptado alguna vez medidas para que la validez de las estipulaciones internacionales concertadas con un gobierno *de facto* sea reconocida por el gobierno *de jure* ulterior.²⁶

75. ACTOS DE SOBERANÍA INTERIOR REALIZADOS POR UN GOBIERNO NO RECONOCIDO. — El reconocimiento de un gobierno *de facto* tiene como efecto, según hemos visto, considerar a éste como órgano y representante del Estado en que rige; por consiguiente, los actos oficiales que realiza pueden tener efecto extraterritorial en los Estados que han practicado aquel reconocimiento.

1. Ha sido cuestión obscura hasta hace poco los efectos que se pueden dar en juicio a los actos de carácter legislativo o ejecutivo de un gobierno *de facto* extranjero.

Algunos tribunales llamados a decidir el punto con motivo de actos realizados por gobiernos de ese género en México desde 1913 y en Rusia en 1918, se ajustaron al hecho del reconocimiento. Los tribunales de Gran Bretaña y Estados Unidos, teniendo en cuenta que el reconocimiento había sido practicado por su respectivo gobierno, admitieron la validez jurídica de los actos realizados por el gobierno reconocido; y con este fin dieron efecto retroactivo al reconocimiento, los tribunales norteamericanos desde el día de la implantación del gobierno *de facto* y los tribunales británicos en cuanto al momento en que se produjo el hecho cuestionado en el litigio.²⁷ Un simple razonamiento condujo a esa con-

política de la República del Paraguay y a la elección de sus autoridades permanentes que deben afianzar las relaciones futuras de las naciones aliadas con dicha república", y declarando que los arreglos definitivos de paz se harían con el gobierno permanente que se estableciera en el Paraguay (*M. R. E.*, 1869, págs. 51-74 y 218-254; 1870, págs. 158-214).

²⁶ Bismarck exigió que el tratado de paz con Francia, suscripto el 10 de mayo de 1871 con el gobierno de la Defensa Nacional, fuese ratificado por el órgano representativo del pueblo francés. En consecuencia, se consignó en él una cláusula según la cual "las ratificaciones del presente tratado por S. M. el Emperador de Alemania, por una parte, y por otra la Asamblea Nacional y el Jefe del Poder Ejecutivo de la República Francesa serán canjeadas en Frankfurt en el término de diez días o antes si fuese posible"; y la Asamblea Nacional dictó una ley el día 18 ratificando el tratado de paz y autorizando al Jefe del Poder Ejecutivo y al Ministro de Relaciones Exteriores a efectuar el canje de las ratificaciones.

²⁷ "Oetjen v. Central Leather Co." (1918), 246 U. S. 297; "Ricaud v. American Metal Co." (1918), 246 U. S. 304; "Luther v. Sagor" (1921), L. R. 3 K. B.; "Terrazas v. Holmes" y "Terrazas v. Donohue" (1925), 115 Tex. 32 y 46; "Princess Paley Olga v. Weisz" (1929), 1 K.B. 718; "Dougherty v. Equitable Life Assurance Society" (1933), 266 N. Y. 71.

clusión: el reconocimiento no da origen al gobierno sino que admite su existencia, su personalidad internacional; por lo tanto no son válidos únicamente los actos que realice después del reconocimiento sino todos los que ha realizado anteriormente. Sin duda, la retroactividad aparecía como una conclusión lógica y evitaba que el tribunal hubiera de pronunciarse sobre la validez intrínseca, al menos dudosa, de los actos controvertidos; pero tuvo la grave consecuencia de que vino a acordar fuerza legal a medidas que chocaban con las leyes y la moral: por ejemplo, habiéndose reconocido al gobierno del general Carranza, los tribunales norteamericanos dieron validez a ciertos actos de expoliación ejecutados por Pancho Villa, jefe de un ejército de fuerzas revolucionarias de aquél, e igualmente se dio vigor en Estados Unidos y en Gran Bretaña a las medidas confiscatorias adoptadas en 1918 por el gobierno soviético.

Hubo tribunales, sin embargo, que encararon el problema desde otro punto de vista: los actos oficiales del gobierno *de facto*, reconocido o no, pueden considerarse válidos solamente cuando no afectan el orden público.²⁸

Esta última es la norma necesaria. El hecho del reconocimiento determina, como hemos visto, la posibilidad de que un gobierno extranjero tenga personalidad jurídica para estar en juicio; y, cuando se trata de dilucidar si los actos de un gobierno *de facto* pueden tener efecto en territorio extranjero, el reconocimiento induce a asignar a esos actos carácter oficial. Pero esto no quiere decir que todos los actos oficiales deben ser admitidos como válidos. El efecto extraterritorial de los actos de todo gobierno extranjero está siempre subordinado a la condición de que se afecten el orden público de la *lex fori*; con mayor razón deben estar sujetos a esa condición los actos que provienen de un gobierno *de facto*. La cuestión está, pues, regida por la regla del orden público. Esta

²⁸ En Italia, *in re* "Federazione Italiana dei Consorzi Agrari di Piacenza v. Commissariato per il Commercio Estero della Repubblica Socialista del Soviet di Rusia" (1923), (*Giurisprudenza Italiana*, vol. 75, pág. 131). En Francia *in re* "Etat Russe v. Cie. Russe de Navigation a Vapeur et de Commerce" (1924) (*Journal Clunet*, 1924, pág. 391). En Suiza, *in re* "Hausner v. Banque Internationale de Commerce de Petrograd" (1924), *Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse*, vol. 50, II, 507. En los Estados Unidos, en los casos "Fred S. James and Co. v. Second Russian Insurance Co." (1925), 29 N. Y. 248; "Petrogradsky Mejdunarodny Kommerchasky Bank v. The National City Bank of New York" (1930), 253 N. Y. 23; "The People of the State of New York, by Beha, v. Russian Reinsurance Co. of Petrograd" (1931), 255 N. Y. 428; "Vladikavkazsky Rly. Co. v. New York Trust Co." (1934), 263 N. Y. 369.

regla se aplica por igual a los gobiernos reconocidos y a los no reconocidos. En otros términos, el problema se resuelve sin necesidad de tomar en cuenta el hecho del reconocimiento y su consecuencia la retroactividad.

2. Cuestión distinta, puesto que no tiene en vista atribuir efecto extraterritorial a los actos de un *gobierno de facto*, es la de apreciar en un litigio la existencia de hechos notorios que, aunque producidos durante el imperio de tal gobierno, constituyen elemento útil en la sustanciación del pleito, como por ejemplo a fin de precisar si las medidas de confiscación adoptadas en 1918 por el gobierno de Moscú fueron causa para impedir el cumplimiento de un contrato. En esa materia, los tribunales norteamericanos entendieron, con razón, que no obstante la falta de reconocimiento y sin entrar en el terreno político, debían ajustarse a la realidad según la prueba y aun tomando en cuenta acontecimientos de pública notoriedad, todo ello en cuanto lo requiriese la buena administración de la justicia y no afectase el orden público.²⁹

Aún más: no hay dificultad en asignar validez a los documentos que, autorizados por funcionarios del referido gobierno, sólo comprueban la realización de un acto jurídico de carácter personal —como son las actas del estado civil concernientes al nacimiento, al matrimonio o a la muerte de las personas—, a condición de que la autenticidad del documento esté abonada por la legalización hecha por el cónsul de un tercer país que haya reconocido a dicho gobierno. Pero es entendido que los efectos jurídicos del documento se rigen por la *lex fori*, y están subordinados al requisito de que no efecten el orden público total.

76. ACTOS DE SOBERANÍA INTERIOR REALIZADOS POR UN GOBIERNO EFÍMERO: DOCTRINA DE LA "CONNIVENCIA DOLOSA".³⁰ — Los actos de soberanía interior —yan sean de carácter legislativo, ejecutivo o judicial— realizados por un gobierno *de facto*, reconocido o no, plantean la cuestión de saber si esos actos son válidos o son anulables cuando aquel gobierno ha sido depuesto, es decir, cuando se trata de un gobierno efímero.

²⁹ "Oetjen v. Central Leather Co." (1918), 246 U. S. 297; "Ricaud v. American Metal Co." (1918), 246 U. S. 304; "Sokoloff v. National City Bank" (1922), 196 N. Y. Supp. 364; "Fred S. James and Co. v. Second Russian Insurance Co." (1924), 239 N. Y. 248; "Sokoloff v. National City Bank" (1924), 239 N. Y. 158; "Russian Reinsurance Co. v. Stoddard" (1925), 240 N. Y. 159; "Banque de France v. Equitable Trust Co. of New York" (1929), 33 Fed. (2d) 202; "M. Salimoff and Co. v. Standard Oil Co." (1933), 262 N. Y. 220.

³⁰ La doctrina de la *connivencia dolosa*, aquí resumida, ha sido formulada por el autor del presente libro en su monografía "*Efectos Internacionales de la Actuación de los Gobiernos de facto*" (Buenos Aires, 1924).

En el derecho interno, los actos de soberanía interior no son irrevocables, aunque provengan de un gobierno *de jure*: es indudable *a fortiori* que son anulables cuando proceden de un gobierno efímero. El gobierno restaurado no es un heredero llamado a asumir derechos y obligaciones en la situación en que los deja su antecesor; aquél es órgano del Estado, y como tal posee el derecho de revisar los actos jurídicos realizados durante el interregno en oposición al orden social y político que ha prevalecido. Sin embargo, esos actos no pueden ser anulados en bloque ni de modo arbitrario, porque se lesionaría injustamente a personas e intereses que han estado subordinados al referido gobierno.

En el derecho internacional, el problema se plantea en cuanto afecta a los extranjeros cuya persona o bienes han estado sometidos a un gobierno efímero.³¹

1. Es evidente que, en principio, no hay motivo para invalidar los actos referidos siempre que no sean perjudiciales al Estado, y del punto de vista político esta solución es a menudo la más aconsejable. Pero esa regla negativa es insuficiente; y si hubiera de aplicarse *a contrario sensu* de modo absoluto, se prestaría a graves abusos. No es posible tampoco invocar la circunstancia de que el bien general o el orden público han resultado lesionados; estas nociones, siendo subjetivas y elásticas, no solucionan el problema y únicamente lo desplazan hacia un terreno movedizo.

Terminada la Guerra de Secesión de los Estados Unidos y restaurado en todo el país el gobierno de la Unión, algunos tribunales entendieron que no podían considerar dictados de acuerdo con la Constitución los fallos de los tribunales establecidos por los Estados Confederados.³²

Pero la Suprema Corte de los Estados Unidos dio solución distinta, expresando que los actos —ya fuesen de carácter legislativo, ejecutivo o

³¹ Debe observarse que se tiene en mira a los actos gubernativos, es decir, a los que son inherentes a la función pública y gravitan sobre la generalidad de los habitantes de un territorio o lugar, ya sea para todos sin excepción o para una categoría determinable por su industria, profesión, etc. No consideramos aquí a las prestaciones que una autoridad eventual —por ejemplo, una banda armada— impone a personas aisladas valiéndose de la circunstancia accidental de hallarse a su alcance. Estas son meras exacciones, actos de despojo, y constituyen hechos ilícitos.

Los actos gubernativos y las exacciones pueden originar en ciertos casos la responsabilidad internacional del Estado (*infra*, cap. XIII).

³² "Hay v. Thompson", 43 Ala. 434; "Pennywit v. Foote", 27 Ohio St. 600.

judicial —necesarios para el mantenimiento de la paz y el orden entre los habitantes, los que aseguran los derechos individuales y los que rigen las relaciones privadas, debían considerarse válidos en las mismas condiciones que los emanados de un gobierno regular; mas los actos que tuviesen por objeto ayudar directa o indirectamente a la rebelión debían declararse nulos y sin valor por ser hostiles a la Unión.³³

La regla enunciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos importa orientar el problema. Sin embargo, no es todavía la solución; porque autoriza en forma absoluta la anulación de todos los actos que el gobierno restaurado considere hostiles, y esto puede llevar a conclusiones injustas. Por ejemplo, del punto de vista del gobierno restaurado sería hostil, y por tanto anulable, la emisión de papel moneda realizada por el gobierno efímero, porque ha servido para allegar recursos a la rebelión, y también sería hostil por igual razón la emisión de títulos de deuda pública; no obstante, entre uno y otro acto existe una diferencia esencial: el papel moneda ha sido recibido en pago por imposición de las autoridades, mientras que los títulos de deuda pública han sido aceptados solamente por los que entendían realizar un negocio lucrativo.

Los actos que el gobierno efímero ha realizado por imposición unilateral (*jure imperii*), como es el caso de la emisión de papel moneda, no pueden ser desconocidos por el gobierno restaurado, aunque para él sean hostiles, porque han sido ineludibles para las personas afectadas. La hostilidad aparece solamente en caso de que haya mediado acuerdo entre el poder público y las personas a fin de realizar un acto inspirado en un propósito contrario al régimen; en otros términos, cuando ha habido entendimiento de mala fe, cuando hay *connivencia dolosa*.

Distinta situación plantean los actos realizados *jure gestionis*. En ellos el Estado no procede como poder público; no impone la obligación de dar, hacer o no hacer, sino que obrando en el carácter de persona jurídica estipula con determinado individuo un contrato que origina derechos y obligaciones entre las partes. El acto nace de la concurrencia de dos voluntades: el gobierno efímero y el individuo que conviene con aquél después de haber deliberado acerca de sus conveniencias. Cuando el acto contractual se ha inspirado en un propósito hostil, hay *connivencia dolosa* de parte del individuo que ha contribuido a realizarlo, y por tanto puede ser anulado.

³³ "Texas v. White", 7 Wall. 700; "Hanauer v. Doane", 12 Wall. 342; "Knox v. Lee", 12 Wall. 457; "Hanauer v. Woodruff", 15 Wall. 439; "Corbet v. Williams", 20 Wall. 226; "Sprott v. United States", 20 Wall. 459; "Taylor v. Thomas", 20 Wall. 479; "Williams v. Bruffy", 96 U. S. 176; "Dewing v. Perdicarius", 96 U. S. 193, y otros.

La posible anulación de los actos de soberanía interior realizados por un gobierno efímero está regida, pues, por la doctrina de la *connivencia dolosa*. Esta doctrina se ajusta especialmente al problema planteado en el derecho internacional, porque al extranjero le está vedado inmiscuirse en la política local y si infringe esa obligación debe soportar las consecuencias.

2. Adoptada esta norma para resolver el problema internacional, resulta evidente que la *connivencia dolosa* no es posible cuando el acto es compulsivo, es decir, consumado por imposición del poder público y con abstracción de la voluntad del individuo; pero la *connivencia dolosa* puede existir cuando el acto, por ser voluntario, consiste en estipulaciones contractuales acordadas entre el poder público y el individuo.

En consecuencia, dada su naturaleza compulsiva, son válidos: los actos judiciales;³⁴ los actos legislativos o administrativos referentes al cobro de impuestos o de créditos del Estado, a la emisión de papel moneda, a la imposición de empréstitos forzosos o a la requisición de cosas o de servicios. Esto significa que el gobierno restaurado no puede requerir nuevo pago de los impuestos o créditos del Estado que han sido abonados al gobierno efímero,³⁵ ni puede negar valor al papel moneda emitido,³⁶ y debe indemnizar por los empréstitos forzosos o requisiciones que se han exigido.³⁷

³⁴ Debe tenerse en cuenta que estos actos dirimen cuestiones de orden privado y cuya solución es impostergradable. Si en las sentencias penales apareciera como determinante la hostilidad, no sería indispensable anularlas; sus efectos pueden ser morigerados por medio de la amnistía o el indulto.

³⁵ En 1864, al ofrecer sus buenos oficios para la pacificación del Uruguay, los representantes de la República Argentina, Brasil y Gran Bretaña elaboraron ciertas bases en las cuales se establecía que las sumas recaudadas por el general Flores, jefe de la rebelión, se considerarían ingresadas al tesoro nacional, y esta cláusula fue aceptada por ambas partes (*M. R. E.*, 1865, págs. 33 y 37).

Vencida la revolución de Cuyo, de 1866-67, el gobierno de la Provincia de Mendoza declaró nulos los pagos de impuestos hechos a los rebeldes. Una reclamación diplomática formulada con tal motivo por el gobierno de Chile fue desechada por el gobierno argentino, por considerar que la cuestión debía ser planteada por los propios interesados acudiendo a los tribunales (*ibidem*, 1868, págs. 210-220). Poco después, en un caso judicial promovido por varias personas damnificadas por la referida anulación, la Corte Suprema resolvió que los impuestos abonados a los rebeldes no podían ser cobrados nuevamente por el gobierno ulterior (*Fallos de la Corte Suprema*, 1ª serie, t. V, pág. 74).

En este mismo sentido: Moore, *Digest*, I, 49-51; II, 1111; y CI, 995-997; Raiston, *Ven. Arb.* 400-402 y 750-752; Hackworth, *Digest*, I, 140-142.

Dado su carácter voluntario, son anulables los actos que importan la afectación del patrimonio del Estado; en otros términos, las concesiones para la construcción o explotación de obras o de servicios públicos o para la extracción de riquezas naturales; la compraventa o arrendamiento de bienes muebles o inmuebles del Estado, como materiales, buques, tierras, minas y bosques; la locación de servicios y la emisión de títulos de deuda pública. La persona privada que voluntariamente ha contribuido a realizar ese acto jurídico no podía ignorar que trataba con un gobierno *de facto*; por consiguiente, el acto, si resulta lesivo para el Estado y ha sido determinado por *connivencia dolosa*, puede ser anulado.³⁸ La anulación no tiene efecto retroactivo, porque el acto, habiéndose realizado con quien poseía el ejercicio de la soberanía, ha tenido vigencia hasta el momento de la deposición del gobierno *de facto*, y aun puede haberse consumado totalmente, sin que el gobierno ahora restaurado lo haya impedido. La *connivencia dolosa* excluye la obligación de indemnizar por el hecho de la anulación. Sin embargo, en virtud del principio del enriquecimiento sin causa, el Estado, si resultare beneficiado materialmente por el acto anulado, debe resarcir, en la medida del beneficio restante, a la persona enteresada.³⁹

³⁸ Durante la Guerra de Secesión, los Estados Confederados emitieron abundante papel moneda (*Confederate States Treasury Notes*), que según su texto sería reembolsoable "después de la ratificación de un tratado de paz entre los Estados Confederados y los Estados Unidos de América". Terminada la contienda, algunos tribunales de la Unión declararon que esos billetes no eran válidos, porque su emisión había sido utilizada por una legislatura no reconocida por los Estados Unidos y respondía al propósito de ayudar a la rebelión ("Thomas v. Richmond", 12 Wall. 349; "Taylor v. Thomas", 22 Wall. 479; "Ray v. Thompson", 43 Ala. 434); pero la mayoría de los fallos, considerando que se trataba de una emisión impuesta a los habitantes por coerción irresistible y que todas las transacciones se habían realizado con esa moneda, declararon que aceptado el pago por el acreedor la deuda que daba cancelada ("Thorington v. Smith", Wall. 1; "Confederate Note Case", 19 Wall. 548; "Wilmington R. Co. v. King", 91 U. S. 23; "Glasgow v. Lipse", 117 U. S. 327; "Washington v. Opie", 145 U. S. 214, y otros).

³⁹ Moore, *Int. Arb.*, III, 2974.

³⁸ Moore, *Int. Arb.*, I 695; II, 1613; III, 2781, 2873, 2900 y 2935; Ralston, *Ven. Arb.* 145.

³⁹ Es el caso de los empréstitos emitidos en 1828 y 1831 por el gobierno *de facto* establecido en Portugal por el infante Don Miguel, que fueron declarados nulos por el gobierno de la reina María; pero, después de largas negociaciones, terminó Portugal, en 1892, reconociendo su validez hasta el monto de los fondos provenientes de aquellos empréstitos que al instalarse Doña María en el gobierno se encontraron en el tesoro público.

Es indudable que los actos jurídicos realizados entre personas privadas durante el dominio de un gobierno efímero, son válidos en principio; pero podrían ser anulados en el caso eventual de que importaran una *connivencia dolosa*.

LOS OBJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo VI

EL TERRITORIO

I. MODOS DE ADQUISICION

77. LA OCUPACIÓN — Como modo de adquirir territorio, la ocupación consiste en la toma de posesión que un Estado efectúa de un territorio no habitado, o habitado por pueblos salvajes o semicivilizados y mantiene esa posesión de modo efectivo y público.

La ocupación ha tenido considerable importancia en la época iniciada con los grandes descubrimientos geográficos del siglo XV que condujo a algunos Estados europeos, hasta fines del siglo XIX, a extenderse en los otros continentes. Hoy, estando ocupada y delimitada casi toda la superficie de la tierra, la regla de la ocupación tiene aplicación poco frecuente; sin embargo, reviste importancia en los casos en que se convierte un título territorial formado en la referida época, porque la cuestión debe ser resuelta aplicando los principios vigentes en el tiempo en que ese título se ha originado.

1. La ocupación se inspiró primero en las normas del Derecho Romano, según el cual requeríase la aprehensión material de una *res nullius* y el ánimo de poseerla para sí.

Cuando algunos países europeos comenzaron a penetrar en regiones habitadas por pueblos bárbaros o de civilización primitiva, las reglas del Derecho Romano resultaron estrechas. La Santa Sede, movida por el anhelo de promover la conversión de los infieles, asignó a los príncipes cristianos los territorios que allí descubriesen. Desde comienzos del siglo XV el Papado acordó a Portugal las tierras que descubriera en Africa y en las Indias Orientales; y apenas efectuado el descubrimiento de América, el Papa Alejandro VI, solicitado por los monarcas de España y Portugal para prevenir posibles conflictos a causa de las actividades ultramarinas que desarrollaban sus navegantes, dispuso en la bula *Inter Caetera*, dada el 6 de mayo de 1493, que las tierras descubiertas o por descubrir al

¹ Lo establecieron así, con respecto a las tierras que descubriera Portugal entre el Cabo Bojador y el Cabo Noun hasta las Indias Orientales, los papas Martín V, según bulas dadas desde 1417 a 1431, y Eugenio IV mediante bulas desde 1431 a 1447; y luego, con referencia a las costas de Guinea, los papas Nicolás V, con bulas desde 1452 a 1454, y Sixto IV según bula de 1481.

Oriente de una línea meridiana trazada a 100 leguas al Oeste de las Islas Azores y de Cabo Verde pertenecían a Portugal y las situadas al Occidente de la misma línea pertenecerían a España, todo ello a condición de que no estuviesen ya ocupadas por un príncipe cristiano para Navidad de 1492. Un año después —el 7 de junio de 1494— España y Portugal convinieron entre sí, por el Tratado de Tordesillas (aprobado por bula del papa Julio II, del 24 de enero de 1506), en trasladar mucho más al Occidente la “línea de demarcación”, pues estipularon que sería el meridiano que pasa a 370 leguas al Oeste de las Islas de Cabo Verde² (y no ya a 100 leguas de las Islas Azores y de las de Cabo Verde, dado que aquéllas se encuentran en longitud más occidental que éstas), y agregaron que ambos reyes se comprometían a no enviar navíos “a descubrir, contratar, rescatar o conquistar tierras” en la zona correspondiente al otro.

Es así como se introdujo la idea de que el primer descubridor obtiene el derecho de apropiarse del territorio. Pero este título fue pronto contestado.

La bula de Alejandro VI, al dividir el mundo en dos sectores, importaba atribuir a España y Portugal un monopolio colonial, basado en el descubrimiento. Inglaterra, Países Bajos y Francia, impulsados luego por el deseo de adquirir tierras ultramarinas, no reconocen tal exclusividad y niegan que el descubrimiento sea bastante para atribuir el dominio territorial. La Reina Isabel de Inglaterra otorga en 1578 una “Carta Patente” a Sir Humphrey Gilbert autorizándole “a descubrir las remotas tierras paganas y bárbaras, comarcas y territorios no poseídos actualmente por otro príncipe o pueblo cristiano y tomarlos, ocuparlos y disfrutar de ellos”; y en 1580, cuando el Embajador español protesta por el viaje de circunnavegación emprendido por Francisco Drake, la Reina Isabel le manifiesta que “no podía convencerse de que las Indias pertenecieran a España por el solo hecho de la donación del Papa . . . invistiendo (a los españoles) con la posesión, y esto basado solamente en que los españoles

² Según la *Hakluyt Society* de Londres, la “línea de demarcación” correspondía al meridiano 47°32'56" Oeste de Greenwich. Otros han dicho que la “línea de demarcación” era el meridiano 48°35'25" Oeste de Greenwich. La diversidad proviene del número de leguas que se asigne al grado geográfico.

hubiesen tocado en tal o cual punto, erigido refugios, dado nombre a algún río o promontorio, pues estos actos no pueden conferir el dominio...; de manera que esa donación no puede impedir que, en las regiones en que los españoles no residiesen, otros príncipes comercien y establezcan colonias". En el mismo criterio se inspiró la "Carta Patente" otorgada en 1584 a Sir Walter Raleigh. En esta posición política influía posiblemente el hecho de la Reforma protestante, a la que se habían inclinado Inglaterra y los Países Bajos; pero no era éste el único motivo, puesto que Francia adopta la misma actitud, y tanto los ingleses como los franceses y los holandeses se instalan en distintas regiones de América y Asia.

La doctrina del derecho internacional, desde que empieza a formarse en el siglo XVII, sostiene unánimemente la necesidad de la ocupación para adquirir territorio. Grocio, al reclamar en 1609 la libertad de los mares, afirma que el descubrimiento debe ser seguido de ocupación, y en su obra fundamental, publicada en 1625, observa que la ocupación es desde los tiempos primitivos el único modo real y originario de adquirir: Zouche sostiene en 1650 que la ocupación es el medio necesario para la adquisición del territorio y después de aseverar que el Pontífice Romano carece de la prerrogativa de disponer de las nuevas tierras, expresa que los derechos de España se extienden solamente a los lugares ocupados por ella.³ La doctrina que señala como indispensable la ocupación,

Es indudable que desde fines del siglo XVI resurgió la ocupación como determinante principal de la adquisición de territorios, y luego esta regla vino a ser precisada y consolidada cada vez más, cualquiera que fuese el procedimiento material empleado para la ocupación: ya mediante la instalación de soldados, misiones religiosas y autoridades dependientes de la metrópoli; ya por la radicación de calidad de colonos de considerable número de personas arribadas expresamente como hicieron los ingleses en América del Norte, o bien por la acción que desarrollaban compañías mercantiles autorizadas por su gobierno, como por ejemplo las tres Compañías de las Indias Orientales, la Inglesa, la Holandesa y la Francesa, fundadas respectivamente en 1599, 1602 y 1664.

³ Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, § IV. Zouche, *Juris et judicii fecialis*, iec. II, parte I.

enunciada por los más antiguos y eminentes juristas de los Países Bajos y de Inglaterra, es mantenida invariablemente, sin distinción de escuela, por los autores que más se destacan en los diversos países: en el mismo siglo XVII por los germanos Puffendorf, Rachel y Textor;⁴ y en el siglo XVIII por el holandés Bynkershoek, el germano Wolff el suizo Vattel.⁵

No se denegaba en absoluto, desde luego, validez al descubrimiento, a condición de que fuese realizado por persona debidamente autorizada por el gobierno; mas era bien entendido que el descubrimiento otorga tan sólo un título inicial o incoado (*inchoate title* en la terminología inglesa), un título que debe ser completado, dentro de un tiempo razonable, por el hecho de la ocupación del territorio; y ese título es precario, pues pierde todo valor si aquella ocupación no se produce. En otros términos, el descubrimiento, si no era seguido por el hecho de la ocupación, no podía obstruir la acción positiva de los demás.

En muchos casos, siendo los nuevos territorios sumamente vastos y careciéndose de medios, sucedía que los exploradores limitábanse a efectuar un toma de posesión, un acto puramente simbólico y fugaz, consistente en practicar un desembarco, plantar una cruz, izar el pabellón y hacer constar todo ello en un acta. Contra ese método, calificado de "ocupación ficticia", se reaccionó de tal modo que desde comienzos del siglo XVIII señalase en la práctica internacional y en la doctrina la necesidad de que la ocupación sea efectiva.⁶ No significa esto, sin embargo, que la posesión se aplique materialmente a todas y cada una de las fracciones de un territorio, pero sí de manera que importe extender en él una autoridad siquiera virtual.

Resumiendo, podemos afirmar: 1º que desde fines del siglo XVI impera la regla de la ocupación para la adquisición de territorio *nullius*,⁷

⁴ Puffendorf, *Elementorum jurisprudentiae universalis* (1660), def. V i, § 16; y *De officio hominis et civis justae legem naturalem* (1672), cap. XII. Rachel, *De jure naturae et gentium dissertationes* (1676), dis. II. Textor, *Synopsis juris gentium* (1680), cap. VIII, § 14.

⁵ Bynkershoek, *De dominio maris* (1702), cap. I; y *Quaestionum juris publici* (1749), cap. III. Vattel, *Le droit des gens, etc.* (1758), lib. I, cap. XVIII, §§ 207-208.

⁶ Lo afirman Bynkershoek, Wolff y Vattel en las obras citadas en la nota precedente.

⁷ La regla de la ocupación se manifiesta desde comienzos del siglo XVI, aun entre España y Portugal, no obstante estar ligados por la bula de Alejandro VI. La evolución se apoyaba sin duda en la bula *Ea quae* (1506), la cual, al confirmar la partición de las colonias entre España y Portugal según el Tratado de Tordesillas, habla claramente de "islas descubiertas y ocupadas", manifestación lógica, porque la conversión de los infieles no podía obtenerse por el simple hecho del descubrimiento, sino mediante la ocupación del territorio.

y esta regla prevalece sobre la circunstancia del descubrimiento, el cual sólo confiere un título preliminar y precario; 2º que desde comienzos del siglo XVIII no basta la "ocupación ficticia" o simbólica y es indispensable que la ocupación sea efectiva.

Toda la evolución ulterior, tanto en la costumbre internacional como en la doctrina, viene a precisar y consolidar la regla de la ocupación efectiva; y en 1885 esta regla asume carácter contractual entre cierto número de Estados europeos con respecto a la colonización futura en el Africa Ecuatorial.

Efectivamente, en el congreso reunido en Berlín a raíz de un conflicto suscitado entre Gran Bretaña y Portugal con motivo de la colonización en la zona de los ríos Congo y Níger, se acordaron varias estipulaciones (Acta Final del 23 de febrero de 1885, arts. 34 y 35), cuyo contenido dispone, en síntesis, que deben observarse las siguientes reglas: 1º asegurar la existencia de una autoridad suficiente para hacer respetar los derechos adquiridos y en su caso la libertad de comercio y de tránsito; 2º acompañar el acta de toma de posesión de una notificación dirigida a los demás Estados contratantes, a fin de ponerles en condición de hacer valer sus reclamaciones si hubiere lugar a ello.

Estas reglas contractuales se generalizaron en la costumbre internacional y han sido precisadas por la doctrina de los autores y del Instituto de Derecho Internacional (Lausana, 1888).

Como resultado de las normas adoptadas en los tratados, en la práctica y en la doctrina, podemos concluir que desde fines del siglo XIX es menester, para adquirir territorio, que la ocupación efectiva reúna las siguientes condiciones: 1º que se trate de un territorio *nullius*, es decir, inhabitado, o habitado por tribus salvajes o por pueblos cuya organización no los caracteriza como un Estado, o un territorio que ha sido abandonado por un ocupante anterior; 2º que la ocupación sea realizada por un Estado independiente y no por personas o instituciones de naturaleza privada, salvo que ellas obren autorizadas por un Estado o que éste homologue oportunamente su acción; 3º que la ocupación consista en

Se explica, pues, que el Emperador Carlos V distinguiese entre el descubrimiento y la ocupación, al expresar en las instrucciones que dio en 1523 al embajador Zúñiga que, aun cuando naves portuguesas hubiesen visto y descubierto las Islas Molucas, no podía decirse que Portugal las hubiera tomado y poseído; en consecuencia, Carlos V declaraba que sus derechos a las Molucas eran indiscutibles por haberlas ocupado justamente (Goebel, Julius. Jr., *The Struggle for the Falkland Islands*, New Haven, 1927, pág. 96).

implantar un poder con medios suficientes para ejercer autoridad real, o al menos virtual, sobre el territorio, asegurando ciertos derechos, entre ellos el de propiedad, la libertad de conciencia y de cultos, la libertad de comercio y de tránsito y, en cuanto a la población indígena, facilitando la abolición de la esclavitud, reglamentando el consumo de bebidas alcohólicas, etc; 4º que la ocupación sea notificada oficialmente a los demás Estados.

En la jurisprudencia se produjeron varios interesantes casos que permitieron analizar la ocupación como título para adquirir territorio.

Analizaremos primero el famoso arbitraje entre Estados Unidos y Holanda de Max Huber, suizo, sobre la Isla de Palmas en 1928. Dicha isla está situada entre las Filipinas, entonces colonia de los Estados Unidos y lo que eran Indias Orientales Holandesas, hoy Indonesia. Los Estados Unidos, como sucesora de España en las Filipinas reclamaba la isla, aduciendo como título el descubrimiento. En esta oportunidad Huber analizó el llamado "principio de la intemporalidad", por el cual para establecer el título sobre un territorio debe tenerse en cuenta las normas jurídicas para adquirirlo, al tiempo que se produjo la ocupación, no el régimen jurídico vigente al tiempo de la controversia. El árbitro distinguió entre la creación de derechos y la subsistencia de derechos y dijo que "el mismo principio que somete el acto creador de un derecho al orden jurídico en vigor en la época en que el derecho surge, exige que la continuada existencia de ese derecho, en otras palabras, su manifestación continua . . ."⁸ Agregó que si bien el descubrimiento puede haber otorgado título en su época, lo que es discutible también, dicho título no podría sobrevivir hoy, cuando no basta el descubrimiento. El título del descubrimiento fue incoado, de acuerdo con la nueva doctrina, pero no fue perfeccionado por una posesión actual y durable durante un periodo razonable. Por consiguiente, el título de los Estados Unidos no puede prevalecer sobre el continuo y pacífico despliegue de autoridad de Holanda.

Otro caso judicial importante fue el de Groenlandia oriental entre Dinamarca y Noruega, ante la C.P.J.I., en 1933.⁹ Noruega proclamó la ocupación de ciertas partes de Groenlandia Oriental en 1931 y Dinamar-

⁸ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, pág. 829.

⁹ *Série A/B*, núm. 53, pág. 22.

ca contestó esta pretensión pidiendo a la Corte que la declarara inválida, pues la soberanía dinamarquesa se extendía a la totalidad de la isla. Noruega sostuvo, además, que no todas las partes de Groenlandia habían sido colocadas bajo administración dinamarquesa y que, en consecuencia, ciertos sectores eran *res nullius* susceptibles de ocupación por Noruega. La Corte afirmó el principio, ya establecido, de que la ocupación para crear título debe ser efectiva y agregó que esta efectividad debía constar de dos elementos demostrables, a saber, la intención de actuar como soberano y el ejercicio actual o despliegue de autoridad. Dinamarca probó su intención de establecer su soberanía, desde 1721, sobre la totalidad de Groenlandia. En cuanto al segundo elemento, debe recordarse que Dinamarca sólo se había establecido en ciertas zonas que no eran las reclamadas por Noruega. La Corte sostuvo, en cuanto al ejercicio de autoridad, que la ausencia de un reclamo similar sobre el territorio durante un largo periodo era una consideración importante y que un ejercicio ligero de autoridad era suficiente cuando otro Estado no puede presentar un reclamo superior. La Corte tuvo principalmente en cuenta las características de la zona en disputa y dijo que en zonas desérticas, desoladas e inaccesibles como Groenlandia no era razonable demandar un ejercicio de autoridad continuo e intenso. Dinamarca presentó pruebas categóricas, en materia de actos administrativos y leyes de aplicación a toda Groenlandia, así como tratados con otros Estados en que Dinamarca excluía de su aplicación al territorio de Groenlandia en general, otorgando así los otros Estados un reconocimiento implícito de la soberanía dinamarquesa. La Corte falló en favor de Dinamarca, dictaminando que su título sobre toda Groenlandia era legítimo y dicho territorio no era *res nullius*.

Otro caso interesante fue el arbitraje del Rey de Italia sobre la Isla Clipperton¹⁰ disputada entre México y Francia. En 1858 marinos franceses proclamaron la soberanía sobre la isla, que queda en el Océano Pacífico, al Oeste de las costas mexicanas. El acto fue oficialmente endosado y publicado. El ego otorgó una concesión de guano y Francia realizó una sola visita hasta 1897 en que México envió una expedición. México basó su demanda en sus derechos heredados de España, o en la alternativa en que el territorio era *res nullius*, pues los actos franceses eran inefectivos.

¹⁰ *Reports of International Awards*, vol. II, pág. 1105.

El árbitro, después de señalar que la posesión se produce normalmente por medio de una organización capaz de hacer respetar las leyes, observa que el establecimiento de esta organización es un medio o procedimiento para tomar posesión, pero no es idéntica a la posesión. Agrega que puede haber casos en que estando el territorio completamente deshabitado, queda a la disposición absoluta e indisputada del Estado ocupante que hace su aparición allí; desde ese momento y sin que sea necesaria una organización permanente la toma de posesión se da como cumplida y la ocupación completada. En consecuencia, los actos aislados de Francia fueron considerados prueba suficiente de soberanía.

En el caso de las Islas Minquiers y Ecréhous, entre Francia y Gran Bretaña, en 1953, la C.I.J. unánimemente reconoció la soberanía británica sobre estos islotes y rocas, situados entre las Islas Jersey y la costa francesa, sobre la base del ejercicio indudable de funciones estatales, tales como el levantamiento de sumarios penales por la autoridad inglesa, el registro de las modificaciones inmobiliarias en Jersey, censos efectuados, etc.; mientras que Francia no pudo presentar pruebas que se pudieran considerar un título válido.¹¹

Recientemente, en 1975, la C.I.J. tuvo oportunidad de pronunciarse sobre algunos aspectos de la ocupación en la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental. A la Corte se le preguntó si el Sahara Occidental era *terra nullius* al tiempo de la colonización española y si la respuesta era negativa a esta primera pregunta cuáles eran los vínculos jurídicos del territorio con el Reino de Marruecos y la entidad mauritana. El Sahara Occidental era un territorio no autónomo administrado por España. Respondiendo a la primera pregunta la Corte dijo que la expresión "*terra nullius*" era un término de técnica jurídica empleado a propósito de la ocupación, uno de los medios jurídicos aceptados para adquirir soberanía sobre el territorio. Y sigue describiendo la ocupación como un medio originario para adquirir soberanía diferente de la cesión y de la sucesión, siendo una de las condiciones esenciales para que sea válida, que tenga lugar sobre un territorio *terra nullius*. Analizando la situación particular del Sahara Occidental la Corte señaló que cualquiera haya sido la diferencia entre los juristas, la práctica de los Estados, en el período de la coloniza-

ción española, muestra que los territorios habitados por tribus o pueblos con una organización política y social no eran considerados *terra nullius* y, luego, no sujetos a ocupación y que la adquisición de soberanía se realizaba por medio de acuerdos con los jefes locales, lo que constituía un título derivado y no original.¹²

Uno de los problemas más discutidos en la jurisprudencia vinculada a cuestiones territoriales, especialmente la ocupación, es establecer la llamada "fecha crítica", es decir la fecha a partir de la cual una controversia queda cristalizada y cualquier acto u omisión de las partes no puede mejorar su derecho frente al Tribunal. En el caso de Groenlandia Oriental, la C.P.J.I. dijo refiriéndose a la proclama noruega del 10 de julio de 1931 anunciando la ocupación del área en cuestión: "Debe tenerse en cuenta, sin embargo, como la fecha crítica es el 10 de julio de 1931... es suficiente (para Dinamarca) establecer un título válido en el periodo inmediatamente precedente a la ocupación".¹³ En el caso de la Isla de Palmas los Estados Unidos reclamaron la sucesión de España, por el Tratado de cesión de 1898, y todo giró en torno a los derechos de este país en esa fecha. En el caso de Minquiers y Ecrehous la C.J.I. no especificó ninguna fecha crítica. En el asunto Río Encuentro en 1966 entre Argentina y Chile, el Tribunal informó que "ha considerado la noción de la fecha crítica de poco valor en el asunto actual y ha examinado la prueba presentada sin tomar en consideración la fecha de los actos a los que la prueba se refiere".¹⁴

2. Una extensión implícita de la ocupación efectiva se enuncia en la doctrina mediante la "teoría de la continuidad", según la cual, estando ocupada una parte determinada de territorio, se considera ocupadas las tierras *nullius* que toquen con ella. Esa teoría parece aceptable en caso de que se haya ocupado un punto de una isla pequeña y solitaria; y ha sido invocada con respecto a las cuencas hidrográficas, sosteniéndose que la ocupación de la embocadura del río implica la ocupación del territorio que él riega: así lo sostuvieron los Estados Unidos en su controversia con Gran Bretaña referente al territorio de Oregón, pero el tratado de 1848 que puso término a la cuestión no admitió aquella tesis y reconoció a

¹² I.C.J., *Reports*, 1975, pág. 39.

¹³ *Série A/B*, núm. 53, pág. 45.

¹⁴ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVI, pág. 166-167.

Gran Bretaña la soberanía en la parte superior y territorios adyacentes.¹⁵

La "teoría de la continuidad" fue rechazada en el arbitraje del Rey de Italia, en 1904,¹⁶ en el caso de la frontera de Guyana, entre Brasil y Gran Bretaña. El árbitro sostuvo que "la posesión efectiva de parte de una región, aunque puede conferir el derecho a la adquisición de la soberanía sobre el total de una región que constituya un todo orgánico, no puede conferir el derecho a adquirir la totalidad de una región que, sea por su extensión o su configuración física, no puede ser considerada una unidad orgánica de facto.

3. Según la "teoría de la contigüidad" —que presenta cierta analogía con la anterior— los efectos de la ocupación alcanzan a los territorios adyacentes que están separados por un brazo de mar, como también a las islas que se hallan próximas al mar territorial del territorio ocupado. Esa teoría ha sido aplicada en los archipiélagos del Océano Pacífico, estimándose que la ocupación de una parte implica la del conjunto.

En el caso de Isla de Palma, Max Huber calificó acertadamente esta teoría, desde el punto de vista estrictamente jurídico. Rechazó el argumento de Estados Unidos de la proximidad de las islas a las Filipinas como título. Dijo que era imposible demostrar la existencia de una norma de derecho internacional positivo por la cual islas próximas a la costa, pero fuera del mar territorial le pertenecen y que el supuesto principio es incierto y puesto en tela de duda por Gobiernos que en algunas oportunidades lo han invocado; dicho principio no era admisible, para Huber, como método jurídico de solucionar problemas de soberanía.¹⁷

4. ¿Qué normas deben aplicarse para la adquisición de territorio en las regiones polares? El problema se ha suscitado en las últimas décadas por varias causas; por el desarrollo de la aeronavegación y el consiguiente valor estratégico de esas regiones; por el incremento de la industria ballenera y por la posibilidad de que contengan yacimientos de petróleo

¹⁵ El reconocimiento de un *Hinterland* —que se ha realizado a fines del siglo XIX, según lo veremos oportunamente, con respecto a ciertos territorios africanos— es una aplicación de la "teoría de la continuidad", pero tiene el carácter de una estipulación contractual: consiste en convenir, a fin de evitar conflictos, que en determinada zona interior adyacente a una región costera o a la desembocadura de un río ya ocupado por uno de los Estados contratantes la otra parte se abstendrá de ejercer actos de ocupación.

¹⁶ *British Foreign State Papers*, vol. 99 (1905-1906), pág. 930.

¹⁷ U. N., *Repertory of International Arbitral Awards*, vol. II, pág. 854.

y otros minerales. Para resolverlo conviene tener presente que las exploraciones en aquellas zonas se han efectuado a partir de fines del siglo XIX, es decir, cuando requeriase, para adquirir soberanía sobre un territorio *nullius*, el hecho de la ocupación efectiva y hacia no menos de tres siglos que el simple descubrimiento había sido desechado de los modos de adquirir territorio.

Con respecto a la ocupación efectiva debemos observar que las condiciones climáticas y físicas de los casquetes Ártico y Antártico no son iguales. En el primero el clima, considerado a latitud equivalente con relación al Antártico, es menos frío a causa de la influencia moderadora de la *Gulf Stream*; en el Ártico existen diversas islas y archipiélagos y predominan en él las extensiones marítimas no siempre congeladas, mientras que el Antártico se presenta como un continente unido y cubierto de hielos. Debido a las características del clima y a la configuración, en el Ártico hay poblaciones hasta latitudes que pasan de los 80°, en tanto que en el Antártico los lugares habitables no alcanzan sino poco más allá de los 60°.

De estos hechos se desprenden consecuencias importantes para definir la condición jurídica de las regiones polares. Requisito esencial para una ocupación efectiva es la habitabilidad del lugar, y ésta no existe cuando el territorio está congelado permanentemente o la mayor parte del año; por lo tanto, deben considerarse "regiones polares" los territorios que, no obstante ser congelables, son habitables, y no necesariamente todos los que se hallan dentro del "círculo polar", el cual consiste en una línea imaginaria trazada con criterio astronómico y respondiendo a fines puramente científicos.

En las "regiones polares" existen algunas zonas en que la vida civilizada se mantiene de modo permanente. Trátase de ciertas costas o islas en que las aguas del mar, congeladas durante varios meses del año, se licúan luego, y esto permite las comunicaciones y la caza de ballenas. Poblaciones o establecimientos fijos existen así en Alaska, en Groenlandia, en la parte septentrional de Noruega y de Finlandia, en el archipiélago de Spitzberg, etc. Siendo así, parece indudable que en las zonas en que es posible instalar establecimientos fijos la norma que debe regir la adquisición del territorio es la ocupación efectiva.

Distinta es la situación en las zonas que están constantemente congeladas: la vida civilizada es imposible en ellas, y en consecuencia no puede exigirse una ocupación efectiva. Entretanto, la adquisición de esos territorios interesa no sólo para la mejor explotación de sus riquezas

naturales sino principalmente para asegurar la defensa nacional, y por ello es sin duda un derecho que corresponde al Estado más próximo o contiguo, sobre todo si posee los lugares de acceso.

5. En el Artico, la Unión Soviética y Canadá han reclamado derechos sobre sectores de dicha región, Dinamarca y Noruega han reclamado formaciones terrestres. Groenlandia y Spitzbergen, respectivamente. La soberanía de Dinamarca fue resuelta definitivamente en el caso de Groenlandia Oriental, al que ya nos hemos referido; los derechos de Noruega sobre Spitzbergen e islas aledañas se basa en la ocupación, que fue reconocida en 1920 por nueve países, con la protesta soviética.

Como lo estableció la C.P.J.I., en el caso de Groenlandia Oriental, la ocupación de masas terrestres en la región ártica debe ser acompañada por un minimum de actividad administrativa y de exploración; sus efectos jurídicos se extienden no sólo al perímetro habitable, sino que otorga título sobre los territorios dependientes de la zona efectivamente ocupada.

Canadá y la Unión Soviética, basados en la teoría de la contigüidad, han reclamado las tierras en el Artico dentro de los sectores comprendidos entre los extremos este y oeste de sus límites continentales y el Polo Norte. Se ha llamado a esto la "teoría del sector". Debe recordarse que a diferencia de la Antártida, el sector ártico es agua congelada, sin continente. Recientemente submarinos nucleares han atravesado el casquete ártico.

6. La casi totalidad de la Antártida es reclamada por distintos países, a saber: Australia, Argentina, Chile, Francia, Nueva Zelandia, Noruega y Gran Bretaña. Hay una zona no reclamada, entre los meridianos 150° O y 90° O, donde existe una preponderancia de bases de los Estados Unidos. Gran Bretaña basó en 1908 y luego en 1917, sus reclamos en los descubrimientos de Cook y Wedell, en actividades de sus autoridades supervisando la caza de focas, ballenas y pingüinos y en el establecimiento de ciertas poblaciones en las islas exteriores. Nueva Zelandia reclama las llamadas Dependencias de Ross desde 1923, sobre la base de actividades de sus funcionarios en dicha zona, la extensión a ella de su legislación y el dictado de reglamentos sobre la caza de la ballena. Francia reclama la llamada "Tierra de Adelia", sobre la base del descubrimiento por Dumont D'Urville y en misiones científicas enviadas. En 1933 la corona británica reclamó para la soberanía australiana un vasto sector entre 45 E y el 160 E, superponiéndose a parte del sector francés, sobre la base del ejercicio de poderes gubernamentales y admi-

nistrativos. Noruega adelantó en 1929 que las exploraciones de Amundsen le otorgaban un interés prioritario y en 1939 proclamó la soberanía sobre el sector comprendido entre los reclamados por Australia y Gran Bretaña. Chile dictó en 1940 un decreto por el que señaló que forman parte del territorio chileno el sector entre el meridiano 53° 0 y 90° 0, sobre la base de títulos españoles, continuidad, contigüidad, otorgamiento de concesiones al comienzo de siglo, el dictado de actos administrativos, el establecimiento permanente de chilenos en la isla Decepción y la presencia de balleneros chilenos.¹⁸ La Argentina reclama el sector entre los meridianos 25° 0 y 74° 0 y el paralelo 60° de latitud sur, sus títulos son analizados *in extenso* más adelante.¹⁹ Los reclamos de Argentina, Chile y Gran Bretaña se superponen en alguna medida.

Los Estados Unidos no reclaman ningún sector de la Antártida, pero no reconocen proclamaciones de soberanía de otros Estados. Esta política, fijada en 1924 por el Secretario de Estado Hughes, ha sido seguida hasta el presente, sobre la base que la Antártida no es susceptible de ocupación por sus características geográficas y que, de todas maneras, las actividades realizadas no son suficientes para crear título. En 1948, los Estados Unidos propuso la internacionalización de la Antártida, bajo el régimen de administración fiduciaria, lo que no fue aceptado.

La Unión Soviética no reclama sector, pero ha realizado una intensa labor en dicho continente, manteniendo un interés histórico desde el viaje de circunvalación de Bellinghausen en 1819 y la visita de Lazarev en 1821.

El hecho que las reclamaciones territoriales estén enmarcadas por longitudes astronómicas, con un punto vértice en el polo sur, es decir, dentro de un "sector", no significa la aceptación de la misma teoría aplicable al polo norte. En la Antártida el sector se usa sólo con un criterio de delimitación geográfica de los títulos territoriales entre los Estados, cuya base tiene otro fundamento.

7. En 1957-1958 tuvo lugar el Año Geofísico Internacional, en cuyo transcurso se realizaron actividades de investigación importantísimas en la Antártida. Dichas actividades orientaron las investigaciones

¹⁸ Argumentos tomados de E. Barros Jarpa, *Manual de Derecho Internacional Público*, Santiago, 1955, págs. 340-341.

¹⁹ *Infra*, núm. 85.6, pág. 226.

científicas futuras en la zona y una situación que hizo accesoria la adopción de reglas para la continuación de tales investigaciones y la convivencia pacífica en el área. En consecuencia, el 2 de mayo de 1958 el gobierno de Estados Unidos invitó a once países a participar de una conferencia internacional para adoptar un tratado por el que la Antártida quedara abierta a las investigaciones científicas y a otras actividades pacíficas. El resultado de esta conferencia fue el Tratado Antártico**, firmado en Washington el 1º de diciembre de 1959, por Argentina, Australia, Bélgica, Chile, Francia, Japón, Nueva Zelandia, Noruega, Unión Sudafricana, Unión Soviética, Gran Bretaña y Estados Unidos.

El uso pacífico de la Antártida está establecido en el artículo 1º del Tratado y a tal efecto se acompañan varias obligaciones de no hacer, a título de ejemplo, con referencia a la prohibición general de adoptar medidas de carácter militar en la zona. No se permite el establecimiento de bases militares, la realización de maniobras militares y los ensayos de todas clases de armas. No se trata ni de desmilitarización, porque nunca ha estado militarizada, ni tampoco de neutralización, sino de la mera no militarización. Como algunas fuerzas armadas, entre ellas Argentina, Chile y Estados Unidos, han llevado a cabo una intensa labor de exploración y científica, el inciso 2º, de este artículo 1º, expresa que el Tratado no impedirá el empleo de personal o equipos militares con propósitos científicos.

La libertad de investigación científica, otro de los propósitos del Tratado, queda consagrada en el artículo 2º. Dicha libertad y la cooperación hacia ese fin, seguirán siendo aplicadas conforme se hizo durante el Año Geofísico y sujetas a las disposiciones del Tratado. Esta libertad consiste en la libre elección de las disciplinas científicas a investigar, libre desplazamiento y creación de bases e instalaciones. La cooperación comprende el intercambio de información sobre programas, de resultados científicos y de personal, tal como lo establece el artículo 3º.

El ámbito territorial del Tratado se extiende a la región al sur de los 60º de latitud Sur, incluida la barrera de hielo, conforme con el artículo 6º. Es decir, se incluye al continente y a los hielos unidos a las costas. Las aguas al sur de latitud 60º conservan el carácter de alta mar, aunque su superficie se congele temporariamente, y quedan sometidas a las normas de derecho internacional.

** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 327 a 333.

Respecto de las reclamaciones territoriales de distintos Estados y de la presencia de bases de países que no presentan reclamaciones, el Tratado paradójicamente "congeló" todo tipo de pretensiones en el artículo 4º. En el inciso 1º, se establece que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como una renuncia por las Partes Contratantes a sus derechos de soberanía territorial, ni como una renuncia a cualquier fundamento de reclamación de soberanía territorial que pudieran efectuar las partes contratantes, ni como perjudicial a su posición de reconocimiento o no reconocimiento de la soberanía territorial de otro Estado en la región. El inciso 2º dispone que ningún acto o actividad que tenga lugar en la Antártida servirá de fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial, ni para crear derechos de soberanía; además, no se podrán hacer nuevas reclamaciones de soberanía territorial, ni ampliar las existentes.²⁰

Aparte de la aplicación directa de las normas del Tratado por sus partes contratantes, el artículo 9º prevé Reuniones Consultivas que tienen lugar cada dos años y que las que se adopta recomendaciones por unanimidad, que pueden considerar cualquier tema vinculado con el Tratado. Aunque varios países han tratado de materializarlo, no se ha establecido, hasta ahora, ninguna Secretaría Permanente y los contactos entre las partes, preparatorios de las Reuniones Consultivas, se realizan por la vía diplomática normal.

Además, el Tratado crea, como forma de aplicación, un sistema de inspección, en el artículo 7º. Cada Parte Contratante tiene derecho a designar observadores nacionales, no internacionales, con facultad de acceso a todas las regiones de la Antártida, así como a las instalaciones, equipos, navíos, aeronaves, puntos de embarque y desembarco. También podrá efectuarse observación aérea. Las Partes se obligan a informar a las otras Partes de toda expedición que vaya a la Antártida, todas las estaciones que se establezcan y todo personal y equipo militar que allí se envíe.

²⁰ El representante argentino hizo la siguiente declaración al aprobar el Tratado, respecto al artículo 4º: "La República Argentina declara que conforme al artículo IV, inciso 1, párrafo 2) del Tratado ninguna de sus estipulaciones deberán interpretarse o aplicarse como afectando sus derechos fundados en títulos jurídicos, actos de posesión, contigüidad y continuidad geológica en la región comprendida al sur del paralelo 60, en la que ha proclamado y mantiene su soberanía".

Es importante destacar la solución dada por el Tratado al difícil problema de la jurisdicción en el artículo 8º. Los observadores, el personal científico intercambiado, así como las que acompañan a dichas personas, están sometidas a la jurisdicción de la parte contratante de que son nacionales, "en lo referente a las acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentren en la Antártida, con el fin de ejercer sus funciones". Las Partes deben tratar de solucionar, mediante la consulta, las controversias que se pueden presentar con respecto al ejercicio de la jurisdicción hasta que la Reunión Consultiva considere la cuestión en vista a hacer recomendaciones. No parece estar resuelto el problema de la jurisdicción del personal de una base que se encuentra en un sector reclamado por otro país.

El Tratado contiene dos importantes innovaciones en materia de desarme. En primer lugar, la desmilitarización de la región, que puede ser exclusivamente utilizada con fines pacíficos, de acuerdo con el artículo 1º, que ya hemos analizado. Esta norma fue la predecesora del Tratado sobre la exploración y utilización del espacio ultraterrestre**. La segunda novedad es el artículo 5º, por el que se prohíbe toda explosión nuclear y la utilización de la Antártida para la eliminación de desechos radioactivos; dichas normas sólo pueden ser derogadas mediante acuerdos internacionales sobre el uso de la energía nuclear en el que sean partes todos los Estados que pueden participar en las Reuniones Consultivas. Debe recordarse que se prohíbe "toda explosión nuclear", cualquiera sea el medio en que tenga lugar; es decir, va más allá del Tratado sobre prohibición de ensayos nucleares*** de 1963, de Moscú, que prohíbe dichas explosiones en la atmósfera, pero permite las subterráneas.

De acuerdo con el sistema del Tratado, no hay investigación científica internacional, salvo acuerdo especial entre dos o más países, la investigación sigue teniendo carácter netamente nacional. La coordinación y promoción de la actividad científica, la realiza el Comité Científico de Investigación Antártica (SCAR), integrado por los organismos nacionales dedicados a dicha investigación de los doce signatarios.

*** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para el Tratado sobre la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, págs. 295 a 300 y para el Tratado para proscribir ensayos de armas nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo la superficie de las aguas, págs. 681 a 683.

El Tratado está abierto a la adhesión, pero solo se podrá participar en las reuniones Consultivas, conforme con el artículo 9º, inciso 2º, si se demuestra interés en la Antártida, mediante la realización de investigaciones científicas importantes, como el establecimiento de una estación científica o el envío de una expedición científica. Algunos Estados, como Brasil, Checoslovaquia, Polonia, Dinamarca y Países Bajos, se han adherido al Tratado, pero no han realizado actividad científica.

El Tratado tendrá una duración de 30 años y podrá ser modificado o enmendado con el consentimiento unánime de todas las Partes que pueden participar en las Reuniones Consultivas.

78. LA CONQUISTA. — La sumisión a la soberanía de un Estado, por medio de la fuerza, de un territorio perteneciente a otro Estado —esto es, la conquista— fue frecuentemente un modo de adquirir territorio. Más aún, la ocupación bélica importaba *ipso facto* la conquista.

La Revolución Francesa reaccionó contra estas prácticas, declarando en 1790 que sus ejércitos no invocarían ya el “derecho de conquista” en los territorios que ocuparan; sin embargo, considerando que los reyes eran usurpadores de la soberanía del pueblo, autorizó a sus generales a “proceder en nombre de la República Francesa” a reorganizar las autoridades locales por medio de leyes internas. Con todo, la ocupación bélica no importaba ya la abrogación inmediata de la soberanía.

Desde el siglo XIX se concreta la reacción contra la conquista. Los países hispanoamericanos reunidos en los congresos de Panamá (1826) y de Lima (1865) se coaligan para defender su independencia; y años más tarde, en la I Conferencia Internacional Americana (Washington, 1889-90), las repúblicas del continente formulan una condenación moral del “derecho de conquista”.

La proscripción de la conquista, enunciada reiteradamente desde 1918 por el Presidente Wilson, inspira el Pacto de la Sociedad de las Naciones,* especialmente en su artículo 10, según el cual los miembros de la institución “se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los miembros de la Sociedad”.

La Carta de las Naciones Unidas** da un importante paso al prohibir, en el artículo 2º, inciso 4º, la amenaza o el uso de la fuerza contra la

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Carta de las Naciones Unidas, págs. 9 a 35.

integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Dentro del sistema de la Carta el uso de la fuerza sólo es legal cuando se la utiliza en legítima defensa, conforme con el artículo 51, o cuando se actúa cumpliendo una decisión del Consejo de Seguridad, dentro de las facultades que le otorga el Capítulo VIIº. La Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados***, adoptada por la Asamblea General, en 1970, establece: "El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. No se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza. Nada de lo dispuesto anteriormente se interpretará en un sentido que afecte: a) A disposiciones de la Carta o cualquier acuerdo internacional anterior al régimen de la Carta y que sea válido según el derecho internacional; o b) Los poderes del Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta".

Finalmente, todo ello se traduce en el no reconocimiento de las adquisiciones territoriales obtenidas por medio de la fuerza, aunque la conquista aparezca disimulada como una cesión que se estipula en un tratado de paz.²¹

Aquella actitud —conocida con el nombre de "Doctrina Stimson"— fue adoptada por el gobierno de Estados Unidos al manifestar, en notas dirigidas el 7 de enero de 1932 a los gobiernos de China y Japón con motivo de la campaña militar desarrollada por éste en Manchuria, que no reconocería ninguna situación de hecho o tratado que modificaria la soberanía de China o los derechos de los Estados Unidos establecidos por los tratados, ni reconocería las situaciones o acuerdos que se alcanzaran por medios contrarios al Pacto de París del 27 de agosto de

*** *Vid.* Ruda, José María. *Instrumentos Internacionales*, para la Declaración de los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, págs. 671 a 679.

²¹ Algunos autores distinguen entre conquista y anexión. La conquista, p.e. supuesto, precede la anexión y ésta sólo puede tener efecto hasta que exista extinción de la soberanía y la presunción que el control será permanente. Mientras no exista anexión, el conquistador está llevando a cabo una mera ocupación beligerante. D.P.O'Connell, *International Law*, London, 1965, págs. 495-502.

1928. Esa actitud fue objeto en seguida de una manifestación colectiva: la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, por resolución aprobada el 11 de marzo de 1932, declaró que los Estados miembros tenían la obligación de no reconocer ninguna situación, tratado o acuerdo que pudieran obtenerse por medios contrarios al Pacto de la Sociedad de las Naciones o al Pacto de París. Meses después, con motivo de la guerra entre Bolivia y Paraguay, todos los Estados americanos formularon el 3 de agosto de 1932 una declaración similar, expresando que no reconocerían ningún arreglo territorial del conflicto del Chaco que no fuese obtenido por medios pacíficos ni la validez de las adquisiciones territoriales obtenidas por medio de la ocupación o de la conquista por la fuerza de las armas, y a esta declaración se adhirieron ambos beligerantes. Reglas análogas se consignaron en el "Pacto Saavedra Lamas" (Rio de Janeiro, 10 de octubre de 1933),* y en otros acuerdos interamericanos: en el artículo 11 de la convención sobre derechos y deberes de los Estados (Montevideo, 26 de diciembre de 1933); en declaraciones formuladas por la Conferencia extraordinaria de Buenos Aires (1936) y por la VIII Conferencia de Lima (1938), y ellas se introdujeron en la Carta de la Organización de los Estados Americanos** (Bogotá, 1948), cuyo artículo 20 establece: "El territorio de un Estado es inviolable; no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aún de manera temporal. No se reconocerían las adquisiciones territoriales o las ventajas especiales que se obtengan por la fuerza o por cualquier otro medio de coacción". Entre los Principios de la O.E.A. se reafirma en el artículo 3º, inciso c), que: "Los Estados Americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos"

79. OTROS MEDIOS.— El Estado puede adquirir territorio en virtud de otros hechos, a gunos originarios y otros derivados.

1. Los hechos originarios son obra de la naturaleza o provienen del trabajo de los hombres.

Así, el Estado adquiere territorio por *accesión* cuando surge una isla dentro del mar territorial o de un río o lago en que ejerce soberanía, o cuando por medio de obras de ingeniería gana terreno desde la costa construyendo espigones, muelles, terraplenes y rellena los espacios inter-

** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 435 a 465.

medios; adquiere por *aluvión* como resultado de la acumulación lenta de tierra que depositan las aguas formando islas o deltas en el territorio marítimo o fluvial; y adquiere por *avulsión* la masa de tierra que, desprendida súbitamente y por sí misma de otro territorio, se añade al propio.

El arbitraje sobre El Chamizal, entre México y los Estados Unidos, definió una controversia sobre adquisición de territorio por avulsión.²² El límite entre ambos países fue fijado en 1848 en el canal más profundo del Río Grande. La aplicación del Tratado dio lugar a problemas y en 1869 se creó una comisión internacional para resolver las controversias resultantes de alteraciones habidas en el río, producidas algunas por erosión lenta y otras por avulsión. Las diferencias se resolvieron sobre la base de que los depósitos mayores pasarían al Estado sobre cuya margen se habían formado, salvo el predio de El Chamizal, entre El Paso, Texas y Ciudad Juárez, Chihuahua. Los Estados Unidos alegaron que la incorporación de esta parcela a su territorio fue lenta, por aluvión, mientras que México arguyó que había operado la avulsión, por lo que el límite se mantenía en el viejo lecho del río. Los Estados Unidos, además, basaron su reclamo en la prescripción. El asunto fue llevado a arbitraje y se resolvió, en 1911, que la intención de las partes en el Tratado de 1848 era que la frontera siguiera los cambios en el río, excepto los casos que el agua abandonara el viejo canal e hiciera uno nuevo. El Tribunal resolvió, por mayoría, que los Estados Unidos tenía título válido sobre la parte de la parcela entre la mitad del lecho del río, tal como fue relevado en 1852 y la mitad de dicho lecho, como existía antes de las inundaciones de 1864, es decir, lo que había sido objeto de aluvión, pero la parcela entre el lecho de 1864 y el actual, donde había operado la avulsión, quedaba bajo la soberanía de México, el límite se establecía, pues, donde estaba en 1864. La prescripción fue rechazada. Los Estados Unidos se rehusaron a aceptar el laudo, sobre la base que iba más allá de las peticiones, pero en 1963 el diferendo fue solucionado por medio de un tratado especial que estableció una nueva línea y diversas compensaciones, aunque "deseando cumplir con el laudo de 1911 en las circunstancias de hoy"²³

2. Los hechos derivados provienen de fuentes jurídicas.

La *cesión* es la transferencia de la soberanía sobre determinado territorio realizada por un Estado a otro mediante un convenio formal.

²² *American Journal of International Law* (1911), vol. 5, pág. 782.

²³ Swift, Richard, *International Law*, pág. 139.

Puede hacerse sin compensación, como es la cesión estipulada en un tratado de paz —caso en que puede ser una forma disimulada de conquista—, o puede realizarse mediante compensación, es decir, en calidad de venta o permuta. En algunas circunstancias, la cesión se efectúa por medio de un plebiscito, que puede ser condición previa a la cesión o tan sólo un acto confirmatorio.²⁴

La cesión no se puede considerar perfeccionada hasta que el territorio no haya sido efectivamente ocupado. En el caso de los Intereses Alemanes de Alta Silesia, la C.P.I.J. señaló que no había cambio de soberanía hasta “la completa desaparición de todo vínculo político con el Estado cedente, aunque el tratado relativo a la cesión no hubiera entrado en vigor”.²⁵

Por *sucesión* adquiere soberanía sobre el territorio el Estado que nace como consecuencia del fraccionamiento de otro o por emancipación. En la época de las monarquías absolutas, confundiéndose el territorio con el patrimonio personal del soberano, era frecuente que aquél pasara por herencia, en todo o parte, al príncipe que le sucedía.

Se adquiere por *adjudicación* el territorio atribuido al Estado por sentencia de un tribunal arbitral o internacional.

Por *prescripción* se adquiere el territorio que un Estado posee durante muy largo tiempo y es reivindicado por otro. Debe advertirse que no se trata propiamente del problema de la ocupación, pues ésta se refiere a la adquisición de un territorio *res nullius*; el problema de la prescripción adquisitiva se presenta más bien con respecto a una zona territorial situada entre dos países limítrofes. La doctrina entiende, en su mayoría, que es menester, para que la prescripción adquisitiva se opere, una posesión que reúna ciertas condiciones: 1º que haya sido establecida lícitamente, es decir, mientras por los tratados no esté vedado implantar posesión o mientras no haya sido lograda por la violencia; 2º que la

²⁴ A fin de prevenir dificultades, debe establecerse de antemano cuál es la autoridad que habrá de presidirlo y debe especificarse si el derecho de sufragio lo tendrán únicamente los individuos originarios del territorio en cuestión o todos los nacionales del Estado afectado; resuelto este punto, si han de votar solamente los domiciliados en dicho territorio o también los no domiciliados; si podrán votar los extranjeros domiciliados; si el hecho del domicilio debe tener cierta antigüedad y cuál ha de ser ésta; si podrán votar ambos sexos o no, y finalmente cuál debe ser la edad mínima de los votantes.

²⁵ *Série A*, núm. 7, pág. 38.

posesión se conserve de modo público y subsista sin ser turbada por protestas o reclamaciones por parte de otro Estado o que, habiendo quedado en suspenso, no sea interrumpida por otra posesión sobreviniente, efectuada en las condiciones que para ésta se requieren; 3º que la posesión se prolongue durante un tiempo suficientemente largo para que pueda presumirse que cualquier otro Estado ha desistido de invocar derechos al territorio. Cuando se reúnen estas condiciones la prescripción adquisitiva viene a bonificar un título dudoso; si falta alguna de esas condiciones, la prescripción adquisitiva no tiene efecto, porque importaría legitimar un despojo. En cuanto al tiempo necesario para que la prescripción se opere, no es posible indicar como mínimo un número de años determinado, porque la vida del Estado, a diferencia de la vida del hombre, no se considera limitada a breve plazo; corresponde juzgar en cada caso, de conformidad con las circunstancias, si el tiempo transcurrido autoriza a estimar que la posesión, obtenida y conservada en las condiciones antes mencionadas, ha quedado generalmente consentida.

En el caso de las Islas Minquiers and Ecrehous, entre Gran Bretaña y Francia, la Corte Internacional de Justicia las adjudicó en favor de la primera sobre la base de la prueba en cuanto a la posesión británica de las islas, con demostración de actos de gobierno, como ya lo señalamos. Ambas partes trataron de argumentar sobre la base de títulos medievales, desde la época de la conquista normanda de Inglaterra en 1066, por lo que la Corte señaló que la disputa no presentaba el carácter de una controversia sobre ocupación de una *terra nullius*; lo importante no era la presunción indirecta que se podía deducir de los sucesos de la Edad Media, sino la prueba relacionada con la posesión de las Islas.²⁶

3. El principio llamado del "estoppel" o "preclusión" ha sido de aplicación en distintas instituciones del derecho internacional, pero ha juzgado un papel más significativo en relación con disputas de carácter territorial, por ello analizamos aquí este principio de carácter procesal, que ha sido tomado de la jurisprudencia anglo-sajona. El "estoppel" es en realidad nada más que una regla de prueba que ha tenido importantes consecuencias procesales, "en virtud de la cual si una parte formula una declaración de hechos y la otra parte toma alguna medida basándose en ella, los tribunales no permitirán después a la primera que niegue la verdad de su declaración si la parte que actuó sobre la base de tal

²⁶ I.C.J., *Reports*, 1953, pág. 47.

declaración resulta perjudicada, si se prueba que la misma era falsa".²⁷ Se discute en derecho internacional si el "estoppel" tiene el valor de principio. En general los tribunales internacionales no han aplicado uniformemente esta regla, su actitud frente a ella ha sido de una gran cautela. Pueden, tal vez, citarse como aplicaciones los casos del Arbitraje del Rey de España y del Templo de Preah Vihear. En el primer asunto Nicaragua sostuvo que el Laudo Arbitral del Rey de España de 1906 era inválido basándose en diversos argumentos; la C.I.J. determinó que el laudo era válido, señalando que Nicaragua no podía pretender lo contrario, cuando por sus declaraciones y conducta había reconocido como tal dicho laudo.²⁸ En el asunto del Templo la C.I.J. estableció que Tailandia, que había invocado el error para desconocer un acuerdo fronterizo, estaba impedida por su conducta de alegar que no aceptaba el Tratado.²⁹

No debe confundirse al "estoppel" con el reconocimiento y la aquiescencia, er que no hay hechos falsos, sino ciertos.

III. LOS LÍMITES INTERNACIONALES

80. NOCIONES GENERALES. — Los límites entre los Estados se fijan tomando por base ciertos accidentes naturales, como montañas, ríos, lagos, etc. o bien recurriendo a elementos artificiales, como los meridianos y paralelos geográficos o el trazado de líneas imaginarias entre determinados puntos de referencia indicados en el terreno. Se adoptan así, respectivamente, límites naturales o límites artificiales (estos últimos se llaman también arcifinios); pero esta clasificación, meramente formal, no implica atribuir superioridad a unos sobre otros.

Denominanse "fronteras naturales" a las que se mantienen o se reivindicán con el propósito de asegurar la mejor defensa militar de un Estado. Ello responde a una idea política y no necesariamente jurídica; pero ha sido invocada a menudo para cohonestar propósitos de expansión territorial.

²⁷ Akenhurst, M., *Introducción al Derecho Internacional*, 1972, pág. 232.

²⁸ I.C.J., *Reports*, 1960, pág. 213.

²⁹ I.C.J., *Reports*, 1962, pág. 32.

81. LA REGLA DEL "UTI POSSIDETIS". — Los Estados hispanoamericanos invocaron frecuentemente la regla del *uti possidetis* para sostener sus respectivos derechos territoriales en las cuestiones de límites que mantuvieron entre sí. Esa expresión —proveniente de la fórmula usada por los pretores romanos para proteger la posesión (*Uti . . . possidetis . . . ita possideatis*; esto es, "así como poseéis . . . así poseeréis")— había sido empleada por España, a mediados del siglo XVII, para señalar en sus dominios coloniales hasta dónde llegaban los derechos y privilegios que otorgaba, y los Estados hispanoamericanos, al invocarla, querían significar que sus límites respectivos debían ser los establecidos por la metrópoli hasta el momento de su emancipación, mediante cédulas reales y otros documentos, para las distintas jurisdicciones coloniales —virreynatos, capitanías generales, intendencias, etc.,— de las cuales se consideraban sucesores.

Introducida por Colombia en los tratados de Panamá de 1826, esta regla fue adoptada en muchos tratados de límites o de arbitraje celebrados entre Estados hispanoamericanos: los de América del Sur la expresaron como "*uti possidetis* de 1810" y los de América Central como "*uti possidetis* de 1821". Sin embargo, su aplicación se tornó difícil por varias causas: en primer lugar, existían enormes extensiones de territorio desconocidas y despobladas o solamente habitadas por tribus indígenas; además, teniéndose un conocimiento imperfecto del terreno, los mapas resultaban deficientes o erróneos y las denominaciones topográficas eran a menudo imprecisas, por lo cual no coincidían con las cédulas reales que delimitaban las referidas jurisdicciones coloniales; sucedía a veces que las jurisdicciones eran distintas en lo político, en lo judicial y en lo eclesiástico; y finalmente ocurría en muchos casos que la posesión real del territorio, cuando éste podía ser ubicado, era distinta a la que correspondía según el título. Se explica, pues, que aparecieran dos fórmulas: el "*uti possidetis juris*" que tenía en mira el derecho otorgado por los títulos reales, cualquiera que fuese la posesión material; y el "*uti possidetis de facto*", que se refería al hecho de la posesión existente.

Con todo, la regla del *uti possidetis*, pactada en las negociaciones sobre límites como base para llegar a una solución, permitió alejar el peligro de choques en las regiones disputadas; y ese recurso, si no fue decisivo por sí mismo, hizo posible más tarde resolver aquellas cuestiones en forma pacífica, por medio de acuerdos directos recurriendo al arbitraje.

82. LA DELIMITACIÓN EN LAS MONTAÑAS Y EN LOS RÍOS. — Cuando se adopta cómo base para el trazado de los límites territoriales una cadena de montañas, puede indicarse como divisoria la línea imaginaria que pasa por las más altas cumbres o bien la que pasa por la línea de separación de las vertientes hacia uno y otro lado (*divortium aquarum*). La adopción de una u otra fórmula depende de la topografía del terreno y de otras circunstancias; se trata, pues, de fórmulas distintas y no deben confundirse en una sola, como puede ocurrir cuando se expresa que el límite debe pasar “por las más altas cumbres que separan las aguas”. Esta última fórmula es redundante en caso de que la separación de las aguas sea notoria hacia un lado y otro de las más altas cumbres, pues entonces se está en presencia de un encadenamiento regular que ofrece el aspecto de un ángulo diedro y, si ello no es así, la referida fórmula se presta a graves confusiones, según vino a comprobarse durante la cuestión de límites argentino-chilena.

La delimitación en los ríos será examinada más adelante. Aquí debemos observar que, para el caso de haberse establecido como línea divisoria el cauce de un río y sucede luego que éste desvía su curso, presentándose como posibles dos soluciones distintas: a) la línea limitrofe permanece en el antiguo cauce, aun cuando por haber dejado de ser navegable deba fijarse aquella línea, no ya en el *Thalweg*, sino en la línea media del lecho abandonado; b) la línea limitrofe se traslada al nuevo cauce del río. La primera solución tiene en cuenta la conveniencia de no alterar la extensión territorial de los Estados colindantes y ha sido adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en varios litigios entre Estados de la Unión.³⁰ La segunda solución se basa en la necesidad de facilitar el uso común de las aguas. Las distintas soluciones se inspiran, pues, en factores diversos y su valor e influencia deben pesarse en cada caso según las circunstancias. Sin duda por ello los tratados de paz de 1919 autorizaron a las comisiones de límites a aplicar una u otra solución. Por otra parte es indudable que si, al adoptarse como línea divisoria el cauce de un río, se ha convenido estabilizar el curso de las aguas mediante la ejecución de obras de ingeniería a fin de compartir allí su utilización

³⁰ *New Orleans v. United States*, 10 Pet 662 (1836); *Jefferis v. East Omaha Land Co.*, 134 U.S. 178 (1890); *Nebraska v. Iowa*, 143 U.S. 359 (1892); *Missouri v. Nebraska*, 196 U.S. 23 (1904); *New México v. Texas*, 275 U.S. 279 (1928); *Iowa v. Illinois*, 147 U.S. 1 (1893); *Minnesota v. Wisconsin*, 252 U.S. 273 (1920); *Arkansas v. Tennessee*, 246 U.S. 158 (1918); *Wisconsin v. Michigan*, 295 U.S. 445 (1935); *New Hersey v. Delaware*, 291 U.S. 361 (1934); *Louisiana v. Mississippi*, 282 U.S. 458 (1931).

permanente, corresponde la primera solución —como asimismo mantener expeditas esas obras— porque todo ello se ajusta a la voluntad común de las partes.

83. LA DEMARCACIÓN EN EL TERRENO.— La línea limítrofe convenida debe ser demarcada en el terreno. Para ello, los Estados interesados proceden de común acuerdo a colocar en puntos adecuados, por medio de una comisión técnica mixta, los hitos o mojones necesarios, dejando constancia en acta por duplicado con indicación de las coordenadas geográficas respectivas.

III. EL TERRITORIO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

84. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— El territorio de la República Argentina comprende el que formaba el Virreinato del Río de la Plata al producirse, el 25 de mayo de 1810, la revolución de la independencia, menos ciertas desmembraciones ulteriores en las regiones septentrional y oriental.

El Virreinato del Río de la Plata comprendía, al Norte, la región del lago Titicaca y la parte superior de los ríos Beni, Mamoré, Guaporé, y Jaurú, así como las vertientes de los ríos Paraguay y Paraná; al Este, la vertiente del río Uruguay, incluso las Misiones jesuitas y las zonas del Río de la Plata y de la Patagonia sobre el Océano Atlántico; al Oeste llegaba hasta la Cordillera de los Andes; y al Sur abarcaba las tierras e islas que se encuentran en la extremidad austral del Continente. El Virreinato del Río de la Plata quedó dividido, en 1782, en ocho intendencias que al año siguiente fueron las de Buenos Aires, San Miguel de Tucumán, Mendoza, Asunción del Paraguay, Potosí, Chuquisaca o La Plata, Santa Cruz de la Sierra y La Paz; y comprendía además la provincias de Mojos, Chiquitos, Misiones Guaraníes y el Gobierno de Montevideo. Durante las luchas por la independencia, ese enorme territorio se desmembró, viniendo a constituir las Repúblicas Argentina, Paraguay, Uruguay y Bolivia, incluso en ésta la región de Antofagasta, que más tarde pasó a Chile.

El Paraguay no se plegó al movimiento emancipador iniciado en Buenos Aires en 1810; y, fracasada la expedición militar que la Junta de esta ciudad envió hacia él, se mantuvo desde 1811 separado de hecho de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Su independencia fue reconocida por la Confederación Argentina el 17 de julio de 1852.

En la Banda Oriental del Uruguay, la dominación española cesó en 1814 con la capitulación de Montevideo, obtenida como consecuencia de tres años de lucha sostenida por las fuerzas de mar y tierra de Buenos Aires con la colaboración de los habitantes alzados en armas por Artigas. La tendencia autonomista de este último, afirmada desde 1815, se mantuvo hasta que dos años después la Banda Oriental fue invadida por fuerzas portuguesas, quedando incorporada en 1821 a Portugal con el nombre de Provincia Cisplatina. La reacción iniciada por Lavalleja con las armas tuvo expresión general en el Congreso de la Florida, que el 25 de agosto de 1825 proclamó esa voluntad de los pueblos orientales de formar parte de las Provincias Unidas del Río de la Plata. El Congreso argentino aceptó esta declaración y en consecuencia sobrevino la guerra con el Imperio del Brasil. Los triunfos que las armas argentinas alcanzaron, tanto en tierra como en las aguas, no fueron suficientes sin embargo para definir la contienda, pues la situación anárquica que dominaba en el país impidió dar vigor decisivo a la campaña; y una mediación del gobierno británico puso fin a la lucha, suscribiéndose el 27 de agosto de 1828 una convención preliminar de paz entre las Provincias Unidas del Río de la Plata y el Imperio del Brasil, por la cual se establecía que la Provincia Cisplatina quedaba separada del territorio de este último para constituirse como Estado independiente.

En el Alto Perú las armas de la revolución no lograron afirmarse durante las campañas de 1812-13. Las cuatro intendencias que lo componían —Chuquisaca, Santa Cruz de la Sierra, La Paz y Potosí— permanecieron en poder de España hasta 1824, en que, destruido el núcleo de la resistencia en Lima y Ayacucho, fue creada la República de Bolivia sobre la base de aquellas cuatro intendencias.

85. CUESTIONES DE LÍMITES. — La delimitación y demarcación del territorio argentino están hoy realizadas casi totalmente, después de largas dificultades y controversias resueltas todas amistosamente.

1. Por ley dictada el 9 de mayo de 1825, la República Argentina quedó constituida con las provincias que estuviesen representadas en el Congreso y dejó en libertad "para disponer de su suerte" a las cuatro intendencias del Alto Perú; éste, por declaración del 6 de agosto, constituyó la República de Bolivia. Pero los límites entre ambos Estados quedaron sin definirse durante más de un siglo. La Argentina reclamaba la provincia de Tarija, los distritos de Chichas, Mojos y Chiquitos y el territorio de Atacama; y Bolivia requería el Chaco hasta la confluencia de los ríos Paraguay y Bermejo.

El primer acuerdo concreto fue el tratado del 10 de mayo de 1889,* que importaba una transacción, pues Bolivia renunciaba a la Puna de Atacama, así como a la parte del Chaco comprendida entre los ríos Bermejo y Pilcomayo, y Argentina desistía de sus reclamaciones a la provincia de Tarija y a los distritos de Chichas, Mojos y Chiquitos. Emprendida la demarcación en el terreno, surgieron dificultades: primero con respecto a Yacuiba, población que Bolivia reclamó no obstante quedar ubicada al Sur del paralelo 22º, fijado como límite, resolviéndose el punto mediante el protocolo del 2 de junio de 1897,* por el cual dicha población fue cedida a Bolivia; luego, entre los peritos encargados de la demarcación produjéronse desinteligencias sobre la ubicación de ciertos ríos y cerros al Occidente de las Juntas de San Antonio, y fue necesario suspender los trabajos en el terreno.

Un nuevo tratado de límites fue suscripto el 9 de julio de 1925.* No se modificó en él la parte ya demarcada, y se confirmó la cesión de Yacuiba a Bolivia; pero, a fin de dar solución a la divergencia pendiente, se adoptó, al Oeste de las Juntas de San Antonio, una nueva línea transaccional. Por último, una vez resuelta la cuestión del Chaco entre Bolivia y Paraguay, se firmó un protocolo el 10 de febrero de 1941,* señalando en esta parte como límite el curso del río Pilcomayo entre D'Orbigny y Esmeralda. El tratado de 1925 y el protocolo de 1941 han sido cumplidos plenamente, quedando demarcada toda la frontera con Bolivia en 1941.

2. La cuestión de límites con Brasil versó sobre la frontera oriental de Misiones.

En la época colonial, España y Portugal acordaron, por los tratados de Madrid de 1750 y de San Ildefonso de 1777, que el límite en esa región pasaría por los ríos Pepiry o Pequiry Guazú y San Antonio; pero la demarcación no llegó a hacerse en el terreno porque surgieron divergencias sobre la ubicación de los ríos mencionados: a los ríos que los comisionados españoles atribuían aquellos nombres, los portugueses denominábanlos respectivamente Chapecó y Jangada, entendiendo que los dos ríos antes referidos hallábanse más al Occidente.

La Confederación Argentina y el Imperio del Brasil firmaron un tratado en Paraná el 14 de diciembre de 1857 que fijaba como línea divisoria el río Uruguay desde la boca del Cuareim hasta la del Pepiry Guazú; seguiría por éste hasta su origen y luego hasta encontrar la cabecera del río San Antonio; continuaría por él hasta su desembocadura en el río Iguazú y por este mismo hasta su confluencia con el río Paraná.



En cuanto a los ríos Pepiry Guazú y San Antonio hacia una referencia especial como artículo 2º; pero expresando solamente que son los que fueron reconocidos por los demarcadores del tratado de 1750. El Congreso de la Confederación Argentina, al aprobar el tratado de 1857, consignó en la ley respectiva que "era entendido por los ríos Pepiry Guazú y San Antonio, que se designan como límites en el artículo 1º del tratado, son los que se hallan más al Oriente con estos dos nombres, según consta de la operación a que se refiere el artículo 2º del mismo", esto es, del reconocimiento efectuado en 1759 por los demarcadores. Esta aclaración no satisfizo al Brasil, y el tratado de 1857 quedó sin efecto, pues no fue posible realizar el canje de las ratificaciones.

Finalmente, cumpliendo un acuerdo del 7 de setiembre de 1889 los gobiernos argentino y brasileño sometieron la cuestión de límites al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos. El fallo, dado el 5 de febrero de 1895 por el Presidente Cleveland, admitió la tesis del Brasil.

Los gobiernos argentino y brasileño firmaron un tratado el 6 de octubre de 1898* fijando los límites como consecuencia de ese laudo. La demarcación en el terreno quedó terminada en 1904.

* 3. La cuestión de límites con Chile fue la más trabajosa y delicada de todas las que sostuvo la República Argentina.

Al erigirse ambos países como independientes era indudable que la frontera estaba constituida por la Cordillera de los Andes. Según la Real Cédula del 21 de mayo de 1681, la "Cordillera Nevada" dividía "el Reino de Chile de las provincias del Río de la Plata". Posteriormente, documentos públicos de la mayor importancia declaraban eso mismo: la Constitución chilena de 1833 y el tratado de paz y reconocimiento entre Chile y España de 1846. En el tratado de paz, amistad, comercio y navegación entre Argentina y Chile del 30 de agosto de 1855 (art. 39) se consignó el principio del *uti possidetis*, que por lo visto aludía a la Cordillera: ambos países reconocieron en aquél como "límites de sus respectivos territorios los que poseían como tales al tiempo de separarse de la dominación española el año de 1810", y convinieron en aplazar las cuestiones que habían podido o pudieren suscitarse sobre esta materia para discutir las después amigablemente sin recurrir a la violencia y en caso de no arribar a un completo acuerdo someter la decisión al arbitraje de un país amigo.

- Sin embargo, un nuevo factor habíase introducido en el problema de precisar los límites de la frontera: la fundación por Chile, dentro del Estrecho de Magallanes, de Fuerte Bulnes, trasladado poco después a

Punta Arenas. Aquel hecho motivó en 1847 una reclamación del gobierno argentino. Chile no ocultaba su aspiración a poseer la Patagonia desde el río Diamante (Mendoza) hasta el Cabo de Hornos. En 1872, cuando se iniciaron negociaciones diplomáticas para fijar los límites, aquellas pretensiones fueron reducidas un tanto: Chile, estimando que le interesaba sobre todo asegurarse el Estrecho de Magallanes y las tierras adyacentes a uno y otro lado, propuso adoptar como límite "el paralelo 43 desde el Atlántico a la Cordillera de los Andes". A esta proposición oponía la Argentina sus derechos a toda la Patagonia, fundados en el *uti possidetis* de 1810, que alcanzaba hasta la Cordillera de los Andes, estaba demostrado por el hecho de que la Patagonia dependía de las autoridades de Buenos Aires y ese hecho había sido bonificado con la fundación de poblaciones realizadas por ellas tanto en la época colonial (Puerto San José, Carmen de Patagones, San Julián y Puerto Deseado), como ulteriormente (Puerto Santa Cruz, en 1859, y Rawson en 1865). Los negociadores no pudieron llegar a un entendimiento, y la situación diplomática se tornó muy delicada.

En 1874, Chile redujo sus aspiraciones, proponiendo fijar el límite en el río Santa Cruz; pero el gobierno argentino declaró que no cedería tierra alguna sobre el Atlántico. En esta situación, un incidente, acaecido en 1876 —precisamente cuando se reanudaban las negociaciones—, estuvo a punto de provocar la guerra: una nave chilena había apresado, en la boca del río Santa Cruz, a la barca francesa *Jeanne Amélie*, que poseía permiso de las autoridades argentinas para cazar lobos marinos en esas costas. Vista la imposibilidad de resolver la cuestión de límites por entendimiento directo, subscribiéronse en 1878 dos convenciones con el propósito de finiquitarla por medio del arbitraje; pero esos convenios no fueron ratificados.³¹

Dos años después, con los buenos oficios desempeñados por los representantes de Estados Unidos en Santiago y en Buenos Aires, se dio el paso decisivo: fue el Tratado Irigoyen-Echeverría, firmado en esta última ciudad el 23 de julio de 1881.* Este tratado adoptó como límite de

³¹ Eran la convención Elizalde-Barros Arana, del 18 de enero de 1878, que sometía la cuestión de límites al arbitraje y resolvía el incidente de la *Jeanne Amélie*; y la convención Fierro-Sarratea, del 7 de diciembre de 1878, en la que, reconociéndose la jurisdicción argentina en las costas del Atlántico, incluso la boca oriental del Estrecho de Magallanes, y la jurisdicción de Chile dentro de éste, sin que todo ello constituyera derecho, acordábase que una comisión arbitral mixta resolviera la cuestión de límites con arreglo a derecho y sometiendo a un tercero los puntos en que no se llegara a un acuerdo definitivo.

Norte a Sur la Cordillera de los Andes hasta el paralelo 52° y desde éste una línea convencional que asigna a Chile el Estrecho de Magallanes y divide en dos partes la Tierra del Fuego. Con esto Chile desistía de toda pretensión a la Patagonia y Argentina al Estrecho de Magallanes.

Sin embargo, el artículo 1° del tratado de 1881 originó serias desinteligencias al aplicarlo en el terreno, que sólo al cabo de veinte años fueron zanjadas.

En efecto, con referencia a la Cordillera de los Andes, el mencionado artículo expresaba: "La línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas Cordilleras que dividan las aguas y pasará entre las vertientes que se desprenden a un lado y otro. Las dificultades que pudieran suscitarse por la existencia de ciertos valles formados por la bifurcación de la Cordillera y en que no sea clara la línea divisoria de las aguas serán resueltas amistosamente por dos peritos nombrados uno de cada parte. En caso de no arribar éstos a un acuerdo, será llamado a decidir un tercer perito designado por ambos gobiernos". Al firmarse el tratado de 1881, la extensa región cordillerana apenas había sido explorada; y la fórmula consignada en aquel documento vino a originar divergencias inconciliables entre los peritos encargados de aplicarla en el terreno, porque "las cumbres más elevadas" no coincidían a menudo con la separación de las aguas a uno y otro lado. Así ocurría en el Paso de San Francisco (26°) y en la extensa zona comprendida entre los paralelos 41° y 52°, en donde la Cordillera se ramifica en cadenas de menor elevación y las aguas de los deshielos serpentean por los valles, alimentan lagos y forman vastas cuencas transversales que desaguan en el Océano Pacífico. Los demarcadores no pudieron ponerse de acuerdo sobre la línea divisoria en aquellas regiones. La República Argentina, fundándose en el tratado de 1881, sus antecedentes y el *uti possidetis* de 1810, afirmaba que la delimitación se basaba esencialmente en un concepto orográfico, indicado por "las cumbres más elevadas", y sólo en segundo término tomaba en cuenta, "las vertientes que se desprenden a un lado y otro"; Chile sostenía que el tratado debía hacerse efectivo siguiendo principalmente un criterio hidrográfico (*divortium aquarum*), con lo cual venían a quedar para Chile las cuencas de los ríos que se derraman en el Océano Pacífico y para la República Argentina las cuencas de los ríos que desembocan en el océano Atlántico.

Ante el desacuerdo de los peritos demarcadores, los gobiernos suscribieron el protocolo Errázuriz-Quirno Costa, del 1 de mayo de 1893.*

No alteraba éste la discutida fórmula de 1881; pero, al declarar que "Chile no puede pretender punto alguno hacia el Atlántico, como la República Argentina no puede pretenderlo hacia el Pacífico", reducía el problema a la región cordillerana. No pudieron resolverse todavía las discrepancias en esta importante zona, y en consecuencia las relaciones entre ambos países volviéronse extremadamente tirantes hasta el punto de que uno y otro realizaban aprestos bélicos.

Finalmente, por el acuerdo Quirno Costa-Guerrero, del 17 de abril de 1896, se convino que las divergencias que ocurriesen entre los peritos al Sur del paralelo 26°52'45" hasta el paralelo 52°, al ejecutar en el terreno el tratado de 1881 y el protocolo de 1893, serían sometidas al arbitraje de S. M. Británica. Este convenio se hizo efectivo por acta del 22 de setiembre de 1898.

Examinadas las alegaciones de las partes, el árbitro envió una comisión técnica para estudiar el terreno. Esta comisión informó que existía una oposición inconciliable entre las pretensiones de las partes, porque la línea orográfica no coincidía con la línea hidrográfica y ésta se hallaba casi siempre al Oriente de aquélla; que los términos del tratado eran "inaplicables a las condiciones geográficas del país a que se refieren", y en consecuencia estimaba que la cuestión sometida no consistía simplemente en decidir cuál de las dos líneas alternativas era la verdadera sino más bien en determinar, dentro de los límites definidos por las pretensiones extremas de las partes, la línea de límites precisa que en opinión del árbitro interpretase mejor la intención de los documentos diplomáticos que se le habían sometido. Aplicando este criterio, al Rey Eduardo VII dio su laudo el 20 de noviembre de 1902, fijando una línea divisoria en virtud de la cual correspondieron unos 42.000 kilómetros cuadrados a la República Argentina y alrededor de 48.000 a Chile. El fallo fue cumplido inmediatamente y, a pedido de ambas partes, agentes del árbitro procedieron a colocar en el terreno los hitos demarcadores.

Mientras tanto, la cesión de la Puna de Atacama, hecha por Bolivia a la República Argentina por el tratado de límites de 1889, suscitó a ésta el problema de definir en esa región sus límites con Chile. Por acuerdo del 2 de noviembre de 1898, ambos países entregaron el asunto a la decisión de una comisión mixta formada por un comisionado de cada país y como tercero el Ministro de Estados Unidos en Buenos Aires, Mr. William I. Buchanan. Esa comisión dio su pronunciamiento en Buenos Aires el 24 de mayo de 1899, fijando determinado límite constituido por una línea quebrada, que dividió el territorio en dos partes aproximadamente iguales.

A raíz de la demarcación de la frontera entre el hito 16 y 17, a la altura de los paralelos $43^{\circ} 35'$ y $43^{\circ} 56'$ latitud Sur, surgió una controversia, en 1955, en el seno de la Comisión Mixta Argentina Chilena. Se comprobó en el terreno que existía un error en el laudo de 1902, pues el río Encuentro no nacía en el Cerro de la Virgen, tal como estaba descrito en el informe del Tribunal al Rey Eduardo VII. La parte del informe correspondiente a la zona decía: "Cruzando el Palena en ese punto, frente a la junción del Río Encuentro, seguirá entonces el Encuentro en el curso de su brazo Oeste hasta su fuente en las laderas occidentales del Cerro Virgen. Ascendiendo hasta ese pico, seguirá entonces la línea de división de aguas local hacia el Sur, hasta llegar a la orilla Norte del Lago General Paz, en un punto en que el lago se estrecha, en la longitud de $71^{\circ} 41' 30''$ W". Después de varios incidentes que pusieron en peligro la buena relación entre ambos países, Chile invocó el 15 de setiembre de 1964, el Tratado General de Arbitraje de 1902, solicitando la intervención del árbitro británico. Argentina dio su asentamiento el 25 de noviembre. Como no había acuerdo de las partes sobre el ámbito de la disputa y, en consecuencia, no existía compromiso arbitral, el Arbitro lo determinó conforme con el artículo 5º del Tratado General de Arbitraje. El laudo se pronunció el 9 de diciembre de 1966. La línea trazada no correspondió a ninguna de las pretensiones de las partes; siguió el Río Encuentro, por el brazo oriental, sosteniendo que era el de mayor caudal, hasta que su dirección se aleja marcadamente del Cerro de la Virgen. Luego se trazó una línea terrestre, pero que cruza el Río Engaño, hasta el Cerro de la Virgen y de allí por la divisoria de aguas al Lago General Paz. El Arbitro aceptó el 50% de la línea propuesta por la Argentina y el 38% de la propuesta por Chile. El área disputada era de 478 km², el laudo adjudicó el 71% del área a la Argentina y el 29% a Chile.

Delimitada y demarcada la frontera argentino-chilena según el tratado de 1881 y las decisiones arbitrales de 1899 y 1902, surgió en 1904 una cuestión relativa a línea divisoria en el Canal de Beagle y como consecuencia a la soberanía sobre las islas Picton, Nueva y Lennox. Se firmaron a este respecto dos protocolos —de 28 de junio de 1915 y 4 de mayo de 1938— sometiendo la cuestión a decisión arbitral; pero esos instrumentos quedaron sin ser ratificados, y en el 2 de mayo de 1955 se negoció un nuevo acuerdo similar, que finalmente Chile no aceptó.

Luego de numerosas negociaciones el 22 de julio de 1971, se acordó un Compromiso** dentro del marco del Tratado General de Arbitraje de 1902, entre Argentina, Chile y Gran Bretaña, sometiendo al arbitraje del gobierno británico, el litigio en la zona del Canal de Beagle. El compromiso designó un Tribunal Arbitral compuesto por cinco juristas que al tiempo de su designación eran miembros de la C.I.J., cuya Decisión, si fuere sancionada por el gobierno británico constituiría la sentencia de conformidad al Tratado General de Arbitraje de 1902. El Tribunal elevó su decisión el 17 de febrero de 1977 y el gobierno británico la aprobó el 18 de abril de 1977. El laudo, de extensos considerandos, decidió que las islas Picton, Lennox y Nueva pertenecen a Chile y trazó una línea en un mapa siguiendo la línea media, con inflexiones para la navegación, en el espejo de aguas inmediatamente al sur de la isla Grande de Tierra del Fuego. Esta decisión se basa principalmente en la interpretación que dio el Tribunal arbitral al Tratado de Límites de 1818 y el Protocolo de 1893.

El 25 de enero de 1978 el gobierno declaró que "en razón de la nulidad manifiesta de la Decisión de la Corte Arbitral y del Laudo de su Majestad Británica, que es su consecuencia, no se considera obligado a su cumplimiento". El extenso documento basa esta resolución en diversos fundamentos, a saber: a) Deformación de las tesis argentinas; b) Opinión sobre cuestiones litigiosas no sometidas al arbitraje; c) Contradicciones en el razonamiento; d) Vicios de interpretación; e) Errores geográficos e históricos; f) Falta de equilibrio en la apreciación de la argumentación y de la prueba producida por cada Parte. La llamada "Declaración de nulidad" fue comunicada a los gobiernos británico y chileno.

Asimismo ha surgido un problema referente a las tierras antárticas, pues el gobierno de Chile ha declarado, por decreto del 6 de noviembre de 1940, que forman la "Antártida chilena" todas las tierras, islas, etc. existentes en el casquete constituido por los meridianos 53° y 90° Oeste de Greenwich, y el gobierno argentino, por nota del 12 de noviembre, ha dejado constancia de las debidas reservas y de los derechos que posee en esas regiones. En 1947 y en 1948, ambos gobiernos formularon declaraciones para actuar de mutuo acuerdo en la protección y defensa de sus derechos, para continuar la acción en la zona dentro de un espíritu de cooperación recíproca y manifestaron su deseo de llegar cuanto antes a demarcar sus límites. En mayo de 1974, Argentina y Chile reafirmaron su intención de actuar de común acuerdo para proteger y defender jurídicamente sus derechos de soberanía y expresaron su preocupación por la observancia del Tratado Antártico.

4. Terminada la guerra de la Triple Alianza, se convino entre Argentina y Paraguay, por el tratado de límites del 3 de febrero de 1876*, que la línea divisoria entre los dos países sería el río Paraná, desde su confluencia con el río Paraguay hasta encontrar por su margen izquierda los límites del Brasil; y en cuanto al Chaco, es decir, el vasto territorio situado al Oeste del río Paraguay, se adoptaron tres disposiciones: la zona septentrional, comprendida entre Bahía Negra y el río Verde (23°), quedó para el Paraguay; la zona austral, comprendida entre el brazo principal del río Pilcomayo y el río Bermejo, se adjudicó a la República Argentina; y la zona intermedia, es decir, la que se halla entre el río Verde y el brazo principal del río Pilcomayo, someteríase al arbitraje del Presidente de los Estados Unidos. Este tratado importaba una solución transaccional la República Argentina desistía de los derechos invocados a la zona septentrional —derechos que Brasil y Uruguay le habían reconocido en el Tratado de la Triple Alianza, de 1865—, y el Paraguay abandonaba los que había alegado al territorio de Misiones y en el Chaco hasta alcanzar hacia el Sur el río Bermejo. El Presidente Hayes dio su fallo el 12 de noviembre de 1878, declarando, aunque sin exponer más fundamento que el de haber considerado debidamente las memorias y documentos presentados por las partes, que correspondía al Paraguay "el territorio situado en la margen izquierda del río de ese nombre entre el río Verde y el brazo principal del río Pilcomayo, incluyendo a la Villa Occidental".

La República del Paraguay quedó en posesión de este territorio; pero la circunstancia de haberle sido disputado por Bolivia hasta 1938, como también las dificultades que el río Pilcomayo presentó en la parte media de su curso para precisar su "brazo principal", impidieron hasta entonces la delimitación y demarcación de la frontera sobre aquel río. Resuelta la cuestión del Chaco entre Bolivia y Paraguay, se firmó en Buenos Aires el 5 de julio de 1939,* entre la República Argentina y Paraguay, un tratado complementario de límites y un protocolo anexo por los cuales se señaló la línea divisoria sobre el río Pilcomayo, con excepción de la zona central —comprendida entre Horqueta y Salto Palmar—, que se acordó sería sometida a estudio de una comisión mixta, estipulándose que si ésta producía un informe de común acuerdo los gobiernos lo adoptarían como solución y en caso contrario serviría de base para acudir a medios de conciliación. Realizados los estudios técnicos sobre el terreno, la comisión mixta —que el autor del presente libro

* Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 760 a 762.

tuvo el honor de presidir— elaboró de común acuerdo su informe en Asunción el 16 de agosto de 1944, señalando la línea divisoria en la referida zona central e indicando a la vez, como parte integrante del tratado, la obligación que asumirían por igual ambos países limítrofes, de realizar determinadas obras de canalización y embalse destinadas a asegurar estabilidad al curso de las aguas. Los gobiernos argentino y paraguayo adoptaron ese informe y en consecuencia subscribieron el tratado definitivo de límites en Buenos Aires el 1 de junio de 1945.* Se han presentado ciertos problemas en la demarcación, que aún no han sido resueltos.

5. En lo que respecta a la República del Uruguay, se encuentra en vigencia el Tratado del 7 de abril de 1961** sobre límites en el Río Uruguay. Dicho Tratado establece como tal la línea media del río desde la Isla Brasilera hasta la zona del Ayuí, es decir, donde está el perfil en que se construye la represa de Salto Grande. Desde Ayuí hasta una zona donde se bifurcan los canales de la Filomena y del Medio, el límite corre por el eje del Canal principal de Navegación. En la zona de las islas Filomena, Juanicó, García y otras se establece una línea divisoria de aguas hacia el Este coincidente con el eje del canal de la Filomena y otra línea que sigue el canal del Medio, que divide islas, es decir, que hay ciertas islas de soberanía uruguaya que, al estar rodeadas de aguas argentinas, constituyen un enclave. Desde el punto en que se vuelve a unir los canales de la Filomena y del Medio, hasta Punta Gorda, el límite seguirá el eje del Canal Principal de Navegación. Las Partes acuerdan también establecer un estatuto del uso del río, que fue recientemente aprobado, el 26 de febrero de 1975 y que analizaremos más adelante.

En cuanto al Río de la Plata el protocolo Sáenz Peña-Ramírez, del 5 de enero de 1910, hizo posible un régimen de convivencia sin tocar el punto relativo a la soberanía en las aguas del Río de la Plata.

Con motivo de la realización de un levantamiento integral del Río de la Plata y la formación de una Comisión Mixta para su ejecución, los Ministros de Relaciones Exteriores de la República Argentina y del Uruguay, Miguel Ángel Zavala Ortiz y Alejandro Zorrilla de San Martín, firmaron un nuevo protocolo sobre el Río de la Plata, el 14 de enero de 1964, en el que "reiteran, tal como el protocolo del 15 de enero de 1910, que la navegación y el uso de las aguas del Río de la Plata, continuarán sin alteración como hasta el presente y cualquier diferencia que con este motivo pudiera surgir será allanada y resuelta con el mismo espíritu de cordialidad y buena armonía que han existido siempre entre ambos países".

El límite exterior del Río de la Plata fue acordado en la Declaración Conjunta del 30 de enero de 1961 en "la recta imaginaria que une Punta del Este en el Uruguay con Punta Rasa del Cabo San Antonio en la Argentina". Dicha línea sirve también para fijar las líneas de base del mar territorial, zona contigua y zonas adyacentes. Además, en dicha ocasión se reiteró el Protocolo Sáenz Peña-Ramírez.

El problema del Río de la Plata fue finalmente resuelto, luego de más de dos años de negociaciones, en el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo* del 19 de noviembre de 1973, firmado en Montevideo y luego ratificado por ambos países.

El Tratado se divide en varias partes y contiene disposiciones separadas para el Río de la Plata y para el frente marítimo. Es un instrumento detallado, de 92 artículos, donde no sólo se establece la delimitación en ambas zonas, sino también normas generales sobre contaminación, pesca, etc. No es común que este tipo de tratados pretenda regular materias diferentes de la delimitación misma, pero en el caso del Río de la Plata su importancia para la vida de ambos países hizo necesario salir del marco clásico y tratar de regular todo tipo de problemas que se presentan en el río, muchos de los cuales han dado lugar a serias controversias en el pasado. Por otra parte, debe destacarse la imaginación de los negociadores del tratado, al acordar soluciones quizás no ortodoxas, pero propias para las circunstancias del caso. Analizaremos el tratado en cierto detalle, porque indudablemente es uno de los más importantes para la República Argentina.

El Tratado comienza ratificando el límite exterior del río, de acuerdo con la Declaración conjunta de 1961.

En el río se establecen dos líneas diferentes, una para la jurisdicción sobre las aguas y otra para el lecho, el subsuelo y las islas.

Cada Estado tiene una jurisdicción exclusiva adyacente a sus costas. Esta jurisdicción no es uniforme, tiene siete millas entre el límite exterior y una línea imaginaria entre Colonia (Uruguay) y Punta Lara (Argentina) en la parte oriental del río, y se estrecha a dos millas entre dicha línea y el paralelo de Punta Gorda, es decir en las nacientes del río, en su parte más occidental. Pero además, estos límites deben hacer, según el artículo 2º, las inflexiones necesarias para no sobrepasar los veriles de los canales en las aguas de uso común y los canales de acceso a los puertos. En otras palabras, los canales en aguas de uso común no quedan comprendidos en

* * Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 755 a 760.

la jurisdicción exclusiva, aun cuando se encuentren a menos de dos millas de la costa, salvo los de acceso a puerto, que si quedan totalmente incluidos en esta jurisdicción exclusiva. Además, estas líneas no podrán pasar a menos de quinientos metros en los canales de aguas comunes o más de quinientos metros en los canales de acceso a los puertos.

La zona entre las franjas de jurisdicción exclusiva son aguas de uso común, que son reglamentadas, de acuerdo con su uso en el resto del tratado.

La línea divisoria del lecho y el subsuelo está descripta por sus coordenadas geográficas en el artículo 4º. Reparte territorios prácticamente iguales y sigue un criterio general medio, pero con muchas inflexiones, terminando en el punto medio del límite exterior.

Esta línea también divide las islas del río. Como es sabido dichas islas van formándose lentamente a partir del delta en la desembocadura del Paraná y el Uruguay, dentro ya del río de la Plata.

La excepción a este criterio divisorio de islas es la isla Martín García que aunque quedaría del lado uruguayo, está bajo jurisdicción argentina. La isla será reservada, según el artículo 45, exclusivamente "a reserva natural para la conservación de la flora y fauna autóctona". Si la isla Martín García se uniera en el futuro a otra isla, el límite de la jurisdicción argentina seguirá el perfil actual de la misma, pero los aumentos por aluvión que afecten sus accesos naturales pertenecerán a la isla. El Tratado crea una Comisión Administradora del río y en el artículo 62 las Partes "acuerdan asignar como sede" de dicha Comisión la Isla Martín García, que por medio de un acuerdo de sede con la República Argentina gozará de la inviolabilidad y los privilegios establecidos por el derecho internacional. De esta manera ha quedado solucionado un viejo y espinoso conflicto entre los dos países.

La segunda parte del Tratado establece la delimitación en el frente marítimo. El artículo 70 determina que el límite lateral marítimo y el de la plataforma continental entre los dos países está definido "por la línea de equidistancia determinada por el método de costas adyacentes", partiendo del punto medio del límite exterior del Río de la Plata.

El Tratado, además, trae disposiciones particulares sobre defensa de la llamada "área focal del Río de la Plata". Esta cuestión es de competencia exclusiva de las partes y, de acuerdo con el artículo 86, en ejercicio de su propia defensa las partes podrán adoptar las medidas necesarias en dicha área focal, fuera de las respectivas franjas costeras de jurisdicción exclusiva en el río y en el frente marítimo fuera de una

franja de doce millas, a partir de las líneas de base del mar territorial. Es decir, que por razones de defensa hay otra línea de jurisdicción marítima exclusiva.

Como lo hemos señalado antes, el Tratado del Río de la Plata no sólo es un instrumento que fija límites, sino también abarca otros aspectos que lo hacen un verdadero estatuto del río y del frente marítimo. Esas disposiciones las analizaremos más adelante, al referirnos a la navegación, pesca, etc., en los ríos internacionales. Sólo creemos necesario destacar aquí que en el artículo 87 referente a solución de controversias que no pudieren solucionarse por negociaciones directas, se prevé un recurso a la Corte Internacional de Justicia, por demanda de cualquiera de las partes. De acuerdo con el procedimiento conciliatorio considerado para el Río de la Plata por intermedio de la Comisión Administrativa, si dicha comisión no llegara a acuerdo, lo comunicará a ambos países para que se intente solucionar la cuestión por negociaciones directas y si dentro de ciento ochenta días no hubiere solución, se abre la vía de la Corte, a demanda de cualquiera de las partes.

6. La República Argentina sostiene su soberanía en las Islas Georgia del Sur y Sandwich del Sur y dentro del casquete triangular del Antártico comprendido entre el paralelo 60º de latitud Sur y los meridianos 25º y 74º de longitud Oeste de Greenwich hasta llegar al Polo, abarcando las Islas Orcadas del Sur y Shetland del Sur y la Tierra de Graham con otras islas menores adyacentes. Funda su derecho en las actividades desarrolladas en esa zona desde 1904, en la ocupación efectiva y en la contigüidad geográfica.³²

³² La Corbeta *Uruguay*, perteneciente a la marina de guerra, salió de Buenos Aires el 8 de octubre de 1903 en busca del explorador Otto Nordenskjöld y sus acompañantes, entre los cuales figuraba un oficial de la armada argentina, a quienes rescató en la Isla Seymour y trajo de regreso. El 2 de enero de 1904 el gobierno argentino fundó en las Islas Orcadas un observatorio astronómico y magnético, que desde entonces funciona permanentemente con personal relevado cada año. A fines de 1904, la corbeta *Uruguay* hizo otro viaje en auxilio de la expedición Charcot, alcanzando hasta los 64º 57' de latitud Sur. En 1905 se estableció en la Bahía Cumberland (Georgia del Sur), la Compañía Argentina de Pesca, primera empresa que se dedicó a la caza de ballenas en esas regiones. En 1927 el establecimiento de las Islas Orcadas fue mejorado con la instalación de una estación radiotelegráfica. Más adelante, el gobierno argentino consolidó su posición en la península de Graham y sus adyacencias, erigiendo un faro en la Isla Gamma del archipiélago Melchior (1942), instalando la baliza Lanusse en la Bahía Margarita (1943), una estación meteorológica y radiotelegráfica en la Isla Gamma, un faro en Punta Py y una baliza luminosa en Cabo Ana (1947), y estableciendo destacamentos en la Isla Decepción (1948), Almirante Brown y Base General San Martín (1951), Bahía Esperanza (1952), Bahía Luna (1953) y Base General Manuel Belgrano (1955).

Desde 1908, Gran Bretaña, invocando el descubrimiento, se atribuye soberanía, en el carácter de "Dependencia de las Islas Falkland", sobre las tierras e islas situadas al Sur del continente americano.³³

En 1955, Gran Bretaña demandó a Chile y Argentina, ante la C.I.J., contestando los títulos de soberanía de estos países a sus respectivos sectores antárticos. No habiendo aceptado la cláusula opcional, los dos países, separadamente no aceptaron la jurisdicción de la Corte para esta controversia.

Chile, por decreto del 6 de noviembre de 1940, declaró su soberanía sobre las tierras, islas e islotes conocidos o por conocerse y su respectivo mar territorial, comprendidos en el casquete formado por los meridianos 53° y 90° de longitud Oeste de Greenwich y el Polo Sur.³⁴

La República Argentina ha dejado a salvo sus derechos con respecto a las pretensiones británicas y chilenas.

El casquete argentino y el chileno se superponen entre los meridianos 53° y 74°. Por consiguiente, ambos gobiernos subscribieron declaraciones conjuntas: el 12 de julio de 1947, expresando "su deseo de llegar lo antes posible a la concertación de un tratado argentino-chileno de demarcación de límites en la Antártida sudamericana"; y el 4 de marzo de 1948 manifestando que en esa región "se reconocen derechos los dos países mencionados, faltando únicamente determinar la línea de común vecindad entre ellos".

86. LA CUESTIÓN DE LAS ISLAS MALVINAS. — El 3 de enero de 1833 la corbeta inglesa *Clio* desalojó, en forma sorpresiva y violenta, a las autoridades argentinas establecidas en las Islas Malvinas y procedió a

³³ Una "Carta Patente" dada en Westminster el 21 de julio de 1908 dispuso que el gobernador de las Islas Falkland ejercería funciones como gobernador de las Islas Georgia del Sur, Orcadas del Sur, Shetland del Sur, Sandwich del Sur y de la Tierra de Graham, a todas las cuales designaba como "Dependencias de la Colonia".

Otra "Carta Patente" del 28 de marzo de 1917 expresó que las "Dependencias de la Colonia de las Islas Falkland" incluyen todas las islas y territorios situados entre los 20° y 50° de longitud Oeste y que se hallen al Sur del paralelo 50°, así como todas las islas y territorios situados entre los 50° y 80° de longitud Oeste y al Sur del paralelo 58°.

Un decreto de enero de 1923 declaró comprendido en las "Dependencias de las Islas Falkland" todo el sector antártico que se extiende hasta el Polo Sur y se halla entre los 20° y 25° de longitud Oeste y entre los 50° y 80° Oeste y debajo de los 50° de latitud Sur.

³⁴ El meridiano 53° fue adoptado porque, según el gobierno chileno, la Sociedad Ballenera de Magallanes actuaba en esa zona desde 1906, y el meridiano 90° responde a la circunstancia de que pasa al Oeste de la Isla Juan Fernández.

ocupar el territorio en nombre de la Corona británica. Este hecho ha originado una cuestión pendiente todavía.

1. El gobierno de Buenos Aires había tomado posesión efectiva del archipiélago en 1820 por medio de la fragata *Heroína*; poco después designa "comandante" de aquél a Pablo Areguaty y otorga concesiones de tierra y de pesca a diversas personas, entre ellas a Luis Vernet. Y el 10 de junio de 1829 dicta un decreto disponiendo que las Islas Malvinas y las adyacentes al Cabo de Hornos en el Atlántico serían administradas por un gobernador político y militar con sede en Puerto Soledad; el decreto se fundó en que las Provincias Unidas del Río de la Plata son sucesoras, desde su emancipación de España, de los derechos de la antigua metrópoli, y ésta los ejercía "por derecho del primer ocupante, por el consentimiento de las principales potencias marítimas de la Europa y por la adyacencia de estas islas al continente que formaba el Virreinato de Buenos Aires, de cuyo gobierno dependían". En consecuencia, Luis Vernet fue designado "comandante civil y militar de las Malvinas".

El representante de Inglaterra formuló una reclamación el 19 de noviembre de 1829 expresando que el gobierno argentino había "asumido una autoridad incompatible con los derechos de soberanía de S.M.B. sobre las Islas Malvinas". Es de advertir que más de medio siglo había transcurrido —según lo veremos en seguida— desde que Inglaterra abandonara la ocupación de Puerto Egmont, apenas mantenida, con la protesta de España, durante ocho años (1766-74). Ahora volvía sobre sus pasos, emprendiendo una nueva política como consecuencia de la colonización inglesa en Australia y en el Pacífico Meridional: frecuentes presentaciones de marinos y comerciantes señalaban en Londres la conveniencia de que los veleros que seguían la ruta del Cabo de Hornos, entre la metrópoli y Oceanía, dispusiesen a mitad de camino de una escala para reabastecerse y hacer reparaciones,³³ y nada más indicado para ello que los puertos naturales de las Malvinas. El archipiélago, antes considerado inútil y gravoso, asumía importancia para la navegación colonial.

Mientras así se pensaba en Londres, un incidente vino a precipitar los acontecimientos. A fines de 1831 la corbeta norteamericana *Lexington*, presentóse en Puerto Soledad, desembarcó fuerzas, destruyó el esta-

³³ Cailliet-Bois, Ricardo R., *Una Tierra Argentina. Las Islas Malvinas*, Buenos Aires, 1948, págs. 299-311.

blecimiento y ejecutó otras depredaciones, a causa de que el gobierno argentino no había admitido una reclamación del cónsul de los Estados Unidos, que pretendía la devolución inmediata de tres goletas detenidas en las Malvinas para ser sometidas a proceso por haber infringido los reglamentos que prohibían la caza de anfibios y la pesca en las costas australes. El gobierno de Buenos Aires denegó al cónsul atribuciones para plantear tal reclamación; y, como después llegara un representante diplomático de los Estados Unidos, se produjo un cambio de notas que terminó en una ruptura de relaciones. Posible es que la actitud violenta de la *Lexington* suscitara en Londres el temor de que se apoderasen de aquellas islas otros rivales; por otra parte, el entredicho diplomático permitía prever que Washington no apoyaría al gobierno de Buenos Aires con relación a las Malvinas. Sea como fuere, el hecho es que el 3 de enero de 1833 la corbeta inglesa *Clio* procedió al despojo.

Desde entonces Gran Bretaña ha seguido ocupando al archipiélago con la protesta de la República Argentina, reiterada cada vez que lo ha estimado oportuno. Así lo hizo inmediatamente ante el representante británico en Buenos Aires y luego en Londres por medio del ministro Manuel Moreno, quien presentó varias notas sosteniendo —principalmente en la del 17 de junio de 1833— los derechos de la República como sucesora de los derechos de España, fundados en el descubrimiento y en la ocupación; el Foreign Office contestó alegando poseer estos mismos títulos; las gestiones de Moreno se prolongaron hasta 1842, terminando el ministro por reiterar sus protestas iniciales. Después de otra incidencia, acaecida en 1849, en que el gobierno inglés admitió que la cuestión permanecía abierta entre los dos gobiernos, se reanudó la controversia en 1884 por una reclamación británica en Buenos Aires a causa de haberse anunciado la publicación de un mapa por el Instituto Geográfico Argentino, institución no oficial, en que aparecerían incluidas las Malvinas. Siguió un largo cambio de notas y, como el representante británico expresara en 1887 que consideraba cerrada la discusión, el gobierno argentino, por nota del 8 de junio de 1888, manifestó que no podía admitir tal concepto; que la negativa británica a discutir los derechos que pueda tener a la soberanía de dichas islas, ni su silencio ante las sugerencias hechas por el gobierno argentino de someter el asunto a arbitraje no comprometen en lo mínimo los derechos del gobierno argentino, “el cual mantiene y mantendrá siempre sus derechos a la soberanía de las Islas Malvinas, de que fue privado por la fuerza en plena paz”. En otras incidencias, producidas en 1925, 1927, 1928, 1933, 1934, 1936, 1946

y varias ocasiones ulteriores, el gobierno argentino ha reafirmado sus derechos; y en las reuniones de consulta de Panamá (1939) y de La Habana (1940), habiéndose adoptado resoluciones interamericanas con respecto a "las colonias europeas en América", la delegación argentina dejó constancia de que las Islas Malvinas no pertenecen a esta especie.

El Congreso argentino aprobó sendas declaraciones en 1946 (19 de julio, 9 y 10 de agosto y 11 de septiembre) y en 1950 (20 de julio) reafirmando nuevamente los derechos de la República a las Malvinas. La embajada británica en Buenos Aires dirigió notas a la cancillería el 17 y 23 de diciembre de 1947 sugiriendo someter la cuestión a la Corte Internacional de Justicia; esta sugerencia fue declinada por nota argentina del 28 de enero de 1948, e igual sugerencia con respecto a la Antártida se declinó en mayo de 1955, como ya lo hemos señalado.

Con motivo de la adopción del "Acta de Washington", sobre ingreso de nuevos miembros a la O.E.A., la Argentina hizo la correspondiente reserva de sus derechos sobre Malvinas, porque dicha Acta establece que el Consejo de la Organización "no tomará ninguna decisión sobre solicitud alguna de admisión presentada por una entidad política cuyo territorio está sujeto, total o parcialmente y con anterioridad a la fecha de la presente resolución, a litigio o reclamación entre un país extracontinental y uno o más miembros de la organización, mientras no se haya puesto fin a la controversia mediante procedimiento pacífico". Esta Acta es la base del actual artículo 8º de la Carta de la O.E.A.

El tema de la representación de los territorios sujetos a reclamación también fue considerado durante la preparación del Tratado para la proscripción de armas nucleares en América Latina*** de 1967, en cuyo instrumento se incorporó el artículo 25 por el que no pueden llegar a ser partes del mismo, sin que haya terminado la controversia, territorios sujetos con anterioridad a su firma a litigio o reclamación con un país extra continental. Además la Comisión Preparatoria para la Desnuclearización de América Latina adoptó la Resolución 20 por la que la representación de los territorios sujetos a litigio o reclamación entre un país extra continental y uno o más Estados latinoamericanos, corresponde a los Estados latinoamericanos. En consecuencia, la Argentina firmó dicho instrumento internacional en representación de las Islas Malvinas, con la protesta británica.

*** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 690 a 706.

En Naciones Unidas se ha reservado en todas las oportunidades que se presentaron los derechos argentinos a las Islas. Lo mismo ocurre en las otras organizaciones internacionales.

2. Relatados los hechos, veamos ahora los títulos a la soberanía de las Islas Malvinas.

Puesto que estos títulos deben ser examinados a la luz de las normas internacionales vigentes en el momento en que tuvo origen el problema,³⁶ —es decir, en 1976—, debemos tener presente que en esa época, según lo hemos demostrado en su oportunidad,³⁷ la adquisición de territorios *nullius* era determinada esencialmente por la ocupación efectiva; y el hecho del descubrimiento atribuía tan sólo un título incoado (*inchoate title*), el cual debía ser bonificado, en tiempo razonable, mediante la ocupación efectiva.

Esta advertencia es de positivo interés jurídico; sin embargo, proponiéndonos realizar un análisis integral de la cuestión, aunque forzosamente resumido, no prescindiremos del descubrimiento; más aún: comenzaremos por él, ya que es útil observar la cronología de los acontecimientos.

3. El archipiélago de las Malvinas fue descubierto por navegantes españoles.

Los demuestran numerosos mapas y planisferios publicados en España entre los años 1522-23 y 1590, en que figura marcado el archipiélago. El primero es el mapa de Pedro Reinel (1522-23), en el cual aparece indicado un conglomerado de islas a la altura del paralelo 53° 5' de latitud Sur. En seguida se destacan los trabajos de Diego Ribero, cartógrafo principal de Carlos V; de ellos se conocen el mapa llamado "Castiglione" (1526-27), obsequiado por el Emperador al embajador de aquel nombre; el mapa "Salviati" (1526-27), que también fue un obsequio del Emperador al Nuncio de ese apellido; el mapa conocido como de Ribero (1527); y los dos planisferios, que se atribuyen al mismo cartógrafo (1529), existentes en la Biblioteca Pública de Weimar y en la Biblioteca Vaticana. Luego se suceden el mapa del *Islario* de Alonso de Santa Cruz (1541), cosmógrafo mayor de Carlos V; el planisferio de Sebastián Gaboto (1544), famoso navegante que recorrió la región del Río de la Plata desde 1527 a 1530; el mapa de Diego Gutiérrez (1561); el de Bartolomé Olives (1562); y en seguida los mapas hechos en España por los portugueses

³⁶ *Infra*, núm. 305.

³⁷ *Supra*, núm. 77.

Bartolomé Velho (1562) y Juan Martines (1572 y 1580) y el portulano de Sebastián López (1590).³⁸

En casi todos los documentos mencionados el archipiélago figura con el nombre de "Islas Sansón"; solamente en el mapa de Santa Cruz aparece denominado como "Islas Sansón y de los Patos" y un mapa (el de "Salviati") no trae nombre alguno. Santa Cruz expresa en su *Íslario* (1541) que el nombre de "Islas Sansón y de los Patos" fue dado por la expedición en que él participó, realizada en 1540, a causa de que en esas islas, situadas al Este de la costa de San Julián, "hallaron muchos y muy gordos patos que casi no podían andar y medio pelados todos", por lo cual los marineros recordaron al héroe bíblico.³⁹ La referencia puede ser exacta en cuanto al aditamento "... y de los Patos", colocado en atención a los pingüinos, clase de palmípedos que los españoles no conocían; pero carece de valor con respecto al nombre de "Sansón", pues lo cierto es que éste habíase atribuido años antes al archipiélago, según lo muestran los mapas de Ribeiro de 1526-27. El origen del nombre "Islas Sansón" ha sido explicado correlacionando elementos históricos: el piloto Esteban Gómez, que formaba parte de la expedición de Fernando de Magallanes, se negó a seguir adelante apenas descubierto el Estrecho (1520) y retornó a España por la vía del Atlántico en su nave *S. Antón*; a Esteban Gómez debe atribuirse el descubrimiento del archipiélago, porque el topónimo "Sansón" no es, dada la grafía española de la época, sino una deformación de *S. Antón*.⁴⁰

Aun cuando no se quisiera atribuir a la persona de Esteban Gómez el descubrimiento, lo evidente es que el archipiélago figura en las cartas náuticas relativas al Atlántico Meridional que, a raíz del viaje de Magallanes, hacen generalmente en la Casa de Contratación de Sevilla los cartógrafos reales;⁴¹ y lo mismo se observa en el mapamundi italiano de Agnese, confeccionado en 1536 marcando el derrotero del famoso nave-

³⁸ Véanse, con excelentes estudios críticos y magníficas reproducciones cartográficas las siguientes obras: Ruiz Guiñazú, Enrique, *Proas de España en el Mar Magallánico* (Buenos Aires, 1945), *passim*; Levillier, Roberto, *América, la Bien Llamada* (Buenos Aires, 1948), t. II, *passim*.

³⁹ Texto mencionado por Goebel, Julius Jr., *The Struggle for the Falkland Islands* (New Haven, 1927), cap. I, nota 34.

⁴⁰ Ratto, Héctor R., *Actividades marítimas en la Patagonia durante los siglos XVII y XVIII* (Buenos Aires, 1930) y *El Descubrimiento de las Malvinas* (Diario "La Prensa", Buenos Aires 3 de septiembre de 1933).

⁴¹ Es de notar que el mapa de Pedro Reinel (1522-23) lleva la siguiente inscripción en la tierra patagónica: "Hesta terra descobrió Fernando de Magalhães".

gante. Son, pues, fuentes españolas las que muestran el archipiélago desde el momento de haberse realizado el primer viaje de circunnavegación, y esos documentos se reiteran, según hemos visto, hasta 1590.⁴²

Que el archipiélago indicado en los mapas españoles no era simple fantasía lo prueba la descripción registrada en el libro de bitácora de una de las naves pertenecientes a la expedición realizada en 1539-40 por Francisco de Camargo a los mares australes, quien tenía autorización real para conquistar y poblar en las costas e islas patagónicas hasta el Estrecho de Magallanes y en ambos océanos.⁴³ En el referido libro de bitácora se hace una relación de la que resulta haber arribado la nave a un grupo de islas montañosas "que en la carta están"⁴⁴ y esas islas no son otras que las Sansón, después Malvinas.⁴⁵

Mientras se define así en la época que va desde 1522 hasta 1590 el descubrimiento de las Malvinas por España, debe observarse un hecho negativo: no aparecen mapas ni otros documentos que demuestran que

⁴² Hacia fines del siglo XVI el archipiélago figura en algunos mapas con el nombre de "Ascensión". Pero esta nueva denominación no ofrece interés del punto de vista jurídico, porque todos los mapas en que ella aparece son posteriores a los mapas españoles que han sido mencionados más arriba.

Existen mapas hechos en Alemania, desde 1548 hasta 1598, en que también figura el archipiélago, ya sea con nombre o sin él. Se inspiran en el mapa español de Santa Cruz, según lo observa Goebel (*op. cit.*, cap. I, nota 81), y su aplicación en los países germánicos era consecuencia de la unidad política existente en la época de Carlos V entre España y Alemania.

⁴³ Biblioteca Nacional de Buenos Aires. Copias de documentos del Archivo General de Indias, t. 37, doc. 839.

⁴⁴ Dice el libro de bitácora: "A los 4 del dicho y año (léase 4 de febrero de 1540), de mañana por la mañana, vimos tierra, la cual nos pareció unas ocho o nueve islas, que en la carta están, é por sernos ya metidos entre tierras, que teníamos tierra al Nor-Nordeste por la parte de babor, y también nos salía tierra por el Sur. E así por nos parecer é á mí é á todos ser en las dichas islas, nos dejamos ir corriendo, pareciéndome que entre ellas, según amostraba la carta, había canales para poder pasar, por estar en la carta sentada cada isla sobre sí, é todas limpias sin ningún bajo. Y nos así yendo a horas de medio día, vimos ser toda la tierra una solamente, que metía adentro grandes ensenadas con unas montañas muy altas, a manera de islas, é luego miramos a notro bordo, para ver si podíamos doblar la tierra que viamos al Noroeste. Velejamos todo aquel día hasta la noche sin la poder doblar, é viniendo la noche, viramos en la vuelta del Sur, por si por la otra parte podíamos pasar" (Torres de Mendoza, *Colección de Documentos Históricos en los Archivos de Indias*, t. 5, pág. 551).

⁴⁵ Goebel, *op. cit.*, págs. 17-28.

los ingleses hayan arribado entonces al archipiélago. Nada tiene esto de extraño, puesto que las actividades colonizadoras de Inglaterra estaban absorbidas por la penetración en la América Septentrional. Solamente a partir de 1577 realizan viajes de circunnavegación, pasando por el Cabo de Hornos, los corsarios ingleses Francis Drake (1577-80) y Tomás Cavendish (1586-88); pero es significativo notar que en los mapas que luego se elaboran en Inglaterra indicando el itinerario seguido en esos viajes no aparece marcado el archipiélago malvino,⁴⁶ que figuraba reiteradamente en las cartas náuticas españolas desde más de medio siglo atrás.

Es posible que las aventuras de Drake despertaran interés en Inglaterra hacia los mares australes; a fines del siglo XVI se dirigieron a éstos otros corsarios ingleses, y a esa circunstancia se debe que se haya querido atribuir el descubrimiento del archipiélago a John Davis (1592) y a Richard Hawkins (1594). Pero tales "descubrimientos" son infundados, según lo veremos en seguida.

La pretensión relativa a Davis se basa en una relación escrita en 1600 por John Jane, en el cual se dice que aquél, habiendo desertado en las costas patagónicas con un buque de los que mandaba Tomás Cavendish, fue arrojado por una tempestad hacia "ciertas islas nunca descubiertas antes y de las que ningún relato conocido hace mención". Datos tan vagos y algunos pormenores sugerentes —entre ellos la manifestación absurda de que en dos días de navegación alcanzó el Estrecho de Magallanes— demuestran que el relato de Jane es sólo imaginativo y posiblemente respondió al propósito de cohonestar el abandono que había hecho de su jefe.⁴⁷

En cuanto a Hawkins, la afirmación procede de un relato publicado en 1622, según el cual, arrastrado por vientos del Oeste a la altura de San Julián, divisó una tierra desconocida alrededor de los 48° de latitud Sur, a la que dio el nombre, en homenaje a la Reina Isabel, de "Hawkins Maiden-Land". Pero los datos geográficos son erróneos y el relato contiene descripciones totalmente inexactas, como por ejemplo que era una comarca llana y verde, con grandes ríos de agua dulce y un clima templado.

⁴⁶ Así ocurre en el mapa de Hakluyt (1582), referente al itinerario de Francis Drake y en un planisferio inglés de 1628, que trae el recorrido de Drake y el de Cavendish (Hidalgo Nieto, Manuel, *La Curstión de las Malvinas, Contribución al estudio de las relaciones hispano-inglesas en el siglo XVIII*, Madrid, 1947, lámina XXXI).

⁴⁷ Hidalgo Nieto, *op. cit.*, págs. 100-104.

do que recuerda al de Inglaterra; que había visto hogueras y por consiguiente poseía habitantes, etc. A causa de estas afirmaciones fantásticas, críticos ingleses calificados declaran inadmisibles atribuir a Hawkins el descubrimiento de las Malvinas.⁴⁸ Agréguese que el relato de Hawkins fue escrito cuando ya se conocían las publicaciones referentes a los viajes que, según veremos en seguida, habían hecho desde 1600 varios navegantes holandeses.

Marinos holandeses recorren las costas del archipiélago a comienzos del siglo XVII. En 1600, Sebald de Weert divisa tres de las islas menores, las que se hallan en el extremo Noroeste del grupo; y su descripción, publicada en 1619, hizo que en mapas ulteriores las "Islas Sansón" figurasen con el nombre de "Islas Sebaldinas". En 1616, los navegantes W. C. Schouten y Jacob Le Maire, también holandeses, reconocieron las "Islas Sebaldinas", aunque sin desembarcar tampoco.

Solamente hacia fines del siglo XVII efectúan los ingleses sus primeras incursiones indudables: en 1684 llega el pirata William Dampier y en 1690 el corsario John Strong, quien encontró el estrecho que separa las dos islas principales y le dio el nombre de "Falkland Sound", apelativo que los ingleses extendieron mucho más tarde al archipiélago. Pero debe observarse que ambos viajes se realizan casi un siglo después de haber visto el archipiélago marinos holandeses y son posteriores en más de un siglo y medio a las cartas náuticas que comprueban el descubrimiento efectuado por España y los reiterados viajes de sus navegantes.

Desde los últimos años del siglo XVII, navios bretones de Saint-Malo, pasando por la ruta hacia el Mar del Sur (Océano Pacífico) observan con frecuencia el archipiélago y levantan nuevos mapas, por lo cual éste empieza a ser conocido con el nombre de "Îles Malouines".

⁴⁸ El comandante B.M. Chambers, de la flota británica y conocedor de la región, publicó en 1901 un análisis crítico del relato de Hawkins, llegando a la conclusión de que la "Hawkins Maiden-Land" no corresponde a las Islas Malvinas. Observa que Hawkins no puede haber visto hogueras, como asegura, porque aquellas islas estaban inhabitadas; no pudo describirlas como una comarca llana, ni pudo haberlas costado, como afirma, a lo largo de sesenta leguas. Sostiene Chambers que "lo que realmente divisó Hawkins fue el Cabo Tres Puntas, situado en la costa patagónica a 47°5' de latitud Sur, y que el abra que vio era el río Deseado"; hace notar que el relato de Hawkins no fue escrito sino veintiocho años después de los sucesos, por lo cual sus recuerdos podían ser confusos (Boyson, V. F., *The Falkland Islands*, Oxford, 1924, págs. 22-24; Goebel, *op. cit.*, págs. 38-43).

Otros autores ingleses enuncian opinión análoga y consideran que el relato de Hawkins se inspira en el anterior de Jane (Hidalgo Nieto, *op. cit.*, págs. 106-109).

De todo lo que antecede se desprende claramente: 1º que las costas patagónicas, descubiertas en 1520 por la expedición de Fernando de Magallanes, debidamente autorizado por el Rey de España para descubrir tierras y colonizarlas, fueron recorridas repetidas veces desde entonces por otros marinos españoles; 2º que el descubrimiento de las Islas Malvinas debe ser atribuido fundadamente a Esteban Gómez, piloto de la expedición de Magallanes; 3º que los ingleses, quienes solamente desde 1577 pasaron por los mares australes, no son los descubridores de las Malvinas y tampoco lo son los holandeses que a partir del año 1600 divisaron esas islas.

El descubrimiento de las Islas Malvinas quedó bonificado del punto de vista jurídico con la posesión. En 1580, Pedro Sarmiento de Gamboa es enviado desde el Perú para cerrar el paso a Francisco Drake; actuando en nombre de Felipe II toma posesión simbólica de Cabo Vírgenes, situado en la desembocadura del Estrecho de Magallanes, mas no sólo de la tierra firme sino también de ambos océanos y de las islas adyacentes.⁴⁹ Procedía de conformidad con los métodos usuales en la época. Y en 1584 el mismo ocupa el Estrecho fundando un establecimiento.

En suma, el descubrimiento y la toma de posesión de las Malvinas son acontecimientos que pertenecen a España.

4. En lo concerniente a la ocupación efectiva de las Islas Malvinas, es un hecho histórico que el primero en efectuarla no fue Gran Bretaña.

El célebre navegante francés Luis Antonio de Bougainville, habiendo partido de Saint-Malo con un grupo de colonos franceses emigrados del Canadá, desembarca el 2 de febrero de 1764 en una de las dos islas mayores del archipiélago, la situada al Este, y funda allí un establecimiento que denomina "Port Louis". España, sintiéndose agraviada, formula inmediatamente una reclamación en París; siguiéronse negociaciones que condujeron a un arreglo, según el cual Bougainville haría entrega del establecimiento a España y percibiría de ésta determinada indemnización por los gastos realizados. Se procedió, así, en efecto, en 2 de abril de 1767, quedando autoridades españolas dependientes del Gobierno y Capitanía General de Buenos Aires instaladas en "Port Louis", al cual atribuyeron el nombre de "Puerto de la Anunciación", y más tarde "Puerto Soledad" por hallarse en la isla así denominada.

⁴⁹ Ruiz Guiñazú, *op. cit.*, pág. 115.

El 23 de enero de 1765 —sin duda como eco de la ocupación realizada un año antes por los franceses—, el comodoro inglés John Byron llega a una de las islas del grupo occidental, desembarca en el lugar que los franceses conocían como "Puerto de la Cruzada" y, llamándole a su vez "Puerto Egmont", toma posesión simbólica en nombre de la Corona de Inglaterra; pocos días después sigue viaje hacia el Pacífico. Sólo al año siguiente —el 8 de enero de 1766— se instala en ese sitio el capitán inglés John W. MacBride, enviado por su gobierno.

Estas actitudes eran violatorias de varios tratados vigentes, en que España e Inglaterra habían estipulado y confirmado reiteradamente que los súbditos ingleses no navegarían ni comerciarían en los dominios españoles de las Indias y se contraía la obligación de respetar la integridad territorial de esos dominios.³⁰ España había cuidado celosamente su posición en América a través de las alternativas políticas entre las cortes europeas y no obstante las guerras producidas. Y en 1749 —es decir, dieciséis años antes que John Byron se presentara en las Malvinas—, habiendo preparado el almirantazgo inglés una expedición a los Mares del Sur para explorar especialmente el archipiélago, el gobierno español, como fuese informado oficialmente del propósito expresándole que se procedería "sin intención de realizar un establecimiento", opuso objeciones tales que el proyecto fue abandonado.³¹ La actitud asumida por

³⁰ Pueden mencionarse como principales, entre otros, los siguientes: el tratado suscrito en Madrid el 23 de mayo de 1667, en cuyo art. 2º se estipula que ni ambos monarcas ni los respectivos súbditos "atentarán, harán o procurarán que se haga con ningún pretexto, pública o privadamente, en algún lugar, por mar o por tierra, en los puertos o en sus ríos, cosa alguna que pueda ser en daño y detrimento de la otra parte"; el tratado celebrado en Madrid el 10 de julio de 1670, en cuyos arts. 7º y 8º se confirma el tratado del 23 de mayo de 1667 y se estipula la prohibición para los ingleses de dirigir su comercio o su navegación a los lugares que España posee en las Indias, o comerciar en ellos, y se declara que Gran Bretaña gozará de soberanía en todas las tierras situadas en América que posea en la actualidad, "de suerte que ni por razón de esto ni de cualquier otro pretexto se pueda ni deba pretender jamás alguna otra cosa, ni moverse en adelante controversia alguna"; el tratado preliminar de paz entre España e Inglaterra firmado en Madrid el 23 de marzo de 1713, en cuyo art. 14 Inglaterra se obliga a prohibir que "ningún navío de la nación inglesa se atreva a pasar por la Mar del Sur"; el tratado suscrito, en Utrecht el 13 de julio de 1713, en cuyo art. 8º España se compromete a no transferir de modo alguno "a Francia o a cualquiera otra nación" territorios o dominios situados en las Indias Occidentales e Inglaterra se obliga a dar ayuda a España para que éstos se conserven íntegros; y el tratado de paz entre España y Francia, por una parte, e Inglaterra por la otra, firmado en París el 10 de febrero de 1763, cuyo art. 2º confirma todas las estipulaciones anteriores.

³¹ Boyson, *op. cit.*, págs. 39-40.

Byron y MacBride en 1765-66 era la reiteración de aquel plan, pero ejecutado esta vez sin advertencia alguna y traducido en una ocupación efectiva.

La instalación de MacBride pasó desapercibida algún tiempo; pero, una vez comprobada, el gobierno de Madrid expide una Real Orden al Gobernador de Buenos Aires, don Francisco de Paula Bucareli, mandándole conrinar a los ingleses el desalojo y autorizándole a emplear la fuerza en caso necesario. Naves enviadas al Río de la Plata desde la metrópoli proceden a intimar el desalojo, fundándose en que la estada de los ingleses, si no era meramente accidental, importaba una violación de los tratados en vigor; los ingleses no acceden, alegando haber descubierto aquellas islas e instalándose en ellas, y pretenden que son los españoles quienes deben retirarse para lo cual les señalan un plazo máximo de seis meses que vence el 10 de junio de 1770. Como las intimaciones recíprocas se repiten y la situación tórnase insostenible, Bucareli envía refuerzos; los españoles exigen nuevamente a los ingleses el desalojo, y por último, efectuando un desembarco aquel mismo 10 de junio, los obligan a capitular.³² Este grave incidente, aunque incruento, estuvo a punto de desencadenar la guerra.

España emprende negociaciones diplomáticas en Londres con la mediación de Francia, que era su aliada; pero, como se prolongan sin resultado, Luis XV escribe una carta personal a Carlos III expresándole que la guerra importaría un terrible mal y que todo sacrificio para conservar la paz sin ofensa del honor sería un gran bien. Fue así como se llegó finalmente a un arreglo, consistente en una declaración, formulada por España el 22 de enero de 1771, en la cual se manifiesta que, "habiéndose quejado S.M.B. de la violencia cometida . . . obligando por la fuerza al comandante y a los súditos de S.M.B. a evacuar el que ellos denominan Puerto Eginont, paso ofensivo al honor de su Corona . . .", el Embajador español "declara que S.M.C., en consideración al amor que tiene a la paz y a que continúe la buena armonía con S.M.B., y reflexionando que aquel suceso pudiera interrumpirla, ha visto con desagrado dicha empresa capaz de turbarla, y en la persuasión en que S.M. se halla de la reciprocidad de sentimientos de S.M.B., . . . reprueba la sobredicha violenta empresa . . .", y por lo tanto "se obliga a dar orden inmediatamente

³² Hidalgo Nieto, *op. cit.*, págs. 20-86.

para que se repongan las cosas en la Gran Malvina y Puerto Egmont en el mismo estado en que se hallaban antes del 10 de junio de 1770"; pero "declara al mismo tiempo . . . que la promesa que hace S.M.C. de restituir a S.M.B. la posesión del fuerte y puerto llamado Egmont no perjudica en modo alguno a la cuestión del derecho anterior de soberanía de las Islas Malvinas, llamadas por otro nombre Falkland". Esta reserva es aceptada tácitamente por Inglaterra, pues en el instrumento correlativo ella se limita a referirse al hecho del desalojo violento de Puerto Egmont, al compromiso asumido a restituir esa plaza y a manifestar que recibe la declaración española "como una satisfacción por el agravio inferido a la Corona de Gran Bretaña".

Es evidente que, no obstante la incidencia, España mantiene en pie sus derechos a Puerto Egmont; con mayor razón los mantiene respecto de todo el resto del archipiélago, puesto que nunca había sido poseído por los ingleses y ella misma había conservado siempre en su poder el establecimiento de Puerto Soledad. Por su parte, Inglaterra no hace mención alguna de tener derechos a la soberanía de las Malvinas y se satisface con la restitución material de Puerto Egmont.

La devolución de este puerto a los ingleses quedó finiquitada el 31 de octubre de 1771. Debe notarse que en los documentos que se labran a ese efecto consta que Inglaterra recibe "el establecimiento inglés" de manos del "Comisario General de S.M.C. en Puerto Soledad",⁵³ lo cual significa, del lado de España, precisar concretamente lo que entrega una vez admitida sin objeción la reserva que ha consignado en el acuerdo del 22 de enero, y significa, del lado de Inglaterra, reconocer la posesión efectiva que España ejerce con autoridades establecidas en Puerto Soledad y admitir su subsistencia.

Durante el curso de las negociaciones, el gobierno inglés hizo al Embajador español reiteradas manifestaciones verbales y confidenciales (forma utilizada sin duda para no dar pábulo a la oposición en el Parlamento) expresando que Inglaterra evacuaría Puerto Egmont después que le fuese restituido. Sobre esta "promesa secreta" circularon voces insistentes en Londres y en Madrid y se conocen documentos que demuestran que al concertarse el acuerdo del 22 de enero quedaba entendido que Inglaterra procedería a la evacuación.⁵⁴ Y el hecho real es que los

⁵³ *Ibidem*, págs. 255-259.

⁵⁴ Goebel, *op. cit.*, caps. VII y VIII; Hidalgo Nieto, *op. cit.*, pág. 230.

ingleses abandonaron formalmente Puerto Egmont el 20 de mayo de 1774, quedando todo el archipiélago en poder de un gobernador español.³⁵ El abandono debía ser definitivo. La política colonial de la época se había concretado en una serie de tratados que obligaban a respetar la integridad territorial de las posesiones españolas, y las cuestiones que se suscitaron versaban únicamente sobre el ejercicio de la pesca en esas regiones. Todo ello vino a ser corroborado en la convención celebrada entre España e Inglaterra el 28 de octubre de 1790, que puso fin al conflicto de Nootka Sound (América Septentrional), pues en el artículo 6º de esta convención se acordó que "los súbditos respectivos de las dos potencias no formarían en lo venidero ningún establecimiento en las costas orientales u occidentales de la América Meridional situadas al Sur de las costas e islas adyacentes ya ocupadas por España, siendo entendido que los súbditos de ambas podrían desembarcar en las referidas costas o islas con el propósito de pescar y podrían construir cabañas y otras instalaciones temporarias que sirvieran solamente para tal objeto".

En resumen, la ocupación efectiva por los ingleses sólo existió en el lugar llamado Puerto Egmont y, en cuanto al tiempo, duró apenas ocho años (1766-74), con la protesta de España y las contingencias resultantes. La ocupación efectiva por España ha sido anterior —desde 1764, en que los franceses fundaron el establecimiento de Port Louis, que poco después transfirieron a España—³⁶ y ha sido permanente, pues ella continuó ejerciendo posesión no turbada durante los ocho años en que a la vez

³⁵ Al evacuar Puerto Egmont los ingleses colocaron una placa de plomo con una inscripción expresando que las Islas Falkland pertenecen de derecho a Gran Bretaña y que se deja esa placa como marca de posesión. Tan singular proceder carece de efecto jurídico. En cuanto a la forma, porque tratárase de una manifestación anónima —pues no emana de documento oficial abonado por firma auténtica—, un hecho revelador, cuando más, de que otras personas, ahora ausentes, han estado antes en el lugar; y, en el supuesto de que fuese viable como advertencia de un presunto derecho, constituiría tan sólo un acto unilateral que no se hace llegar, sin embargo, a terceros interesados por conducto diplomático, esto es, del modo que siempre ha sido de rigor para que ellos puedan adoptar la actitud correspondiente. En cuanto al fondo, la mencionada inscripción resulta inocua, porque invocaría, en todo caso, una posesión ficticia, inadmisibles ya en aquella época, y más todavía una posesión carente de todo valor ante la evidencia de que están presentes las autoridades españolas ejerciendo posesión efectiva y consentida.

³⁶ Se ha pretendido que la ocupación de Port Louis y su transferencia ulterior a España no atribuyen derechos de posesión a ésta porque, según el art. 6º del "Pacto de Familia" subscrito el 15 de agosto de 1761, los reyes de España y de Francia se garantizaban mutuamente sus respectivos territorios, y por lo tanto los franceses no podían

estuvieron los ingleses en Puerto Egmont y, desde la evacuación de éstos, la ejerció España en todo el archipiélago, también sin turbación, mediante gobernadores que, designados por ella, estaban subordinados a la Capitanía General de Buenos Aires y luego al Virreinato del Río de la Plata, creado en 1776. Es significativo notar que Inglaterra nunca requirió de España que evacuase Puerto Soledad u otras regiones del archipiélago; ni cuando aquél le fue entregado por los franceses con el nombre de Port Louis, ni cuando coexistía la ocupación inglesa en Puerto Egmont, ni cuando los ingleses abandonaron este punto, ni ulteriormente. Por el contrario, Inglaterra reconoció implícitamente la posesión ejercida por España según se desprende de los documentos que se intercambiaron cuando ésta le restituyó Puerto Egmont. Abandonado este último lugar por los ingleses, la posesión efectiva e integral del archipiélago mantenida por España pasó a las Provincias Unidas del Río de la Plata, en su carácter de sucesoras, desde el momento de su emancipación en 1810; y el nuevo Estado independiente —que fue reconocido por Gran Bretaña en 1825 sin formular reserva alguna con respecto al archipiélago— continuó ejerciendo posesión hasta al 3 de enero de 1833, en que marinos ingleses, procediendo con sorpresa y violencia, suplantaron a las autoridades argentinas.

transferir a España una posesión que no habían obtenido. Esta objeción no alcanza a anular los derechos de España a las Malvinas, fundados principalmente en la prioridad de la ocupación efectiva.

La instalación de Bougainville tuvo los efectos jurídicos de una gestión de negocios en cosa ajena; pues España, invocando precisamente el "Pacto de Familia", recibió de manos de Bougainville el establecimiento erigido en Port Louis, indemnizándole por los gastos efectuados, y permitió permanecer en el lugar a los colonos franceses que lo descaran, todo lo cual significa que España reivindicó y obtuvo como suyos los derechos y deberes inherentes a la instalación y mantenimiento de aquella posesión. Y si por vía de hipótesis se admitiera que la ocupación francesa, por ser ilícita, no otorgó derechos posesorios a España desde el 2 de febrero de 1764, día en que se había realizado, no debe olvidarse que ilícita fue, sin duda alguna, la ocupación realizada por los ingleses en el año 1776, porque a ellos estaba prohibido, en virtud de tratados vigentes, navegar y ocupar territorios en los dominios españoles, resultaría en consecuencia que, siendo ilícitas y sin valor ambas ocupaciones —tanto la francesa como la inglesa—, quedaría en pie en todo caso como primera y única ocupación incuestionable la iniciada por España el 2 de abril de 1767, esto es, el día en que se retiraron los franceses y quedaron instaladas autoridades españolas.

5. Podemos concluir afirmando sin vacilar que los títulos poseídos por la República Argentina a la soberanía sobre las Islas Malvinas se basan fundamentalmente en la ocupación efectiva. Y este hecho reviste importancia primordial para resolver jurídicamente la cuestión pendiente: 1º porque en 1766 —año en que tuvo origen el problema— la regla de la ocupación efectiva imperaba en el ámbito internacional como título esencial para la adquisición de la soberanía territorial; 2º porque sabido es que Inglaterra venía sosteniendo la norma de la ocupación, especialmente desde que la famosa bula de Alejandro VI, dada en 1493, había dividido al mundo atribuyendo a Portugal las tierras que descubriese al Oriente de cierta línea meridiana y a España las que descubriese al Occidente; 3º porque el descubrimiento como título adquisitivo, vigente para España y Portugal *inter se* en virtud de la mencionada bula, no podía ser invocado contra España o Portugal por los países que, como Inglaterra, desconocían la decisión papal y en consecuencia no se ajustaban a los deberes correlativos que de ésta emanaban; 4º porque la ocupación inglesa sólo reúne caracteres negativos: fue ilícita, por ser violatoria de los tratados vigentes; fue clandestina, esto es, tenida oculta hasta el momento en que los españoles llegaron a comprobarla; fue tardía, porque sobrevino después de la ocupación efectuada por los franceses, quienes la transfirieron a España; fue contestada, porque España le opuso resistencia y finalmente una reserva explícita; fue parcial, porque se redujo a Puerto Egmont y mientras tanto España poseía Puerto Soledad; fue brevísima, pues sólo duró ocho años; y fue precaria, puesto que desde 1774 quedó abandonada; 5º porque la ocupación por España fue anterior a la inglesa, coexistió a la par de ésta sin ser turbada y continuó existiendo después del abandono por parte de Inglaterra.

En cuanto al descubrimiento como título, debe observarse que los navegantes ingleses y holandeses mencionados como presuntos descubridores carecían de la autorización oficial que era costumbre otorgar a los que emprendían viaje de descubrimiento y colonización; en cambio, poseían esa autorización los navegantes españoles. Recordando, por otra parte, que el descubrimiento confiere tan sólo un título incoado, que debe ser perfeccionado oportunamente por medio de la ocupación efectiva, podemos afirmar que, según lo hemos demostrado, ese título preliminar pertenece a España y ella procedió a perfeccionarlo debidamente. Y si por vía de hipótesis quisiera suponerse que las Malvinas hubieran sido descubiertas por otros, siempre estaría en pie, como título bastante por sí solo, el hecho de la ocupación efectiva por España, anterior a toda otra ocupación y mantenida continuamente desde el momento inicial del

problema jurídico así como en todo tiempo ulterior, incluso cuando quedó planteada la cuestión diplomática. Esa ocupación efectiva constituye la base inmovible del derecho de España y su sucesora la República Argentina a la soberanía sobre las Islas Malvinas.³⁷

³⁷ Analogía sorprendente con la cuestión de las Malvinas, que acabamos de examinar, presenta el caso de la *Isla de Palmas*, resuelto por sentencia arbitral del eminente jurista suizo Maz Hüber, pronunciada en 1928 según "el derecho internacional y toda disposición aplicable de los tratados", que ya hemos comentado.

Discutíase entre los Estados Unidos y los Países Bajos el derecho a la soberanía sobre la mencionada isla, situada en las proximidades del archipiélago filipino, el cual había sido cedido por España a los Estados Unidos en virtud del tratado de paz de 1898. Invocaban éstos, para fundar su derecho a la Isla de Palmas como cesionarios, que el título originario de España provenía de la circunstancia de haberla descubierto en la primera mitad del siglo XVI; los Países Bajos sostenían que, por medio de la Compañía de las Indias Orientales, habían tomado posesión y ejercían derechos sobre la Isla de Palmas desde 1677 al menos.

El árbitro manifestó acertadamente que debía juzgar —como también lo sostenían ambas partes— a la luz del derecho internacional imperante en el momento en que se originó el hecho jurídico, y no según derecho vigente en la época en que surgió la cuestión diplomática con relación a aquel hecho; y analizando con ese criterio el problema jurídico sometido, adjudicó la isla a los Países Bajos. Fundóse para ello principalmente en las razones siguientes: que aun cuando podía admitirse que el descubrimiento había sido efectuado por España, el título proveniente de ese acto "no podría subsistir, aun en la interpretación más favorable y más extensiva, sino como un título inchoado (*inchoate title*), como un reclamo para establecer la soberanía por medio de la ocupación efectiva, pero un título de esa especie no puede prevalecer frente a un título definitivo fundado en el ejercicio continuado y pacífico de la soberanía"; que los Países Bajos habían mantenido siempre, desde 1677, el ejercicio continuado y pacífico de su soberanía en la Isla de Palmas; que existía ya, y se había desarrollado especialmente desde mediados del siglo XVIII, el principio según el cual la ocupación, para dar fundamento a la soberanía territorial, debe ser efectiva; observaba que la ocupación holandesa subsistía en el momento (1898) en que España aparecía cediendo la isla a los Estados Unidos como parte integrante del archipiélago filipino; y agregaba que no era necesaria la notificación a terceros del hecho de la ocupación, porque esa regla nació como consecuencia del tratado de Berlín de 1885. Además, el árbitro hizo notar que no se había producido ninguna contestación, acto o protesta contra el ejercicio por los Países Bajos de la soberanía territorial en la Isla de Palmas a pesar de su proximidad a las Islas Molucas, desde el momento en que España, al evacuar estas islas (1666), había formulado reservas expresas con respecto al mantenimiento de su soberanía en ellas, hasta el momento (1906) en que se planteó la controversia diplomática entre los Estados Unidos y los Países Bajos. Finalmente, el argumento de la contigüidad geográfica, invocado en segundo lugar por los Estados Unidos, fue desechado por el árbitro expresando que carece de fundamento en el derecho internacional. Sea o no aceptable esta última manifestación absoluta, la verdad es que el argumento referente a la contigüidad geográfica era innecesario ante el hecho de la ocupación efectiva: éste, habiéndolo efectuado los holandeses en 1677, año en que tuvo origen el problema jurídico, y habiéndolo continuado sin oposición hasta el momento en que se planteó la controversia diplomática, constituía por sí solo título bastante para adjudicar la Isla de Palmas los Países Bajos.

86a. LA CUESTIÓN DE LAS ISLAS MALVINAS EN LAS NACIONES UNIDAS.— El proceso de descolonización es uno de los grandes éxitos que ha tenido Naciones Unidas y constituye uno de los hechos más significativos del proceso de la postguerra.

Basados en nuevas ideas de liberación, que se empezaban a insinuar, los Estados que establecieron la Sociedad de las Naciones en el Tratado de Versailles resolvieron ante el problema del destino de los imperios coloniales de las potencias derrotadas, Alemania y Turquía, que estas colonias no serían repartidas entre los vencedores, como había ocurrido hasta entonces, sino que quedarán regidas por el sistema de mandatos, una nueva fórmula de transacción, que sin llegar a establecer categóricamente la independencia de estos países como objetivo del sistema, sin embargo, estableció que esta tutela sería ejercida por ciertos Estados "como mandatarios en representación de la Sociedad de las Naciones", tal como lo señala el artículo 22, inciso 2º del Pacto. Este sistema funcionó con algún éxito; Irak fue independiente desde 1933 y Siria y Libano se encontraban al borde de alcanzarla al declararse la Segunda Guerra Mundial.

La experiencia de este conflicto y los cambios políticos sucedidos aceleraron el proceso de descolonización. Surgieron como potencias dominantes, dos Estados con políticas anticoloniales, a diferencia del periodo anterior en que la mayoría de estas primeras potencias eran potencias coloniales. La Unión Soviética partió de la premisa que la pérdida del imperio colonial infringiría serios daños al capitalismo. A su vez, los Estados Unidos y muy en particular su opinión pública, habían mantenido una vieja oposición al colonialismo, puesto que su mismo origen como nación independiente derivaba de una guerra anticolonial.

Esta posición de estas dos grandes potencias fue acompañada en la Conferencia de San Francisco, que redactó la Carta de las Naciones Unidas, por países medianos y pequeños, particularmente los de la América Latina.

El paso dado entre el Pacto de la Sociedad de las Naciones y la Carta de las Naciones Unidas ** fue formidable. No se limitó este último instrumento a tratar nada más que el problema del mandato o del fideicomiso sobre las ex colonias de las potencias vencidas en la primera y segunda guerra, sino que las potencias coloniales tuvieron que reconocer que se incorporaran a la Carta normas que fijaban a las potencias coloniales conductas que deberían seguir en sus colonias. El problema de las

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 10 a 35.

colonias salió así de la esfera interna, para transformarse de interés y responsabilidad internacional.

El artículo 1º de la Carta que se refiere a los Propósitos de las Naciones Unidas establece como uno de ellos en el inciso 2º "Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derecho y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal". El principio de la libre determinación ha sido ideológicamente la palanca que ha movido todo el proceso de descolonización y en cuyo nombre ha tenido lugar.

El régimen de administración fiduciaria no es más que el sucesor mejorado del régimen de mandatos, con un énfasis marcado en que el objetivo del sistema nuevo es alcanzar el gobierno propio o la independencia de estos territorios fideicometidos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del mismo y "los deseos libremente expresados de los pueblos interesados".

Lo que caracteriza fundamentalmente la nueva Carta y constituye un nuevo aporte en materia colonial fue la inclusión del capítulo IX titulado "Declaración relativa a territorios no autónomos", es decir, aquellos "territorios cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio".

El artículo 73 establece una serie de principios que deben ser observados por las potencias administradoras.

Debe destacarse que este artículo 73 termina con una norma sobre la que se construyó todo un mecanismo de vigilancia internacional sobre la actuación de las potencias administradoras y permitió a otros países ejercer algún control sobre la administración colonial. El inciso c) del artículo 73 dice que los miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar estos territorios se obligan: "c) a transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística o de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios de los cuales son respectivamente responsables".

En la segunda parte del primer período de sesiones de la Asamblea General en 1946, luego de un debate interesante y en contra de la opinión de las potencias coloniales, la Asamblea afirmó su derecho a estu-

diar la información proporcionada y a hacer recomendaciones. Con el objeto de examinar la documentación proporcionada creó un Comité *ad hoc* que luego pasó a ser definitivo en 1949, con el nombre de Comisión para la Información sobre territorios no autónomos.

En 1946 varias potencias administradoras anunciaron el envío de información sobre territorios no autónomos. El Reino Unido incluyó en la lista 43 territorios y entre ellos las Islas Malvinas. Fue la primera vez que estas islas aparecen en la historia de la Organización mundial.

Ante la inclusión británica de las Islas en la lista de territorios no autónomos la Argentina formuló una reserva de soberanía. Esta reserva fue sistemáticamente repetida año a año cada vez que se trató el tema de la información sobre los territorios no autónomos.

La Asamblea General, sin abrir juicio, se limitó a tomar nota de la lista de territorios no autónomos sobre los que se transmitiría información.

Esta Comisión fue reforzando sus poderes con el correr del tiempo, pero hubieron circunstancias que hicieron que al comienzo de la década de 1960, fuera inadecuada para la mayoría de los Miembros de la Asamblea. Desde 1955, habían comenzado a incorporarse a las Naciones Unidas una serie de Estados nuevos, particularmente africanos y asiáticos, primeros frutos de la descolonización, cuyo móvil principal en la O.N.U., fue poner fin a esta etapa colonial que ellos acababan de pasar.

Con el objeto de llevar a cabo sus propósitos 43 Estados afroasiáticos presentaron en la XV Asamblea en 1960, un proyecto de resolución conteniendo una declaración titulada "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales"**** que fue aprobada por 89 votos a favor (Argentina), ninguno en contra y 9 abstenciones y se transformó en la histórica resolución 1514 (XV), con la que comenzó una nueva etapa para el orden político e institucional de los territorios no autónomos.

En este instrumento la Asamblea General reconoce en su Preámbulo entre otras cosas, "que los pueblos del mundo desean ardientemente el fin del colonialismo en todas sus manifestaciones" y proclama "solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones". La Declaración en sí contiene 7 puntos, pero nos interesa aquí destacar dos de ellos:

**** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 721 a 722.

"2. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural", y

"6. Todo intento encaminado a quebrar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Así, pues, estos dos criterios, el principio de la libre determinación y el principio de unidad nacional e integridad territorial, deben guiar el proceso de descolonización. El concepto global que surge del análisis de la Declaración integral es claro. El principio de libre determinación, no siempre responde a todas las situaciones; en ciertos casos puede aun ir en contra del proceso mismo de descolonización y puede servir de instrumento para convalidar una situación o para destruir la integridad territorial, facilitando "la balcanización" de una zona.

Por ello, la delegación argentina ya en 1961 y teniendo en cuenta la situación de Malvinas, puntualizó su interpretación de esta resolución 1514 (XV) en el sentido de que el principio de libre determinación sería mal aplicado en situaciones en que parte del territorio independiente ha sido separado en virtud de un acto de fuerza de otro Estado, sin que exista ningún acuerdo internacional posterior que convalide esta situación de hecho y cuando, por el contrario, el Estado agraviado ha protestado permanentemente por esta situación. Se agregó que estas consideraciones se ven agravadas muy en especial, cuando la población existente ha sido desalojada por este acto de fuerza y grupos fluctuantes de nacionales de la potencia ocupante la han reemplazado. Es decir, que el principio fundamental de la libre determinación no debe ser utilizado para transformar una posición ilegítima en una soberanía plena, bajo el manto de protección que le daría las Naciones Unidas.

Este argumento, muy importante para impedir la aplicación ortodoxa e indiscriminada del principio de no intervención ha sido reiterado constantemente a partir de 1964, cuando comenzó la discusión en sí de la cuestión de las Islas Malvinas.

A los efectos de que la Declaración no quedara nada más que en una mera enunciación de principios, los países anticolonialistas propiciaron la creación de un órgano de vigilancia de su aplicación, que finalmente quedó constituido en 1962 con el nombre de "Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales", comúnmente conocido como el Comité de los 24.

Dentro de la competencia de este Comité quedaron, mediante la aprobación de una Lista por el Comité, todos los territorios llamados no autónomos sobre los que Naciones Unidas venía recibiendo información conforme con el artículo 73 de la Carta. Por ello, el caso de las Islas Malvinas quedó incorporado a la Agenda del Comité.

El Comité de los 24 dividió sus labores en varios subcomités. Al Subcomité III, en el que se estudió la situación de algunos pequeños territorios, tocó la consideración de la cuestión de las Islas Malvinas.

En ese momento la Cancillería argentina decidió participar del debate de este Subcomité y así lo solicitó el 20 de abril de 1964, manifestando que lo hacía "en razón de los derechos soberanos de la República Argentina sobre dicho territorio". El representante británico contestó que su Gobierno "no tenía duda alguna en cuanto a su soberanía respecto al territorio".

Es ahora el momento de destacar que al participar en este debate, la Argentina señaló para sostener sus derechos ante la comunidad internacional y que ello en modo alguno, supuso ni supone el reconocimiento por parte de nuestro país del status colonial de las islas. En 1964, en el Subcomité III⁹, la delegación argentina¹⁰ sostuvo al comienzo de su exposición:

"Venimos al seno de esta subcomisión para reafirmar una vez más los derechos irrenunciables e imprescriptibles de la República Argentina a las Islas Malvinas. Las Malvinas son parte del territorio argentino ocupado ilegalmente por Gran Bretaña desde 1833, en virtud de un acto de fuerza, que privó a nuestro país de la posesión del archipiélago. Como consecuencia de ello, Gran Bretaña impuso allí el régimen de colonias.

"Desde entonces, 1833, la República Argentina ha reclamado a Gran Bretaña la reparación debida por el agravio inferido. En estos 133 años no ha consentido, ni consentirá jamás, la separación de parte del territorio nacional, por medio de un acto ilícito e inaceptable.

"Venimos a esta subcomisión a reiterar nuestros derechos a las Malvinas ante la comunidad internacional, apoyados por la voluntad y el sentimiento unánime del pueblo argentino y por una sólida e ininterrumpida posición de protesta frente a la violencia, mantenida por todos los Gobiernos argentinos desde 1833, sin distinción.

⁹ Participó en este debate el autor de la actualización de este libro, el 9 de setiembre de 1964. Documento Naciones Unidas A/AC. 109/SC. 4/S.R. 25.

“Nuestro propósito es persuadir a la comunidad internacional de que las mencionadas Islas son parte integrante del territorio argentino y que el deber jurídico y moral de Gran Bretaña es devolverlas a su verdadero dueño, afirmándose así, el principio de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, base de las relaciones internacionales pacíficas”.

No vamos a hacer aquí el análisis del debate que tuvo lugar en el Subcomité III, luego en el Comité de los 24, y después en la IV Comisión de la Asamblea General, en la que asumió la representación el Dr. Bonifacio del Carril. En ellos se expusieron los firmes argumentos de la República para su reivindicación, así como las réplicas británicas habituales. La Asamblea General adoptó el 16 de diciembre de 1965 la resolución 2065 (XX), por 94 votos a favor, 14 abstenciones y ningún voto en contra. Se abstuvieron: Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Portugal, República de Sud Africa, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos, Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia y Francia.

La Resolución 2065 (XX) dice:

“La Asamblea General,

Habiendo examinado la cuestión de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

Teniendo en cuenta los capítulos de los informes del Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales concernientes a las Islas Malvinas (Falkland Islands) y en particular las conclusiones y recomendaciones aprobadas por el mismo relativas a dicho Territorio,

Considerando que su resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 se inspiró en el anhelado propósito de poner fin al colonialismo en todas partes y en todas sus formas, en una de las cuales se encuadra el caso de las Islas Malvinas (Falkland Islands),

Tomando nota de la existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre dichas islas,

I. — *Invita* a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por el Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales a fin de encontrar una solución pacífica al problema, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones y los objetivos de la Carta

de las Naciones Unidas y de la resolución 1514 (XV), así como los intereses de la población de las Islas Malvinas (Falkland Islands);

2. — *Pide* a ambos Gobiernos que informen al Comité Especial y a la Asamblea General, en el vigésimo primer periodo de sesiones, sobre el resultado de las negociaciones”.

En primer término debemos destacar que la resolución no mencionada específicamente que las Islas Malvinas sean territorio no autónomo, sólo habla de “Territorio”, no abriendo juicio sobre el particular. En segundo término, vemos que el problema es denominado “La *cuestión* de las Islas Malvinas”, término este tradicional en Naciones Unidas para caso de controversias y además que utiliza la terminología “Islas Malvinas (Falkland Islands)” en español y “Falkland Islands (Islas Malvinas)” en inglés. De esta manera se cambió el nombre de las Islas en Naciones Unidas, que hasta entonces usaba la terminología inglesa exclusivamente.

La resolución continúa remarcando de manera particular el propósito de la resolución 1514 (XV) de poner fin al colonialismo “en todas partes y en todas sus formas, una de las cuales se encuadra en el caso de las Islas Malvinas (Falkland Islands)”. Es decir, que la Asamblea desea que termine la situación existente que resulta intolerable a la comunidad internacional organizada.

Quizás lo más importante de la resolución 2065 (XX) es el párrafo preambular en que la Asamblea toma nota de la disputa “acerca de la soberanía sobre dichas islas”, porque a partir de la adopción de esta resolución, la presencia de Gran Bretaña en las islas es una presencia cuestionada para la comunidad internacional y la disputa debe resolverse por vía pacífica, de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas. Además, si esta presencia es cuestionada, Gran Bretaña no puede cambiar el status colonial que ella le ha dado a las Islas, sin violar la resolución. De esta manera se ha impedido que Gran Bretaña pueda impunemente aplicar ortodoxamente el principio de libre determinación.

La parte dispositiva invita a las partes a negociar a fin de encontrar una solución pacífica al problema, teniendo en cuenta, la Carta de Naciones Unidas y la resolución 1514 (XV), así como los “intereses de la población de las Islas”. Este fue un gran triunfo de la diplomacia argentina, pues los británicos pretendían y pretenden que la disputa se solucionara teniendo en cuenta los “deseos” y no los “intereses”, que son criterios muy diferentes. Las pautas marcadas por la Asamblea General para la negociación benefician netamente la posición argentina. Por otra par-

te, desde el primer debate la Argentina manifestó generosamente que "respetuosa de los derechos fundamentales del hombre y de las obligaciones emanadas de la Carta de las Naciones Unidas, tendrá especialmente en cuenta el bienestar y los intereses materiales de los actuales pobladores de las Islas Malvinas, en la misma forma como al amparo de nuestra Constitución, los hombres de todas las razas y credos del mundo se han integrado a la vida de la Nación".

Finalmente la resolución 2065 pide a los Gobiernos que informen al Comité de los 24 y a la Asamblea sobre las negociaciones.

Quizás la de mayor importancia de todas ellas es la nota del 21 de noviembre de 1969 en la que se menciona, y cito: "el objetivo común de solucionar definitivamente y en forma amistosa, lo antes posible, la disputa acerca de la soberanía sobre las Islas Malvinas, teniendo debidamente en cuenta los intereses de los habitantes de las Islas, de acuerdo con la resolución 2065 y los consensos aprobados por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1966 y el 19 de diciembre de 1967". Esta parte de la nota es importante porque en ella, y por primera vez, realmente Gran Bretaña reconoció que hay una disputa sobre la soberanía que deberá ser solucionada teniendo en cuenta los "intereses" de la población. No se mencionan aquí, de acuerdo con la teoría tradicional británica, los "deseos" de la población. Pero, además, esta nota es importante porque por este medio se acuerda que aun cuando "subsiste divergencia entre los dos Gobiernos en cuanto a las circunstancias que deberían existir para una solución definitiva de la disputa", se ha agregado que, "en el marco general de las negociaciones, tengan lugar a principios del año próximo, en fecha adecuada para ambos, conversaciones especiales con el objeto de convenir medidas prácticas para la realización y promoción de la libertad de comunicación y movimiento entre el territorio continental y las Islas, en ambas direcciones".

Sobre la base del párrafo transcrito se llevaron a cabo conversaciones que tuvieron lugar en 1970, en Londres, en 1971, en Buenos Aires y en 1972 en Puerto Stanley.

En cumplimiento de la resolución 2065 (XX), han continuado, desde 1966, las negociaciones con Gran Bretaña.

Ambos Gobiernos han enviado notas periódicamente, en cumplimiento del párrafo 3º de la resolución 2065, a la Secretaría General para que informe a la Asamblea y al Comité de los 24 sobre el estado de las negociaciones.

En 1970 se proyectó una declaración conjunta, que fue aprobada por ley 19.529**, en 1972, referente a la apertura de comunicaciones entre las Islas Malvinas y el territorio continental argentino. Dicha Declaración creó una Comisión Consultiva Especial para tratar en su seno cuestiones relacionadas con el establecimiento y promoción de comunicaciones y movimiento de personas en ambas direcciones; establece, además, un documento para que los residentes en Malvinas pueden viajar al Continente y reciprocamente, prevé exenciones impositivas, exime de las obligaciones militares a los nativos de las islas, obliga al gobierno británico a establecer una línea marítima regular entre las Islas y el continente y al gobierno argentino un servicio aéreo regular, con aviones anfibia provisionalmente, hasta la habilitación del aeródromo, propende a facilitar todo trámite y documentación para el intercambio y movimiento de bienes y personas. La Declaración se ocupa también de cuestiones relativas a comunicaciones postales y a cooperación en materia sanitaria, educativa, agrícola y de desarrollo técnico, así como la concesión de becas. La Declaración es acompañada por notas reversales, donde se establece que nada de lo contenido en ella podrá interpretarse como una renuncia, reconocimiento o apoyo de la soberanía de ninguna de las partes respecto de la otra, ni que ningún acto o actividad de una de ellas en ejecución de la Declaración podrá constituir fundamento para apoyar, denegar o afirmar la posición de cualquiera de ellas respecto a la soberanía territorial sobre las Islas Malvinas.

Por notas reversales del 2 de mayo de 1972, se acordaron los detalles sobre la construcción de un aeródromo provisional en las Islas Malvinas, que se encuentra en operaciones desde fines de dicho año. Su funcionamiento fue reglamentado por notas reversales del 24 de octubre de 1972.

Los consensos se diferencian de las resoluciones en que son adoptados por unanimidad y constituyen desde hace algunos años una forma de expresión de la Asamblea en la que, sin tomar una resolución formal, manifiestan, sin embargo, el sentir general de este órgano.

Estos consensos fueron adoptados en 1966, 1967, 1969 y 1971.

Después de la adopción de la resolución 2065, la Asamblea General ha permanecido atenta a las negociaciones por ella recomendadas y ha aprobado cuatro consensos sobre esta cuestión.

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 724 a 731.

Estos consensos se han limitado a instar a las partes a continuar con las negociaciones, con el objeto de lograr lo antes posible una solución pacífica al problema. Lo importante de ellos es que siendo una decisión unánime Gran Bretaña les ha dado su asentimiento.

En 1973 la Asamblea General, luego de discutir la cuestión de las Islas Malvinas, adoptó la Resolución 3160 (XXVIII)***, donde expresa en el preámbulo su preocupación porque ocho años después de la adopción de la Resolución 2065 (XX) no se han hecho progresos substanciales en las negociaciones que aquélla recomendaba, agregando que esta última resolución indica el camino para la solución pacífica de la controversia sobre la soberanía de las islas, existente entre los dos países. La Asamblea también expresa su gratitud por los esfuerzos argentinos para facilitar la descolonización y promover el bienestar de los habitantes.

En su parte dispositiva la Resolución 3160 (XXVIII) declara la necesidad de acelerar las negociaciones para lograr una solución a la controversia sobre la soberanía de las islas y urge a ambos gobiernos a continuarlas sin demora, de acuerdo con las resoluciones pertinentes de la Asamblea General para poner fin a esta situación colonial.

En 1974 la Asamblea decidió pedir al Comité de descolonización que mantuviera bajo su atención la cuestión de las Islas Malvinas.

En 1945, el Comité Jurídico Interamericano, órgano del sistema de la O.E.A., preparó un informe dando amplio apoyo a la reivindicación argentina y sus bases jurídicas.

Luego de serios incidentes diplomáticos y navales, con motivo del envío de una misión encabezada por Lord Shackleton a las Islas Malvinas, el gobierno argentino decidió, a comienzos de 1976, retirar su embajador en Londres y solicitar el retiro del embajador británico en Buenos Aires.

La Asamblea General resolvió, por su parte, el 1º de diciembre de 1976, en la Resolución 31/49, expresar al gobierno argentino su reconocimiento por los esfuerzos realizados "para facilitar el proceso de descolonización y promover el bienestar de la población de las islas". Además, pide a los dos gobiernos que "aceleren las negociaciones relativas a la disputa sobre soberanía" y finalmente, insta a las dos partes a abstenerse de adoptar decisiones que puedan significar modificaciones unilaterales a la situación".

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 732 y 733.

En reuniones celebradas en Buenos Aires, en febrero de 1977, entre funcionarios de ambos gobiernos se consideraron "todos los aspectos del futuro de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y la cooperación económica argentino-británica en el área del Atlántico Sur Occidental y explorar las posibilidades de establecer términos de referencia para subsiguientes negociaciones". Se resolvió proceder a consultas con los gobiernos en algunos aspectos, antes de proseguir su estudio "para ampliar las áreas de entendimiento alcanzado hasta el momento".

El 25 de abril de 1977 los gobiernos argentinos y británico llegaron a un acuerdo, en un comunicado, para llevar a cabo negociaciones respecto a la futura situación política, inclusive la soberanía, con relación a las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur y a la cooperación económica con relación a estos territorios. El propósito de la negociación es lograr la solución pacífica de la disputa sobre la soberanía y establecer el marco de la cooperación económica anglo-argentina que va a contribuir al desarrollo de las islas y de la región. Se declara, además, que el objetivo de la negociación es lograr un futuro estable, próspero y duradero para las Islas, cuya población será consultada por el Gobierno británico, durante las negociaciones. Las negociaciones no prejuzgarán, dice el comunicado, sobre las respectivas posiciones de ambas partes respecto de la soberanía de las islas.

Las negociaciones tuvieron lugar, en Roma, en julio de 1977 y en Nueva York, en diciembre de 1977.

7

Capítulo VII

LOS ESPACIOS MARITIMOS, LOS FLUVIALES, LOS AEREOS Y LOS ULTRATERRESTRES

I. LA ALTA MAR

87. NOCIONES GENERALES. — Se da el nombre de *alta mar* o *mar libre* al vasto espacio marítimo situado fuera del “mar territorial”, es decir, de la franja de aguas marinas que, según lo veremos más adelante, se halla bajo la soberanía del Estado costero.

El artículo 1º de la Convención sobre la Alta Mar***, celebrada en Ginebra en 1958, al definir la alta mar dice: “Se entenderá por ‘alta mar’ la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado”. Creemos importante destacar que esta Convención es la única de las cuatro aprobadas en Ginebra sobre el derecho del mar en la que se especifica en el preámbulo que las partes desean “codificar las normas de derecho internacional referentes a la alta mar” y en cuyo instrumento se reconoce “las disposiciones siguientes como declaratorias en términos generales de los principios establecidos de derecho internacional”. Pero, según el artículo 30, “las disposiciones de esta Convención no afectarán a las convenciones u otros acuerdos internacionales ya en vigor, en cuanto a las relaciones entre los Estados partes de ellos”.

La noción de la *alta mar* comenzó a afirmarse en el siglo XVII. Anteriormente, algunos países habíanse arrogado en ciertos mares el dominio de considerables extensiones, o al menos el privilegio de poseer allí derechos especiales: para Roma, el Mediterráneo era “*Mare Nostrum*”; y desde el siglo XIII los países marítimos ejercían derechos hasta gran distancia de sus costas, ya fuese para vigilar a los piratas, ya para reservarse el monopolio de la pesca, ya para controlar la navegación e imponer contribuciones a los buques extranjeros o exigir de ellos un saludo como demostración de acatamiento. A veces esos derechos eran ejercidos sobre vastas extensiones: Génova, en el Golfo de Liguria y en el de León; Pisa en el Mar Tirreno; Venecia en el Mar Adriático; Dina-

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 74 a 82.

marca en el Báltico y en el Mar del Norte y el Atlántico hasta alcanzar Groenlandia; Noruega hasta Islandia; Inglaterra en el Mar del Norte, el Canal de la Mancha y el Atlántico hasta el Cabo Finisterre; y, cuando en los siglos XV y XVI se desarrollaron los grandes descubrimientos geográficos, Portugal sostuvo derechos exclusivos de navegación, exploración y conquista al Oriente de la línea meridiana señalada por el papa Alejandro VI y análogamente España al Occidente.

La exclusividad que pretendía ejercer Portugal en el Océano Indico afectaba seriamente la navegación y los intereses de los Países Bajos. Reaccionó contra ello Hugo Grocio publicando en 1609, con el título de *Mare Liberum*, un vigoroso alegato a favor de la libertad de los mares. Fundábase principalmente en que los mares no son susceptibles de ocupación y por lo tanto no están sometidos al dominio, a la jurisdicción ni a la pesca exclusiva de un Estado.¹ Sucedió entretanto que al aparecer el libro de Grocio, el Rey de Inglaterra daba una ordenanza prohibiendo la pesca a los buques holandeses en las costas inglesas. Este hecho originó una larga controversia entre holandeses e ingleses. Suele indicarse como exponente de la tesis inglesa el libro *Mare Clausum*, escrito por John Selden en 1613 e impreso en 1635. Los publicistas ingleses sostenían dos conclusiones principales: que el mar adyacente a las costas se halla en situación distinta a la alta mar, y señalaban como pauta del mar adyacente el alcance de la vista desde la playa, método que ya era conocido en los países nórdicos; agregaban que es necesario tener en cuenta, en virtud de fundamentos históricos, la existencia de ciertas extensiones marítimas (los *narrow seas*) en que Inglaterra poseía derechos exclusivos. Esta segunda tesis se desvaneció con el tiempo; pero la noción del mar adyacente, entonces reiterada, abrió paso a la noción del "mar territorial": en efecto, en 1702 el jurisconsulto holandés Bynkershoek sostiene que el poder sobre las aguas se ejerce desde la costa hasta donde alcanza la fuerza de las armas (*potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis*), y a ese fin indica como pauta el alcance del tiro del cañón. La fórmula de Bynkershoek da base concreta y positiva al "mar territorial" y a la vez significa que los espacios marítimos situados más allá deben quedar libres para la navegación y la pesca por parte de todos.

¹ Medio siglo antes los españoles Fernando Vázquez de Menchaca y Francisco de Vitoria habían enunciado el derecho de todos a la navegación en los mares, como norma del Derecho Natural corroborada por el uso común. Grocio, reiterando esas expresiones, especialmente las de Vázquez de Menchaca, adopta como base jurídica la imposibilidad de efectuar la ocupación en los mares.

Desde el primer tercio del siglo XIX quedó abandonada toda pretensión a la supremacía de navegación en los mares. Con el desarrollo de líneas regulares de navegación a vapor, las comunicaciones marítimas se han visto aseguradas, multiplicadas y aceleradas; los peligros de la navegación han quedado reducidos a un mínimo y la piratería ha desaparecido casi por completo. El mar ha pasado a ser el medio que facilita el intercambio entre los pueblos, y constituye un bien de uso común. De ahí que la expresión "mar libre" sea empleada frecuentemente como sinónimo de la expresión "alta mar".

La libertad de los mares es hoy una norma del derecho internacional. Pero en cuanto surge el estado de guerra entre dos o más países marítimos imponen graves restricciones a la navegación y al comercio de los demás, según lo veremos oportunamente. La libertad de los mares, existente en tiempo de paz, es todavía un grave problema en tiempo de guerra.²

El artículo 2º de la Convención de Ginebra de 1958 señala, en su comienzo, que "estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía". La alta mar no es, en consecuencia, *res nullius* y no puede ser objeto de adquisición por ningún Estado.

88. CONDICIÓN JURÍDICA. — El principio de la libertad de la alta mar, vigente hoy en tiempo de paz por obra de la costumbre internacional, atribuye a todos los Estados ciertos derechos. Refiriéndose a esta situación, algunos autores expresaron que la alta mar es *res communis*; calificación romanista que señalaría la existencia de derechos iguales y comunes para todos los Estados, pero tendría el inconveniente de postular una especie de condominio a la manera del derecho privado. Es indudable que en la alta mar existe un uso común, y por ello han dicho otros autores que sería *res communis usus*. Sin embargo, para determinar la condición jurídica de la alta mar es preferible —según lo ha entendido el Instituto de Derecho Internacional (Lausana, 1927)— prescindir de las fórmulas jurídicas que caracterizan a las instituciones del derecho priva-

² Los beligerantes ejercen en la alta mar, así como en los mares territoriales propios, un derecho extraordinario de jurisdicción y policía, consistente en verificar el pabellón de los buques privados y visitarlos a fin de impedir que violen un bloqueo, transporten contrabando de guerra o presten asistencia hostil; y cuando resulta sospecha fundada en que han incurrido en alguna de esas transgresiones, los apresan para someterlos a juicio y aplicarles determinadas sanciones.

do desde sus orígenes y precisar el contenido de la materia expresando que la libertad de la alta mar comporta determinados derechos atribuidos por igual a todos los Estados.

Estos derechos, que pueden ser ejercidos por los Estados con litoral o sin él, fueron enunciados como libertades, respetando la denominación tradicional, en forma meramente enunciativa en el artículo 2º de la Convención de Ginebra de 1958 que establece que la libertad de la alta mar "comprenderá, entre otras, para los Estados con litoral o sin él: 1. La libertad de navegación. 2. La libertad de pesca. 3. La libertad de tender cables o tuberías submarinas. 4. La libertad de volar sobre la alta mar". Agrega que: "Estas libertades y otras reconocidas por los principios generales del derecho internacional, serán ejercidas por todos los Estados con la debida consideración para los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar". Entre otras de las libertades no enunciadas en la Convención de 1958, está, por ejemplo, la de investigación científica en la alta mar. Esta libertad, que es básica de la utilización del mar, encuentra también una primera limitación en la libertad de los otros, según el artículo transcrito y los principios generales del derecho.

Los Estados sin litoral marítimo también gozan de los mismos derechos en la alta mar que los Estados costeros. Estos últimos deberán, conforme con el artículo 3º de la Convención de 1958, en condiciones de reciprocidad, facilitar el libre tránsito por su territorio, de modo que tengan libre acceso a la alta mar. Además, los buques de los Estados sin litoral, gozarán del mismo trato que el Estado costero en cuestión, otorgue a sus buques o a los buques de otras banderas. Sobre la base de ciertos Principios establecidos por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo se adoptó en 1964, bajo los auspicios de la organización mundial, una Convención sobre el comercio de tránsito de los países sin litoral, que garantiza el tráfico en tránsito y el paso de los medios de transporte.***

La práctica en la alta mar de los derechos que acabamos de señalar ha originado para cada Estado el ejercicio, en tiempo de paz, de cierta jurisdicción y policía.

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 94 a 103.

1. La jurisdicción en la alta mar sólo recae, en principio, sobre los buques de la propia bandera. El artículo 6º de la Convención establece que los buques "estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado", refiriéndose al Estado de la bandera que enarbola el buque. Agrega en los artículos 8º y 9º, que los buques de guerra y los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y destinados exclusivamente a un servicio oficial no comercial gozarán en alta mar de completa inmunidad de jurisdicción. El artículo 11, inciso 3º, determina que no podrá ordenarse, en alta mar, ningún embargo, ni retención sobre el buque, ni siquiera como medida de instrucción por otras autoridades que las del Estado cuya bandera enarbola el buque. Conciliase de este modo la libertad de los mares y la necesidad en que se halla cada Estado de mantener su autoridad sobre sus buques nacionales, las personas y las cosas a su bordo, aún más allá del mar territorial propio, mientras esos buques no penetren en aguas que dependan de otra soberanía.

La C.P.J.I. expresó en el caso del *Lotus* (1927) que un abordaje en la alta mar entre buques privados y de distinta nacionalidad determina una competencia concurrente para entender en las acciones penales emergentes, tanto por parte del Estado de la bandera del buque inculcado como por el Estado lesionado, esto último si dicho buque se coloca dentro de la jurisdicción de éste. La conclusión de la Corte ha sido muy criticada; mas no importa propiamente una excepción a la regla según la cual sólo tiene jurisdicción en la alta mar el Estado de la bandera del buque: la competencia concurrente a causa de un abordaje no otorgaría jurisdicción en la alta mar a la bandera extranjera; solamente trataríase de una atenuación a la regla general, impuesta por las características especialísimas del hecho y la circunstancia de colocarse el inculcado dentro de la jurisdicción del Estado lesionado.

Sin embargo, el artículo 11 de la Convención sobre la Alta Mar establece un criterio diferente, no distingue si el inculcado se coloca o no dentro de la jurisdicción del Estado lesionado, dice así: "1. En caso de abordaje, o de cualquier otro accidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar, que pueda entrañar una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, las sanciones penales y disciplinarias contra esas personas sólo se podrán ejercitar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuya bandera enarbolaba el buque o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales".

2. La policía que puede ejercer un Estado en la alta mar y en tiempo de paz recae igualmente, en principio, sobre los buques nacionales.

Debemos recordar que, hasta pasada la primera mitad del siglo XIX, Gran Bretaña, que poseía gran número de buques mercantes diseminados en los mares y bajo la constante amenaza de corsarios y piratas, procedía, a fin de protegerlos, a verificar el pabellón de los buques privados que sus naves de guerra encontraran en la alta mar: era el *right of visit*, consistente en detener al buque y revisar sus papeles; y si bien no siempre se llegaba al registro que practican los beligerantes (*right of visit and search*) originábanse con ello molestias y demoras a la navegación, y por tanto aquel proceder era objetado, especialmente por Estados Unidos y Francia. Además, hasta mediados del siglo XIX, la verificación del pabellón hacíase frecuentemente maniobrando de manera de aproximarse al buque sospechoso, con el propósito de reconocer su verdadero carácter y nacionalidad; y, dada la costumbre de los piratas de atacar por medio del abordaje, aquella práctica —llamada *right of approach*— provocaba medidas de defensa y degeneraba a menudo en un combate. Pero desde hace al menos un siglo han venido operándose en la navegación enormes transformaciones: los corsarios han desaparecido totalmente y los piratas casi no existen; las comunicaciones por mar se han desarrollado intensamente en todo el globo y se efectúan con perfecta regularidad; los buques comunicanse constantemente por medio de la radiotelegrafía y cuando se hallan a la vista presentan características externas que hacen discernibles su naturaleza, su nacionalidad y aún la compañía a que pertenecen. Por todo ello la verificación del pabellón, en tiempo de paz, no es necesaria en alta mar sino en ocasiones sumamente raras: y los buques nacionales, cuando es menester ejercer sobre ellos el derecho de policía, son fácilmente reconocibles en cada caso.

La Convención sobre la Alta Mar codifica estas normas en su artículo 22, donde se prohíbe a los buques de guerra, en tiempo de paz, efectuar ningún registro en un buque mercante extranjero en alta mar, a menos que lo haga en virtud de facultades concedidas por tratados, o que haya motivos para creer que el buque se dedica a la piratería o la trata de esclavos o que tenga motivos para creer que, aunque aparezca como buque extranjero, se trate de buque nacional. En tales casos comprobará los documentos que autoricen el uso de la bandera. Si no son fundadas las sospechas el buque detenido tendrá derecho a indemnizar.

3. La regla general a que acabamos de referirnos, según la cual, en tiempo de paz, la jurisdicción y la policía en la alta mar se ejercen solamente con respecto a los buques nacionales, admite dos excepciones establecidas también por la costumbre internacional: el "derecho de persecución ninterrupida" (*hot pursuit*), que es la facultad, reconocida a cada Estado, de perseguir y capturar en la alta mar a un buque privado que posea bandera extranjera, cuando ha cometido una infracción en las aguas de aquel Estado, siempre que la persecución se inicie en las aguas de éste, continúe sin interrupción y el buque sea detenido antes de haber entrado en mar territorial propio o de Estado extranjero; y la represión internacional de la piratería, que se ejerce internacionalmente, sin distinción de bandera del buque inculcado, en las ocasiones en que la piratería se presenta, lo cual ocurre hoy tan sólo en algunos mares del Extremo Oriente.

4. Mediante tratados, y a fin de asegurar ciertos intereses comunes, se han establecido entre los Estados contratantes algunos regímenes de policía especial, que autorizan la verificación del pabellón y la inspección del buque sospechado de infractor; pero no implican el ejercicio de actos de jurisdicción, pues el juzgamiento queda reservado al Estado de la bandera del buque inculcado. Esos regímenes de policía especial han sido creados por las convenciones de La Haya de 1882 y 1887 para la reglamentación de la pesca en el Mar del Norte; por la convención de París de 1884 para la protección internacional de los cables submarinos;* por el Acta de Bruselas de 1890 relativa a la prevención y represión de la trata de negros en el Mar Rojo y en ciertas zonas del Océano Indico; y por la Convención de Washington de 1911 referente a la reglamentación de la caza de focas en determinada región del Océano Pacífico septentrional; el Tratado de 1933 entre Canadá y Estados Unidos sobre la pesca del hipogloso en el Pacífico; la Convención de 1930 entre Canadá y Estados Unidos sobre la pesca del salmón; las convenciones de 1931, 1937 y 1938 sobre la protección de ballenas; la Convención de 1969 sobre intervención en alta mar en casos de daños por contaminación petrolera; la Convención de 1952 entre Estados Unidos, Canadá y Japón sobre pesca en alta mar en el Pacífico Norte; la Convención de 1919 sobre el Control de Armas y Municiones, etcétera.

II. EL MAR TERRITORIAL

89 NOCIONES GENERALES. — El mar territorial es la franja de agua comprendida entre la costa de un Estado, a contar desde la línea de la más baja marea, y una línea imaginaria que corre paralelamente a cierta distancia; entendiéndose que esa franja se halla bajo la soberanía del Estado costero, ejercida en las aguas así como en el espacio aéreo, en el lecho y en el subsuelo correspondientes, y que dicha soberanía está limitada por el derecho de “tránsito inocuo” que la costumbre internacional reconoce a los buques y a las aeronaves de bandera extranjera.

El artículo 1º de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua*** establece: “1. La soberanía de un Estado se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas, designada con el nombre de mar territorial. 2. Esta soberanía se ejerce de acuerdo con las disposiciones de estos artículos y las demás normas del derecho internacional”. El artículo 2º agrega que “la soberanía del Estado ribereño se extiende al espacio aéreo situado sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar”

1. Muchos Estados han establecido, como complemento del mar territorial, la “zona contigua”, esto es, una franja de agua situada fuera del límite exterior del mar territorial, en la que el Estado costero ejerce derechos de jurisdicción y de policía requeridos para su seguridad aduanera, fiscal o sanitaria.

Además, se ha introducido hace unas décadas, la noción de la “plataforma submarina”

2. La Conferencia de Codificación del Derecho Internacional que se reunió en 1930 en La Haya proponíase reglar por medio de una convención colectiva todo lo referente al mar territorial. No pudo lograrlo, sin embargo, a causa principalmente de las desinteligencias que se manifestaron acerca de la extensión que el mar territorial debe medir en línea perpendicular desde la costa. Por ello la Conferencia se limitó a “redactar y aprobar a título provisional, como partes eventuales de una convención integral relativa al mar territorial”, una serie de cláusulas sobre el régimen jurídico del mar territorial, que importan una valiosa contribución de *lege ferenda*.

*** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 65 a 73.

En 1958, luego de una minuciosa preparación en la Comisión de Derecho Internacional, se reunió en Ginebra la Conferencia sobre Derecho del Mar, que aprobó, *inter alia*, la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua, que obtuvo luego el número de ratificaciones necesarias para entrar en vigor. En 1960 se volvió a reunir una nueva Conferencia para tratar exclusivamente el problema de la extensión del mar territorial, pero faltó un voto para lograr los dos tercios necesarios para adoptar una resolución al respecto. Desde 1974, se ha celebrado la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, en Caracas, Ginebra y Nueva York, sin haber llegado hasta mediados de 1977 a resultados definitivos. Esta conferencia se propone revisar y crear nuevas normas en esta materia. Las divergencias parecen centrarse en tres cuestiones muy importantes, a saber: los derechos a ejercerse sobre una zona económica de 200 millas, el régimen de explotación de los recursos de los fondos marinos más allá de las jurisdicciones nacionales y los derechos en el mar de los países sin litoral marítimo. Como resultado de la Conferencia se ha preparado un "Texto único revisado para fines de negociación", que contiene más de 500 proyectos de artículos y Anexos.

Este "Texto único" está compuesto: 1) Un proyecto de convención sobre los fondos marinos y oceánicos, así como de su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional; 2) Un proyecto de convención sobre el mar territorial y la zona contigua, los estrechos que sirven a la navegación internacional, la zona económica exclusiva, la plataforma continental, la alta mar, los Estados sin litoral, los archipiélagos, el régimen de las islas, los mares cerrados y semi-cerrados, los territorios bajo ocupación extranjera o dominación colonial y el arreglo de controversias; 3) Un proyecto de convención sobre la protección y la preservación del medio marino, sobre la investigación científica y sobre el desarrollo y transferencia de tecnología;³ 4) Un proyecto de convención sobre solución de controversias.⁴

90. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. — Según hemos dicho anteriormente, en el siglo XIII apareció la noción de que el Estado posee ciertos derechos sobre las aguas adyacentes a sus costas marítimas. Esa noción —que obedecía al propósito de reprimir la piratería, o de reservarse la pesca, o de gravar con impuestos la navegación—, cubría considerable

³ A/conf. 62/w. P. 8) Rev. 1/Parts. I-III.

⁴ A/conf. 62/w. P. 9) Rev. 2.

extensión desde la costa: las repúblicas italianas, siguiendo la regla enunciada por Bartolo de Sassoferrato, fijaban cien millas, que equivalían a dos días de navegación, y en los países nórdicos tomábase como límite el alcance de la vista y a veces la línea media entre dos costas opuestas. Correspondió a Bynkershoek (*De dominio maris*, 1702) dar la solución indicando como base la fuerza del Estado costero, para lo cual expresó que su potestad llega hasta donde alcanza el tiro del cañón desde la ribera. A fines del siglo XVIII esa fórmula se tradujo en una medida numérica: Galiani (*Dei doveri dei principi neutrali*, etc., 1782), señalando que el alcance máximo del cañón era de tres millas náuticas, propuso esa medida para el mar territorial. Esta última fórmula equivalía a una legua marina (5.556 metros) y también a la vigésima parte de un grado de latitud geográfica en el Ecuador; tales características objetivas explican que prontamente se haya abierto camino en los principales países marítimos.⁵

La "regla de las tres millas" fue adoptada, en ciertos tratados celebrados por Inglaterra y por Francia desde 1786, teniendo en mira la prohibición a los posibles beligerantes extranjeros de ejercer en aquella zona el derecho de visita y apresamiento; y desde 1818 fue adoptada —en el Tratado de Gante, entre los Estados Unidos e Inglaterra— con el propósito de reservarse el derecho de pesca dentro de esa zona. Pero debemos advertir que, en lo referente a la vigilancia aduanera, algunos Estados costeros se asignaron una extensión mayor, como ocurrió con las "Hovering Laws" dictadas por Inglaterra y Estados Unidos.⁶

De esta manera, el mar territorial ha quedado sometido a un *status* jurídico internacional en cuanto todos los Estados civilizados admiten que el Estado costero ejerce ciertos derechos en la referida zona; no obstante, teniendo dicho *status* por fuente el derecho interno y algunas veces los tratados (aunque en éstos casi exclusivamente con relación a la pesca), resulta gran diversidad en lo concerniente a la extensión que alcanza el mar territorial, como también sobre la naturaleza del derecho que corresponde al Estado costero.

⁵ Es de notar que desde mediados del siglo XVIII —es decir, con anterioridad a Galiani— los Estados escandinavos habían fijado mediante decretos como extensión del mar territorial la distancia numérica de cuatro millas, y España había establecido del mismo modo, en 1760 y 1775, la distancia de seis millas. Ambas medidas, superiores al alcance del tiro del cañón en aquella época, han sido sustentadas por esos Estados hasta ahora.

⁶ En Inglaterra, aquellas leyes sancionadas en 1736, 1784 y 1826, autorizaban medidas para impedir el contrabando hasta cuatro leguas de la costa, extensión que la ley de 1876 redujo en ciertos casos a una legua; y los Estados Unidos dictaron en 1790, 1799 y 1866 leyes análogas, que comprendían hasta cuatro leguas.

La C.I.J. estableció claramente su posición en el fallo sobre las Pesquerías, entre Gran Bretaña y Noruega, en 1951. Dijo: "La delimitación de las áreas marítimas tiene siempre un aspecto internacional, no puede depender solamente de la voluntad del Estado costero, tal como está expresada en su derecho interno. Aunque es verdad que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral, porque solamente el Estado costero puede hacerlo, la validez de la delimitación con relación a otros Estados, depende del derecho internacional". Este párrafo fue evocado al comienzo del razonamiento de la C.I.J. en 1974, en los casos de la Competencia en Materia de Pesquerías, de 1974, entre Gran Bretaña y la República Federal de Alemania e Islandia.

91. EXTENSIÓN. — La anchura del mar territorial es uno de los problemas más importantes y más discutidos del derecho internacional actual.

Hasta hace pocas décadas se daba por establecida, como una regla fija del derecho internacional, que el mar territorial del Estado costero se extendía hasta una anchura de 3 millas contadas desde las líneas de base correspondientes. Dicho mar territorial era seguido por una zona contigua a los efectos aduaneros, fiscales, de inmigración y sanitarios, donde el Estado costero podía ejercer controles con tales propósitos.

La evolución del concepto de mar territorial revela, tal como lo hemos visto, que el objeto de su creación fue la protección de dos valores fundamentales para los Estados: la máxima posible libertad de navegación que fuera compatible con la seguridad del Estado costero. Estos valores se han ido modificando con el desarrollo de nuevas técnicas de navegación y nuevos medios de asegurar la seguridad nacional; ni se navega, ni existen las mismas armas que en tiempos de Grocio. Por otra parte, el mar ha asumido un valor económico desconocido hasta hace poco: la técnica pesquera ha evolucionado en forma tal que no es ya la pesca la ocupación de pequeños veleros costeros, sino de grandes buques acompañados por buques fábricas; la carencia de proteínas, en forma cada vez más marcada frente al aumento de la población mundial, ha hecho necesario la mejora de las técnicas pesqueras, para aumentar extraordinariamente los volúmenes de pesca. Los países llamados en desarrollo ven en el mar una fuente de riqueza cercana, que estiman propia e importante para su progreso. Los fondos marinos comienzan a ser explotados económicamente a profundidades mayores. Todo este conjunto de factores y otros de carácter político y de seguridad, han revolucionado el derecho del mar; ello indica que estamos en vísperas de

nuevas normas en esta materia, en especial en cuanto a la extensión del mar territorial, el límite exterior de la plataforma continental y el régimen jurídico de los fondos marinos y oceánicos, más allá de las jurisdicciones nacionales. Sobre estos temas principales y otros, como el régimen de los estrechos, trabajó desde 1967, a propuesta de Malta, primero con carácter especial y luego permanente en 1968, la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos, fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional. En diciembre de 1972, la Asamblea General resolvió que se reuniera en Caracas la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, en 1974, que, como hemos visto en el párrafo anterior, no ha llegado aún, a mediados de 1977, a resultados definitivos.

1. El cambio de situación provocó que numerosos Estados varíen sus mares territoriales. Desde 1930 a 1972, el número de Estados que reclaman una extensión mayor de 3 millas subió de 17 a 81. El estado actual de los reclamos de mar territorial y límites de pesca es el siguiente, al 1º de junio de 1977:¹

3 millas (27)

Alemania (República Democrática de)	Granada
Alemania (República Federal de)	Guyana
Australia	Irlanda
Bahamas	Jordania
Bahrain	Katar
Barbados	Nicaragua
Bélgica	Nueva Zelandia
Corea (República de)	Países Bajos
Chile	Papua Nueva Guinea
Dinamarca	Polonia
Emiratos Arabes Unidos (Sharjah - 12)	Reino Unido
Estados Unidos	Seychelles
	Singapur
	Surinam
	Vietnam (República de)

¹ *Limits in the Seas*, U.S. Department of State, 3rd revision. Según dicha publicación se incluyen las reclamaciones de 157 países independientes, inclusive Bielorrusia y Ucrania, que participan de la Conferencia sobre el derecho del mar como miembros de Naciones Unidas. Estos datos han sido complementados con información.

4 millas (4)

Finlandia	Noruega
Islandia	Suecia

6 millas (8)

Costa de Marfil	República Dominicana
Grecia	Sao Tomé y Príncipe
Israel	Sudáfrica
Malta	Turquia (12 Mar Negro)

10 millas (1)

Yugoslavia

12 millas (58)

Arabia Saudita	Kenia
Argelia	Kuwait
Bangladesh	Libia
Birmania	Malasia
Bulgaria	Maldivas
Canadá	Marruecos
China (República Popular de)	Mauricio
Chipre	México
Colombia	Mónaco
Comoros, Islas	Mozambique
Corea (República Democrática de)	Nauru
Costa Rica	Omán
Cuba	Paquistán
Egipto	Portugal
España	Rumania
Etiopia	Samoa Occidental
Fiji	Siria
Francia	Sudán
Guatemala	Tailandia
Guinea Ecuatorial	Togo
Haití	Trinidad Tobago
Honduras	Túnez
India	Unión Soviética (incluyendo
Indonesia	Ucrania)
	Venezuela

Irak	Vietnam (República
Irán	Socialista de)
Italia	Yemen
Jamaica	Yemen (República
Kampuchea (Cambodia)	Democrática de)
Kenia	Zaire

15 millas (1)

Albania

18 millas (1)

Camerún

20 millas (1)

Angola

30 millas (4)

Congo

Mauritania

Ghana

Nigeria

50 millas (3)

Gambia

Tanzania

Madagascar

100 millas (2)

Cabo Verde

Gabón

130 millas (1)

Guinea

150 millas (2)

Guinea - Bissau

Senegal

200 millas (11)

Argentina

Panamá

Benin

Perú

Brasil

Sierra Leona

Ecuador

Somalia

El Salvador

Uruguay

Liberia

Pretensión de las aguas del archipiélago (2)

Filipinas

Tonga (12 millas desde el arrecife Minerva)

Carece de legislación (1)

Libano

Sin litoral (29)

Afganistán

Luxemburgo

Alto Volta

Malawi

Andorra

Mali

Austria

Mongolia

Bolivia

Nepal

Botswana

Niger

Burundi

Paraguay

Butan

Ruanda

Chad

San Marino

Checoslovaquia

Suazilandia

Hungria

Suiza

Imperio Central Africano

Uganda

Laos

Vaticano

Lesotho

Zambia

Liechtenstein

Zona económica

200 millas (13)

Bangladesh

Mozambique

Congo

Noruega

Cuba

Paquistán

Guatemala

Portugal

India

Senegal

Maldivas

Sri Lanka

México

Zona exclusiva de pesca diferente del mar territorial^a

6 millas (1)

Libano

12 millas (18)

Australia

Bélgica⁹

Corea (República de)

Costa de Marfil

Egipto (+ 6 zona supervisión)

Holanda

Nueva Zelandia

Papua Nueva Guinea

Polonia

República Dominicana

Sao Tomé y Príncipe

Seychelles

Siria (+ 6 zona supervisión)

Sudáfrica

Suecia

Surinam

Turquia

Yugoslavia

15 millas (1)

Haiti

20 millas (1)

Malta

36 millas (1)

Mauritania

50 millas (2)

Irak

Oman

70 millas (1)

Marruecos

^a Hacemos esta clasificación excluyendo el mar territorial que, de por si, constituye una zona exclusiva de pesca. Nos referimos a aquellos casos de legislación especial al respecto

⁹ Aunque la Comunidad Económica Europea ha votado extender los límites de pesca a 200 millas, todavía no ha sido confirmado si Bélgica o los Países Bajos han dado cumplimiento a la jurisdicción de pesca extendida.

100 millas (1)

Ghana

150 millas (1)

Gabón

200 millas (13)

Alemania (República Federal de)	Estados Unidos
Angola	Irlanda ¹⁰
Canadá	Islandia
Costa Rica (competencias especiales)	Japón
Chile	Nicaragua
Dinamarca	Reino Unido
	Unión Soviética

En resumen:

Mar Territorial

Anchura (en millas náuticas)

3 millas	27
4 millas	4
6 millas	8
10 millas	1
12 millas	58
15 millas	1
18 millas	1
20 millas	1
30 millas	4
50 millas	3
100 millas	2
130 millas	1
150 millas	2
200 millas	11
Carece de legislación	1
Archipiélago	2
Sin litoral	29

¹⁰ La ley irlandesa no ha sido aún cumplida. Irlanda es miembro de la Comunidad Económica Europea.

Zona Económica	
<i>Anchura</i> (en millas náuticas)	
200 millas	13

Zona exclusiva de pesca diferente del mar territorial	
<i>Anchura</i>	
6 millas	1
12 millas	18
15 millas	1
20 millas	1
36 millas	1
50 millas	2
70 millas	1
100 millas	1
150 millas	1
200 millas	13

Canadá, insatisfecha con el estado actual del derecho internacional respecto a contaminación del mar, creó una zona especial de 100 millas en sus costas árticas, sujetas a su jurisdicción nacional, con dicho fin, medida que fue severamente disputada por los Estados Unidos. La ruta ártica puede ser una de las vías importantes de navegación de las grandes petroleras.

Debe recordarse que, a comienzos de 1976, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la llamada "Fisheries Conservation Act" que extiende la zona de pesca exclusiva a 200 millas.

Por otra parte, el 22 de enero de 1976, México resolvió agregar un párrafo al artículo 27 de su Constitución, estableciendo una "zona económica exclusiva" de 200 millas, fuera del mar territorial y a partir de sus líneas de base, donde ejercerá "derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso". La nueva disposición entró en vigor el 5 de junio de 1976.

A comienzos de 1977, siguiendo una política conjunta de pesca, los nueve Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, acordaron establecer zonas de pesca de 200 millas. Gran Bretaña se vio particularmente favorecida, pues con la nueva medida controla el 60% de la extensión conjunta.

En febrero de 1977, la Unión Soviética también estableció una zona de 200 millas para "conservación de los recursos naturales y conservación de la pesca" en los que "ejercerá sus derechos soberanos sobre los recursos oceánicos vivos, trátase de su busca, captura o su conserva-

ción". Se prohíbe a los extranjeros la captura de peces y otras especies vivientes, salvo acuerdo entre la Unión Soviética y los países respectivos.

Cuba ha tomado también recientemente una medida similar.

2. La situación que refleja el cuadro fue comenzada, en alguna medida, por las Proclamas del Presidente Truman del 28 de setiembre de 1945 sobre "Política de los Estados Unidos con respecto a los recursos naturales del subsuelo y el lecho de la plataforma continental" y "Política de los Estados Unidos con respecto a pesca costera en ciertas áreas de la alta mar". De la primera nos ocuparemos al tratar más adelante la plataforma continental.¹¹ La llamada "proclama sobre pesquerías" determinó, como política de los Estados Unidos, el establecimiento de zonas de conservación de pesca, en alta mar, contigua a sus costas, en vista de la necesidad de proteger y conservar los recursos pesqueros. Cuando la pesca había sido desarrollada y llevada a cabo solamente, dice la Proclama, por naciones de los Estados Unidos, dicho país establecería zonas de conservación, sujetas a la reglamentación y control de los Estados Unidos. Cuando tales actividades habían sido llevado a cabo conjuntamente por los Estados Unidos y nacionales de otros países, las zonas de conservación podrían ser establecidas por acuerdos entre Estados Unidos y otros países. El derecho de cualquier Estado de establecer estas zonas de conservación era aceptado, siempre que se reconocieran los intereses pesqueros de nacionales de Estados Unidos en dichas áreas. La condición de alta mar y la libre navegación no quedaron afectadas por la Proclama.¹²

3. A estas dos proclamas norteamericanas siguieron, aunque con distintas características, otras decisiones nacionales sobre el derecho del mar. Argentina declaró el 11 de octubre de 1946 que pertenecía a la soberanía de la Nación "el mar epicontinental y el zócalo continental argentino". México, el 29 de octubre de 1946, reivindicó la plataforma continental y declaró que procedía a la vigilancia, aprovechamiento y control de las zonas de protección pesquera necesarias a la conservación de tal fuente de bienestar. Chile, el 23 de junio de 1947, confirmó y proclamó la soberanía nacional sobre el zócalo continental y los mares adyacentes a sus costas para protección de los recursos naturales, estableciendo una zona de caza y pesca marítima de doscientas millas marítimas. Perú hizo, el 1º de agosto de 1947, una declaración similar a la chilena. A estas nuevas extensiones de los derechos del Estado costero en alta mar, siguieron numerosas declaraciones y leyes, conforme al cuadro ya transcrito.

¹¹ *Infra*, n.º 94.

¹² Whitman, *Digest of International Law*, vol. 4, pág. 957.

4. La anchura del mar territorial ha sido, además, objeto de varios instrumentos internacionales, particularmente en América Latina. Ya señalamos que en el ámbito de las Naciones Unidas, la Conferencia sobre Derecho del Mar de 1960, reunida precisamente con el objeto de establecer un límite al mar territorial, no logró ningún acuerdo al respecto; es decir, no ha habido aún un instrumento de vocación universal que fije la extensión del mar territorial, los existentes tienen carácter regional.

Los Estados del Pacífico Sur, Chile, Ecuador y Perú, proclamaron, el 18 de agosto de 1952, en la Declaración sobre Zona Marítima de Santiago de Chile, "como norma de su política internacional marítima, la soberanía y jurisdicción exclusivas . . . hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas" y organizaron una comisión permanente de los tres países para cumplir con los fines de la Declaración y unificar las normas de caza y pesca marítima de las especies marítimas comunes de las respectivas jurisdicciones. Posteriormente, en 1954, dichos países celebraron un Convenio Complementario de la Declaración de 1952, por el que se comprometieron a proceder de común acuerdo en la defensa jurídica del principio de la soberanía sobre la zona marítima hasta una distancia mínima de 200 millas marinas; en el mismo año, celebraron un convenio sobre sistema de sanciones, un convenio sobre vigilancia y control de las zonas marítimas, un convenio sobre otorgamiento de permisos para la explotación de las riquezas del Pacífico Sur, un convenio sobre zona especial fronteriza marítima; en 1955, establecieron un reglamento de permisos para la explotación de las riquezas del Pacífico Sur. La Declaración de Santiago fue abierta a la adhesión de los Estados de América en 1955.

La Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en México, en 1956, adoptó en su Resolución XIII, los llamados "Principios de México sobre el régimen jurídico del mar". En cuanto al mar territorial se acordó que la extensión de tres millas es insuficiente y no constituye norma general del derecho internacional, por lo que se justifica la ampliación de dicha zona. Además se estableció que cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos, biológicos, de seguridad y defensa y las necesidades económicas de la población. En cuanto a la conservación de los recursos vivos de alta mar, concede a los Estados ribereños el derecho de adoptar medidas apropiadas, más allá del mar territorial, sin perjudicar los derechos que provengan de tratados

ESPACIOS MARITIMOS



existentes, ni discriminar contra pescadores extranjeros. Los Estados ribereños tienen el derecho de pesca exclusiva, en alta mar, de especies vinculadas con la costa, la vida del país o las necesidades de la población.

En la Conferencia Especializada Interamericana sobre "Preservación de los Recursos Naturales; Plataforma Submarina y Aguas del Mar", en el mismo año, en Santo Domingo, no se llegó a un acuerdo sobre el régimen jurídico de las aguas que cubren la plataforma continental.

En mayo de 1970 se reunieron en Montevideo representantes de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay, todos países que habían adoptado, para ese entonces, la zona marítima de 200 millas, a los efectos de concertar principios y acciones comunes sobre el derecho del mar, en razón de una consulta del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la convocatoria de una conferencia al respecto y de contestar concertadamente ciertas preguntas formuladas sobre varios aspectos del Derecho del Mar por la Unión Soviética y los Estados Unidos. Dichos Estados dieron a conocer la Declaración de Montevideo***, en la que declaran: 1. El derecho de los Estados ribereños a disponer de los recursos naturales del mar adyacente para promover el desarrollo de sus economías; 2. El derecho a establecer límites de su soberanía y jurisdicción marítima teniendo en cuenta "sus características geográficas y geológicas y con los factores que condicionan la existencia de los recursos marinos y la necesidad de su racional aprovechamiento"; 3. El derecho de explotar, explorar y conservar los recursos vivos del mar adyacente y regular la pesca y caza acuática; 4. El derecho de explotar, explorar y conservar los recursos de la plataforma hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación; 5. El derecho a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del suelo y subsuelo de los fondos marinos hasta el límite donde el Estado ribereño ejerza su jurisdicción; 6. El derecho de adoptar medidas de reglamentación sobre las zonas de soberanía y jurisdicción marítimas sin perjuicio de la libertad de navegación y sobrevuelo de naves y aeronaves de cualquier pabellón. Esta reunión de Montevideo resolvió señalar su interés por la iniciativa peruana de convocar una conferencia de todos los países latinoamericanos sobre el derecho del mar.

Esta reunión de Lima, tuvo lugar en agosto de 1970 y asistieron delegaciones de Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile,

*** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 107-108.

Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. Se suscribió la Declaración de Lima,^{***} a la que se adjuntaron numerosas declaraciones interpretativas de casi todos los Estados participantes. Este instrumento difiere en algunos puntos importantes del de Montevideo, tales como el derecho a extender la soberanía o jurisdicción marítima dentro de "criterios razonables". La Declaración menciona como principios comunes del derecho del mar: 1. El derecho "inherente" del Estado ribereño a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar adyacente, suelo, subsuelo, plataforma continental, para promover al máximo el desarrollo de sus economías; 2. El derecho del Estado ribereño "a establecer los límites de su soberanía o jurisdicción marítima de acuerdo con criterios razonables, atendiendo sus características geográficas, geológicas y biológicas y a las necesidades del racional aprovechamiento de sus recursos; 3. El derecho del Estado ribereño a adoptar medidas de reglamentación aplicables a las zonas de soberanía y jurisdicción marítima, sin perjuicio de la libertad de navegación y sobrevuelo; 4. El derecho del Estado ribereño a prevenir la contaminación de las aguas; 5. El derecho del Estado ribereño a autorizar, vigilar y participar en todas las actividades de investigación científica que tengan lugar en las zonas bajo su soberanía o jurisdicción y de conocer los resultados de estas investigaciones. Bolivia, Paraguay y Venezuela votaron en contra de la Declaración.

En junio de 1972, se celebró en Santo Domingo la Conferencia Especializada de los países del Caribe sobre los problemas del mar, con el objeto de acordar principios comunes, en vista a la próxima Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y teniendo en cuenta las condiciones peculiares de dicho mar Caribe. La Declaración^{***} es interesante y novedosa. Distingue entre mar territorial y mar patrimonial. La anchura del mar territorial puede fijarse hasta un límite de 12 millas. En el mar patrimonial el Estado costero ejerce derechos de soberanía sobre los recursos naturales, renovables o no, que se encuentran en las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona adyacente al mar territorial. La anchura del mar patrimonial no debe exceder a 200 millas marinas. Se reconoce el derecho de navegación y sobrevuelo en esta zona. La zona de alta mar comenzaría para esta Declaración más allá de la zona de mar patrimonial.

^{***} Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 109 a 110.

En febrero de 1973, el Comité Jurídico Interamericano aprobó una resolución para ser sometida al Consejo Permanente de la O.E.A. sobre Derecho del mar. En la parte correspondiente a la soberanía sobre las aguas establece que "la soberanía o jurisdicción del Estado ribereño se prolonga más allá de su territorio y de sus aguas interiores, a una extensión de mar adyacente a sus costas hasta un máximo de 200 millas náuticas, así como al espacio aéreo, al lecho y al subsuelo de ese mar". Agrega que es válida cualquier fijación de hasta 200 millas que haya hecho o pueda hacer cualquier Estado americano, siempre que se respete la libertad de navegación y sobrevuelo entre las 12 y las 200 millas. Distingue la resolución dos zonas, una primera de 12 millas, donde existe el derecho de paso inocente de cualquier Estado y la siguiente, entre 12 y 200 millas, donde como ya hemos mencionado existe libertad de navegación y sobrevuelo, sujeto a la reglamentación del Estado costero, en cuanto a la preservación del medio marino. En esta última zona el Estado costero tiene la facultad de reglamentar y ejercer la exploración y explotación de los recursos vivos y no vivos del mar, su suelo y subsuelo, reservándosela para sí o permitiéndosela a otros Estados; de reglamentar todo lo referente a contaminación; de promover la investigación científica; de establecer reglamentaciones tendientes a fijar fajas de mar dentro de las 200 millas, a los fines de la exploración y explotación económica. Ni los conceptos "mar territorial" o el nuevo de "mar patrimonial" son utilizados en la Resolución. El Dr. Jorge Aja Espil, argentino, fue el miembro informante sobre este tema en el Comité.

En Europa se adoptó en 1964, en Londres, una Convención Europea sobre Pesquerías vigente desde 1966 que reglamenta las pesquerías dentro de las 12 millas. Las primeras 6 millas, desde la línea de base, son reservadas al Estado costero. En las 6 millas siguientes pueden pescar los pescadores del Estado costero y extranjeros que lo hubieran hecho entre el 1º de enero de 1953 y el 31 de diciembre de 1962.

Posteriormente, como ya lo recordamos, hubo acuerdo, en la Declaración del 26 de julio de 1976 del Consejo de las Comunidades Europeas, entre los miembros de dicho órgano, en actuar en forma concertada para extender las zonas de pesca a 200 millas desde el 1º de enero de 1977 en el Mar del Norte y costas del Atlántico Norte. El 3 de noviembre de 1976, el Consejo acordó que la explotación de recursos de pesca por terceros Estados en estas zonas sería gobernada por acuerdos entre la Comunidad y los terceros Estados. También se reconoció que los pescadores de la Comunidad debían obtener derechos de pesca en terceros

Estados y retener los derechos existentes, mediante acuerdos celebrados por la Comunidad. Un acuerdo de tal tipo fue firmado con los Estados Unidos el 15 de febrero de 1977.

En Africa se celebró en Yaundé, en junio de 1972, un Seminario regional de los Estados Africanos. Se distingue en sus conclusiones sobre el mar territorial, que no podrá extenderse más allá de 12 millas y una zona económica, cuya extensión no se fija matemáticamente, pero que podrá establecerse teniendo en cuenta consideraciones regionales y con atención a los intereses de los Estados sin litoral o casi sin litoral.

5. En la República Argentina la anchura del mar territorial estaba fijada en el artículo 2340, inciso 1º, del Código Civil adoptado en 1870 en una legua marina, o sea tres millas náuticas, "como bien público del Estado" y cuatro leguas marinas, es decir doce millas, contadas desde la más baja marea, a fin de ejercer "derechos de policía para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de leyes fiscales". El Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1889 fijó, a los efectos de la jurisdicción penal, la extensión de cinco millas.

El Código Civil fue modificado por la ley 17.711 del 22 de abril de 1968. Actualmente el artículo 2340, inciso 1º, establece: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1º) Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua". Dicha ley especial ya había sido dictada, al tiempo de la reforma del Código Civil. La ley 17.094, del 29 de diciembre de 1966, en su artículo 1º, indica que "la soberanía de la Nación Argentina se extiende al mar adyacente a su territorio hasta una distancia de doscientas millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo en los casos de los Golfos de San Matías, Nuevo y San Jorge, en que se medirán desde la línea que une los cabos que forman su boca". El artículo 3º preserva la libertad de navegación y aeronavegación que no quedan afectadas por las disposiciones de esta ley. Debe recordarse que en 1946, por decreto del Poder Ejecutivo Nº 14.708, se declaró perteneciente a la soberanía de la Nación "el mar epicontinental y el zócalo continental argentino".

El 25 de octubre de 1967 se dictó la ley 17.500 de promoción pesquera, que fue reformada luego en algunos artículos por la ley 20.136, del 5 de febrero de 1973. Bajo este régimen "los recursos vivos existentes en las zonas marítimas bajo soberanía argentina son propiedad del Estado Nacional, el que podrá conceder su reglamentación conforme a la presente ley y su reglamentación" (art. 1º) y "sólo podrán ser explotados por

embarcaciones con pabellón argentino y con previo permiso otorgado por la autoridad competente" (art. 2º). En consecuencia, quedan excluidas de la explotación de los recursos vivos las embarcaciones de pabellón extranjero. La ley 20.136 fija las sanciones que podrán aplicarse a las empresas o barcos nacionales y a las embarcaciones extranjeras, que en este último caso llegan a multas de 5.000 a 100.000 dólares estadounidenses, decomiso de los productos de pesca y decomiso de las artes y equipos de pesca, siendo las dos primeras sanciones de carácter acumulativo. El Reglamento Provisional para otorgar permisos de explotación de los recursos vivos del mar territorial argentino a barcos extranjeros, aprobado por decreto N° 8.802, del 22 de noviembre de 1967, quedó derogado por la sanción de la ley 20.136.

La ley 18.502 del 24 de diciembre de 1969 establece, en su artículo 1º, que "las Provincias ejercerán jurisdicción sobre el mar territorial adyacente a sus costas, hasta una distancia de 3 millas marinas" medidas desde las líneas de base mencionadas en el artículo 1º de la ley 17.094.

A su vez, según el artículo 2º, el "Estado Nacional ejercerá jurisdicción exclusiva sobre el mar territorial argentino a partir del límite indicado en el artículo anterior y hasta el máximo fijado en la ley 17.094". Este artículo caracteriza como "mar territorial" la zona que la ley 17.094 establece que se extiende la "soberanía de la Nación Argentina".

Esta jurisdicción atribuida a las Provincias en una zona de 3 millas marinas, se ejerce, conforme con el artículo 3º, "sin perjuicio de la que corresponde al Estado Nacional en toda la extensión del mar territorial".

Por ley 20.489, del 23 de mayo de 1973, las actividades de investigación científica y técnica que proyecten personas físicas o jurídicas extranjeras "en aguas sujetas a la soberanía nacional" no podrán realizarse sin permiso previo del Poder Ejecutivo Nacional, que será otorgado por intermedio del Comando en Jefe de la Armada. Esta ley fue reglamentada en el decreto N° 4.915, del 23 de mayo de 1973.

Como es fácil de apreciar en este análisis general que hemos realizado, parece existir una tendencia de extender los límites de los derechos del Estado costero más allá de lo fijado en normas que se creían firmemente establecidas por el derecho internacional vigente hasta hace pocos años. Como la extensión de estos derechos abarca no sólo el mar territorial, sino también otras zonas, como la de pesca o la zona económica, hemos creído conveniente que, aunque estemos dentro de la sección dedicada al mar territorial, tratar todo este proceso, en forma conjunta.

92. DELIMITACIÓN.— El mar territorial, cualquiera que sea la extensión que se le asigne, se delimita, como regla general, midiendo perpendicularmente desde la línea de la más baja marea en la costa hacia afuera, ya se trate de costas naturales o formadas artificialmente como resultado de obras de ingeniería; en consecuencia, el límite exterior del mar territorial asume el aspecto de una línea paralela a la costa.

El artículo 3º de la Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua establece que "la línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es... la línea de bajamar a lo largo de las costas, tal como aparece marcada en las cartas a gran escala reconocidas oficialmente por el Estado ribereño". El artículo 6º agrega que dicho límite exterior está constituido "por una línea cada uno de cuyos puntos está, del punto más próximo de la línea de base, a una distancia igual a la anchura del mar territorial".

1. En el caso de que una costa tenga accidentes geográficos como determinado tipo de bahías, escotaduras profundas o boca de ríos, la línea de base del mar territorial son líneas de cierre imaginarias.

Debe distinguirse entre meras curvaturas de la costa y bahías. En el primer supuesto, el mar territorial sigue paralelamente el accidente costero. Cuando se trata de bahías, tal como lo define la Convención sobre mar territorial, desde el punto de vista jurídico y no geográfico, se sigue otro método.

El artículo 7º, inciso 2º, de la Convención, define una bahía como "toda escotadura bien determinada cuya penetración tierra adentro, en relación con la anchura de su boca, es tal que contiene aguas cercadas por la costa y constituye algo más que una simple inflexión de la costa". Agrega "la escotadura no se considerará, sin embargo, como una bahía si su superficie no es igual o superior a la de un semicírculo que tenga por diámetro la boca de dicha escotadura". Para los efectos de su medición, señala el inciso 3º, "la superficie de una escotadura es la comprendida entre la línea de bajamar que sigue la costa de la escotadura y una línea que una las líneas de bajamar de sus puntos naturales de entrada".

Sin embargo, la boca de la bahía no debe exceder de 24 millas. Si sobrepasa esta distancia y siempre que estemos dentro de la definición del inciso 2º, ya mencionado, se podrá trazar la línea de base de 24 millas que encierre la mayor superficie de agua. El inciso 4º de este artículo establece que "si la distancia entre las líneas de bajamar de los puntos naturales de entrada de una bahía no excede de veinticuatro millas, se podrá trazar una línea de demarcación entre las dos líneas de bajamar y las aguas que quedan encerradas serán consideradas como aguas interio-

res". Para el caso de que la boca de la bahía exceda 24 millas, el inciso 5º agrega que "se podrá trazar dentro de la bahía una línea de base recta de veinticuatro millas, de manera que encierre la mayor superficie de agua que sea posible encerrar con una línea de esa longitud".

En el caso de la existencia de islas en la boca de la escotadura, el inciso 3º de este artículo 7º dispone que "cuando, debido a la existencia de islas, una escotadura tenga más de una entrada, el semicírculo se trazará tomando como diámetro la suma de las líneas que cierran todas las entradas" y "la superficie de las islas situadas dentro de una escotadura quedará comprendida en la superficie total de ésta, como si formara parte de ella".

El sistema de medición de las líneas de base, en caso de existencia de bahías establecida en el artículo 7º de la Convención sobre Mar Territorial, se refiere únicamente a las bahías cuyas costas pertenecen a un solo Estado. Además, no se aplica a las bahías llamadas históricas. La categoría de bahía histórica no está definida en la Convención, pero puede caracterizársela como aquellas escotaduras, cualquiera sea su superficie o el ancho de su boca de entrada, que ha sido considerada como aguas interiores por el Estado costero, durante cierto tiempo y de manera definida, con la aquiescencia de los otros Estados. Como ejemplos de tales bahías históricas pueden mencionarse las bahías de Cancalle, Chaleur, Chesapeake, Concepción, Delaware, El Arab, Hudson, Miramichi, Laholn y Skelderviken, el Zuyder Zee, las bahías formadas por ríos Tajo y Sado y el Mar de Azov.¹² Debe recordarse que Luis M. Drago, sostuvo con su voto en el arbitraje de las pesquerías del Atlántico Norte que el Río de la Plata era una bahía histórica; tesis seguida por Emilio Mitre y Carlos Saavedra Lamas.

2. Cuando la costa presente configuración muy irregular, se hace prácticamente imposible seguir todas las sinuosidades; entonces es menester también utilizar ciertos elementos geométricos como "línea de base" para medir perpendicularmente hacia afuera la extensión del mar territorial.

En el litigio promovido por el Reino Unido contra Noruega (1951) a causa de un decreto dado por ésta delimitando, a los efectos de la pesca, el mar territorial en la zona situada al Norte del paralelo 66º28'8" N., la Corte Internacional de Justicia pronunció sentencia admitiendo el méto-

¹² Esta lista está tomada de un documento preparado por la Secretaría General de las Naciones Unidas para la Conferencia del Mar de 1958, A/Conf. 13/1.

do (que Noruega había seguido) de las "líneas de base" formadas por rectas tendidas uniendo entre sí las islas o islotes más alejados de la tierra firme;¹⁴ y el alto tribunal manifestó que el método de la curva tangente (que el Reino Unido invocaba) no tiene hasta hoy carácter obligatorio en el derecho.

3. Los principios reconocidos por la C. I. J. en el caso de las pesquerías anglo-noruego, fueron incorporados a la Convención sobre mar territorial y zona contigua, restringidos a los lugares en que haya profundas aberturas y escotaduras o franja de islas situadas en la proximidad inmediata de la costa. En estos casos, según el artículo 4º, inciso 1º, "puede adoptarse como método para trazar las líneas de base desde la que ha de medirse el mar territorial, el de las líneas de base rectas que unan los puntos apropiados". El trazado de las líneas no puede apartarse apreciablemente de la dirección general de la costa, según el inciso 2º y podrán tenerse en cuenta para este trazado, según el inciso 4º, los intereses económicos propios de la región, que estén suficientemente demostrados por el uso prolongado. Se podrán utilizar elevaciones que surgen en bajamar, para trazar las líneas de base, si se han construido en ellas

¹⁴ Expresó la C.I.J. en su fallo que cuando ocurre, como en el caso en cuestión, que la costa está profundamente dentada o cortada o se encuentra bordeada por un archipiélago la "línea de base" debe ser independiente de la línea de la más baja marea y sólo puede ser determinada por medio de una construcción geométrica. Y precisando más, agregó que la regla según la cual las aguas territoriales deben seguir la dirección general de la costa permite discernir cierto criterio válido para toda delimitación del mar territorial; que muchos Estados —entre ellos Noruega— han estimado necesario adoptar como "línea de base" el trazado de líneas rectas entre determinados puntos apropiados de la más baja marea, que este método no ha sido objetado por otros Estados y es aceptable a condición de que el trazado de las "líneas de base" no se aparte apreciablemente de la dirección general de la costa y que en el caso de Noruega ese método ha sido impuesto por la condición geográfica peculiar de la costa y ha sido consolidado por una práctica constante y suficientemente larga. La Corte advierte en su fallo que ha debido tener también en cuenta "otra consideración fundamental y de especial importancia en este caso", que es la vinculación existente entre ciertas extensiones de mar y las formaciones terrestres que las dividen o que las rodean, así como ciertos intereses económicos característicos de la región, cuya realidad e importancia han sido demostrados por un largo uso.

El Reino Unido sostuvo en este juicio que Noruega, para trazar el límite exterior del mar territorial, debía seguir la línea de la más baja marea hasta una distancia de cuatro millas de ésta (así lo admitió expresamente en este caso) y que Noruega podía reivindicar la territorialidad de las bahías en que demostrase poseer un fundamento histórico por haber ejercido jurisdicción en el lugar durante largo tiempo y sin oposición de parte de otros Estados, o cuando la embocadura de la bahía no excediese de diez millas, trazando entonces, entre los dos puntos extremos y opuestos entre sí, una línea recta como "línea de base"

faros o instalaciones similares que emerjan constantemente, conforme con el inciso 4º. Las aguas que queden entre las líneas de base rectas y las costas, de acuerdo con el inciso 2º se considerarán sometidas al régimen de las aguas interiores, si están suficientemente vinculadas al dominio terrestre. Por último, el sistema no puede ser aplicado, según el inciso 5º del artículo 4º, si se aísla el mar territorial de otro Estado. El Estado ribereño debe indicar claramente las líneas de base, en sus cartas marinas.

4. En el caso de la desembocadura de un río, el artículo 13 de la Convención dispone que la línea de base será "una línea recta trazada a través de su desembocadura entre los puntos de la línea de bajamar en las orillas". Con posterioridad a la adopción de la Convención se trazó el límite exterior del Río de la Plata entre Punta Rasa, en el cabo San Antonio, en la Argentina y Punta del Este, en el Uruguay. Esta es la línea de base, a partir de la cual se mide la soberanía marítima de ambos países.

5. Como en el caso de la tierra firme, las islas también tienen su mar territorial, que se mide de acuerdo con las mismas normas. Esto es lo que establece el artículo 10 de la Convención sobre Mar Territorial, que define una isla como "una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar". Pero si se trata de una elevación que surge en bajamar, pero queda sumergida en pleamar, conforme al artículo 11 de la Convención, dicha elevación puede utilizarse, si está total o parcialmente a una distancia del continente que no exceda el mar territorial, como línea de base para medir la anchura de ese mar territorial. Si está situada fuera del mar territorial, no se considera que tenga mar territorial propio.

6. Aparte de tomarse en cuenta las características físicas de las costas, o la presencia de islas, para la determinación del mar territorial, también se considera jurídicamente, como parte de la costa, instalaciones permanentes que forman parte de un sistema portuario. El artículo 8º de la Convención sobre mar territorial establece que "a los efectos de la delimitación del mar territorial, las instalaciones permanentes más adentradas en el mar que formen parte integrante del sistema portuario, se considerarán como parte de la costa". También quedan comprendidas en el mar territorial, según el artículo 9º, "las radas utilizadas normalmente para la carga, descarga y fondeo de buques que de otro modo estarían situadas en todo o en parte fuera del trazado general del límite exterior del mar territorial".

7. Hasta ahora hemos considerado el mar territorial de la costa frente a un solo Estado. En el caso de que las costas de dos Estados estén situadas frente a frente o sean adyacentes, según el artículo 12 de la Convención sobre Mar Territorial "ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo mutuo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media determinada de forma tal que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base, a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de cada uno de esos Estados". Sin embargo, en caso de existir derechos históricos u otras circunstancias especiales, de acuerdo con el mismo artículo, la delimitación se puede hacer en otra forma, en estos casos de Estados con costas enfrentadas o adyacentes.

8. En las regiones polares —según la doctrina— las superficies que están congeladas de modo permanente deben equipararse a la tierra firme y el mar territorial se mide desde el límite del banco de hielo; si la congelación es transitoria, el mar territorial se mide desde el extremo de la masa que está siempre congelada.

93. CONDICIÓN JURÍDICA.— En un comienzo se afirmó que el Estado posee en la franja de mar adyacente a sus costas un derecho de propiedad, un *dominium*. Esta noción era explicable en la época en que los poderes del Estado, o mejor dicho del soberano, tenían carácter análogo a los derechos patrimoniales. No es ésta la idea imperante hoy en el derecho público. Con razón, pues, los autores modernos emplean otros calificativos, expresando que en el mar territorial el Estado costero ejerce la *soberanía*, o simplemente un derecho de *jurisdicción*.

La idea del *dominium* debe ser desechada: el Estado no tiene en el mar territorial los derechos inherentes al propietario, pues no dispone de él a su arbitrio ni puede cerrarlo al paso de los demás. Tampoco puede afirmarse que el Estado tenga en el mar territorial tan sólo un derecho de *jurisdicción*: la jurisdicción es una consecuencia —pero sólo una— del ejercicio de la soberanía, pues consiste en la facultad de legislar con respecto a las personas y a las cosas que se hallan en determinado territorio, y en consecuencia la facultad de ejercer la policía necesaria para vigilar el cumplimiento de las disposiciones adoptadas y aplicar las sanciones que correspondan. En realidad, lo que el Estado costero ejerce en el mar territorial es algo más que la jurisdicción: ejerce la soberanía, puesto que su poder implica, además del referido derecho de jurisdicción, la facultad de reservar determinadas zonas para explotarlas por sí

mismo o por sus nacionales —como ocurre con el derecho de pesca— y eventualmente otorgar concesiones a personas privadas para explotar las riquezas de las aguas, del lecho y del subsuelo.

Debe observarse, sin embargo, que la soberanía que el Estado ejerce en el mar territorial no es absoluta, como no lo es tampoco la que ejerce en el territorio terrestre; pero asimismo es más limitada que en éste, pues el Estado costero está obligado, en virtud de la costumbre internacional, y de la Convención sobre Mar Territorial a admitir el "tránsito inocuo" o "paso inocente" de los buques extranjeros y ciertas restricciones consiguientes que se examinarán más adelante. De este modo limitado, la soberanía del Estado costero en el mar territorial comprende las aguas, el correspondiente espacio aéreo, el lecho y el subsuelo respectivo, tal como lo establece el artículo 2º, que ya hemos mencionado, de la Convención sobre Mar Territorial.

El derecho de jurisdicción y el derecho de policía, que emergen de la soberanía así precisada, son ejercidos por el Estado costero en lo que respecta a los siguientes fines, que responden a un interés propio predominante: *a)* hacer efectiva la seguridad nacional, para lo cual el Estado puede adoptar las medidas que considere necesarias, tales como construir obras de defensa militar, y puede asegurar la neutralidad impidiendo que beligerantes extranjeros realicen en el mar territorial actos de hostilidad o practiquen el derecho de visita y apresamiento; *b)* proveer a la salubridad pública, para lo cual puede adoptar las medidas adecuadas con respecto a los buques privados, ya sean de bandera nacional o extranjera, a fin de prevenir la introducción de epidemias: visita médica, desinfección, cuarentenas, prohibición de entrar en puerto, etc.; *c)* facilitar la seguridad de las comunicaciones, con cuyo objeto puede reglamentar la navegación en el mar territorial, en lo relativo al pilotaje, remolque, fondeaderos, etc., puede instalar faros, realizar obras de dragado o de balizamiento, siendo entendido que por estos servicios puede cobrar tasas remuneratorias, y además puede colocar en el lecho tubos de desagüe y cables telegráficos submarinos, en tanto que los Estados extranjeros no pueden hacer esto último sin previo permiso del Estado costero; *d)* intervenir en los accidentes de la navegación, a fin de facilitar el salvamento, esclarecer las responsabilidades, retirar los restos de naufragio, etc.; *e)* proteger sus intereses fiscales, para lo cual puede ejercer la policía a fin de asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos aduaneros o sanitarios, así como los referentes a la emigración o inmigración, etc.; *f)* proteger sus intereses económicos, para lo cual, según lo ha

establecido la costumbre internacional, la pesca y la caza en el mar territorial corresponden exclusivamente a los buques de la bandera del Estado costero, todo ello sin perjuicio de que este mismo reglamento en el mar territorial el ejercicio de esas actividades, impida la contaminación de las aguas, etcétera.¹⁵

III. ZONA CONTIGUA

93a. NOCIONES GENERALES.— La “zona contigua” es una zona de la alta mar vecina al mar territorial en la que el Estado costero puede ejercer el control necesario para prevenir o castigar infracciones a las reglamentaciones aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias, cometidas o que pudieran cometerse en su territorio terrestre o en el mar territorial. Este concepto fue creado en la legislación inglesa en las llamadas *Hoverigs Acts* en el siglo XVIII y comienzos del XIX, por la que se autorizaba la captura de contrabandistas dentro de 2, 4, 8 y aún 100 leguas marinas de la costa. Los Estados no protestaron por la promulgación de estas leyes y, por el contrario, comenzaron a establecer derechos similares generalmente hasta la distancia de doce millas. Sin embargo, en 1876, al promulgar la llamada *Custom Consolidation Act*, Gran Bretaña tomó una posición diametralmente opuesta, sosteniendo que, salvo la existencia de tratados, ningún Estado podía ejercer jurisdicción aduanera sobre buques extranjeros en alta mar. La razón se debió a que por ese entonces Gran Bretaña mantenía una polémica con España respecto a la legalidad de una ley española extendiendo el mar territorial a seis millas

¹⁵ Con los fines arriba indicados, entre otros, en la República Argentina la Constitución atribuye a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación (art. 100) “las causas de almirantazgo o jurisdicción marítima”; la ley 48 del 14 de setiembre de 1863, sobre jurisdicción y competencia de la justicia federal, confirió a ésta el conocimiento de una serie de cuestiones que especifica en los arts. 2º, 3º y 5º, relativas al comercio, la navegación y los delitos; y el Código Penal (art. 1º, inc. 1º) castiga “los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina o en los lugares sometidos a su jurisdicción”.

LIBRO 22
383 INNE

y temía que el concepto de zona contigua aduanera le fuera usado en su contra. Por otra parte, Gran Bretaña había logrado dominar las actividades de contrabando cerca de sus costas. Varios países como Alemania y Japón apoyaron la tesis británica, pero otros, como los Estados Unidos y los países latinoamericanos sostuvieron el concepto de zona contigua, como parte del derecho internacional consuetudinario. La postura británica asumió una gran intransigencia y fue en gran medida la causa del fracaso de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930, donde existía una clara mayoría por la regla de las tres millas, siempre que se aceptara el criterio de zona contigua.

La Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua reconoce al Estado Costero, en su artículo 24, el derecho de adoptar medidas de fiscalización para evitar o reprimir infracciones a las leyes de policía aduanera, fiscal, de inmigración y sanitaria que pudieran cometerse o fueran cometidas en su territorio.

La Convención establece también que la máxima anchura de la zona contigua no puede exceder de 12 millas. Esta norma ha sido tomada como argumento contrario a la extensión del mar territorial más allá de 12 millas. En caso de costas opuestas o adyacentes se aplica la regla de la equidistancia, para delimitar las zonas contiguas.

IV. AGUAS INTERIORES

93b. NOCIONES GENERALES.— Las aguas interiores son aquellas aguas, inclusive partes del mar, que se encuentran sometidas a la soberanía del Estado costero, en las mismas condiciones que el territorio terrestre. El régimen de las aguas interiores difiere fundamentalmente del régimen del mar territorial, en cuanto en este último el barco extranjero goza del derecho de paso inocente, mientras que en las primeras puede ser excluido legalmente por el Estado costero. Las aguas interiores incluyen aquellas aguas que se encuentran entre la línea de base y la costa, cuando el mar territorial no se mide desde la línea de más baja marea.

El artículo 5º, inciso 1º, de la Convención sobre Mar Territorial dispone que "las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial se considerarán como aguas interiores". El inciso 2º, trae una excepción respecto a la prohibición de paso inocente por aguas interiores en el caso de trazado de líneas de base recta, cuando haya profundas escotaduras o aberturas en la costa o una franja de islas en la proximidad inmediata. En tales circunstancias, es decir las que trata el artículo 4º, el Estado que, al tomar ventaja de las disposiciones de este artículo, haga el trazado de una línea de base recta que "produzca el efecto de encerrar como aguas interiores zonas que anteriormente se consideraban como parte del mar territorial o de alta mar", deberá otorgar el derecho de paso inocente a los barcos extranjeros.

Las aguas interiores no son todas marítimas, pues se consideran como tales los ríos y los lagos. Dentro de las aguas marítimas, además de las que hemos mencionado, es decir, entre las costas y las líneas de base del mar territorial se consideran como tales las aguas de los puertos, las radas y los mares interiores.

V. LA ZONA DE PESCA

93c. NOCIONES GENERALES. —En las conferencias de Ginebra de 1958 y de 1960 sobre el derecho del mar varias delegaciones favorecieron la idea de que el Estado costero podría tener, más allá del mar territorial, una zona de pesca, sujeta a sus reglamentaciones y que podía quedar reservada a sus nacionales. La teoría no fue aceptada en aquel momento. Pero en los años que siguieron y en situaciones disímiles, se ha aceptado en ciertos tratados una zona de pesca más allá de las aguas territoriales, abierta a Estados que tradicionalmente pescaban en ellas. Así, la Convención de Londres de 1964 sobre Pesquerías, firmada por los hoy nueve Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Austria, Suecia, Portugal y España, previó la posibilidad de que las partes establezcan una primera zona de 6 millas, reservada exclusivamente a la pesca del Estado costero y otra segunda zona entre 6 y 12 millas reservada al Estado costero, pero también a pescadores de las partes contratantes que hayan tenido tradicionalmente acceso a ella, con la reglamentación necesaria para mantener las especies.

Como ya lo hemos señalado en detalle en el número 91, punto 4, los miembros de las Comunidades Europeas acordaron el 26 de julio de

1976, mediante una resolución del Consejo, actuar en forma concertada para extender las zonas de pesca a 200 millas.

El Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, firmado el 19 de noviembre de 1973, establece en el artículo 73 en cuanto a pesca, una zona común más allá de las doce millas, para barcos de banderas argentinas y uruguayas. La zona se determinará por dos arcos de circunferencia de doscientas millas de diámetro, cuyo centro son Punta del Este y Punta Rasa en el Cabo San Antonio. Los volúmenes de captura se distribuirán en forma equitativa, proporcional, según el artículo 74, "a la riqueza ictícola que aporta cada una de las partes". Barcos de terceras banderas podrán pescar, pero el cupo se le imputará a la Parte que autorice al buque extranjero. Conforme con el artículo 80, una Comisión Técnica Mixta tendrá a su cargo "la realización de estudios y la adopción y coordinación de planes y medidas relativas a la conservación, preservación y racional explotación de los recursos vivos y a la protección del medio marino en la zona de interés común".

1. De acuerdo con la lista de países que hemos presentado en el número 91, algunos Estados como India, Guinea, Turquía, Senegal, Costa de Marfil, Pakistán, República Dominicana, Haití, Nicaragua, Islandia, etc., han ido estableciendo zonas de pesca fuera del mar territorial, pero no todas con las mismas características. Varios países latinoamericanos y otros Estados, han extendido a 200 millas no sólo la zona de pesca, con carácter exclusivo, sino también otros derechos. Este tema es analizado con mayor detalle en el capítulo IX, número 139-2.

2. Esta cuestión de la zona de pesca fue objeto de la sentencia de la C.I.J. del 25 de julio de 1974 en los casos entre Gran Bretaña y la República Federal de Alemania contra Islandia, que había extendido en 1972 su zona de pesca exclusiva a 50 millas. Gran Bretaña y la República Federal de Alemania entendieron que esta medida no se basaba en el derecho internacional general, que no podía ser opuesta a dichos países y que de acuerdo con notas firmadas en 1961, entre cada uno de los dos Estados e Islandia, este país no podía establecer nuevas zonas de pesca, sino por acuerdos bilaterales y multilaterales. Islandia no aceptó estos argumentos y Gran Bretaña y Alemania decidieron someter el caso a la C.I.J. en agosto de 1972. La C.I.J. se declaró competente, sobre la base del acuerdo de 1961, en febrero de 1973. Previamente, en 1972, había adoptado medidas precautorias limitando los volúmenes de pesca en la zona. Islandia consideró el acuerdo de 1961 como caduco y no se presentó ante el tribunal, que dio su fallo en ausencia de la demandada.

La C.I.J. en su fallo de 1974¹⁶ indicó que dos conceptos habían cristalizado en el derecho consuetudinario desde 1960, primero, el concepto de zona de pesca en la que un Estado puede pretender competencia exclusiva en esta materia, independientemente del mar territorial, zona cuya extensión hasta 12 millas, parece haber sido generalmente aceptada y luego el concepto de derechos preferentes de pesca en aguas adyacentes en favor del Estado costero en situaciones de dependencia especial de estas pesquerías, frente a otros Estados interesados en la explotación de estas mismas pesquerías. Pero la C.I.J. agregó que la noción de derechos preferentes no es compatible con la eliminación completa de la actividad de otros Estados y el Estado ribereño no puede fijar de manera unilateral y totalmente arbitraria la extensión de estos derechos. Así, no se pueden abolir los derechos concurrentes de otros Estados, en particular, como el caso del Estado actor, que han pescado largo tiempo en esas aguas y esta actividad es importante económicamente para el Estado interesado.

La Corte llegó a la conclusión que la extensión de la zona de pesca de Islandia de 12 a 50 millas no era oponible a Gran Bretaña y a la República Federal de Alemania. Agregó que Islandia podía pretender derechos preferenciales, pero que los otros dos países tenían derechos adquiridos sobre los recursos en disputa. Los Estados deben tener en cuenta en la explotación sus derechos recíprocos y las necesidades de la conservación de las especies y la obligación de negociar el juego de estos derechos, surge de la naturaleza de los mismos.

El fallo fue adoptado por 10 votos contra 4 y cinco jueces de la mayoría, Foster, Bengzon, Jiménez de Aréchaga, Singh y Ruda agregaron una opinión separada señalando que habían votado en favor porque el fallo no declaraba, como lo habían pedido los actores, que la extensión de Islandia más allá de las doce millas carecía de fundamento en el derecho internacional y era inválida *erga omnes* y que la sentencia se circunscribía a las circunstancias especiales del caso.

El 15 de julio de 1975, Islandia extendió nuevamente su zona exclusiva de pesca de 50 a 200 millas. Además, Islandia y la República Federal de Alemania celebraron un convenio limitando la pesca de ésta a 60.000 tns., incluyendo sólo 5.000 tns. de bacalao, por 40 barcos pesqueros, que no puedan congelar la pesca. Para Alemania este acuerdo no supone el reconocimiento de las 200 millas. Su entrada en vigor depende de un

¹⁶ I.C.J., *Reports*, 1964, págs. 3-35.

arreglo de la disputa entre Gran Bretaña e Islandia. Luego, tuvieron lugar una serie de incidentes con intervención de buques de guerra británicos. El 6 de junio de 1976 Islandia y Gran Bretaña volvieron a firmar un acuerdo temporario, en el que esta última se comprometió a enviar sólo 24 pesqueros, por mes, en la zona de 200 millas y a que la pesca no tendría lugar a menos de 20 y 30 millas de las líneas de base, según el sector. El acuerdo tenía una duración de 6 meses. El establecimiento de una zona de pesca en las Comunidades Europeas de 200 millas, a comienzos de 1977, que beneficia fundamentalmente a Gran Bretaña, parece haber revertido la situación, por la presencia de pesqueros islandeses dentro de esta zona.

3. La Asamblea General adoptó en 1973 la Resolución 3.016 (XXVII) según la cual la soberanía de los países en vías de desarrollo sobre los recursos naturales del suelo y subsuelo marino en el interior y en sus aguas adyacentes, supone la ilegalidad de toda acción tendiente a imponer directa o indirectamente a un estado el ejercicio de sus derechos o el abandono de los mismos.

VI. ZONA ECONOMICA

93d. NOCIONES GENERALES. — Las Declaraciones de Santiago, de 1952, de Montevideo, de 1970, de Lima, de 1970 y de Santo Domingo, de 1972, suscriptas por diferentes Estados de la América Latina, se orientaron con el objetivo principal del reconocimiento de ciertos derechos a los Estados costeros sobre la explotación de los recursos naturales del mar y su subsuelo, más allá del mar territorial. En algunos foros latinoamericanos se denominó a este conjunto de derechos bajo el rótulo de "mar patrimonial".

Posteriormente, bajo la influencia de países africanos, se comenzó a hablar de una "zona económica". Esta fue la terminología del Seminario celebrado en Yaundé, en 1972, al que ya nos hemos referido y la Declaración de Addis Abeba de la Organización de la Unidad Africana, de 1973.

En la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar el concepto y la terminología de "zona económica" parece haberse impuesto. Hemos visto además en el cuadro del número 91 que 13 Estados han establecido ya una zona económica de 200 millas. El llamado "Texto único revisado para fines de negociación", contiene en el proyecto preparado por el Presidente de la Segunda Comisión una parte denominada "Zona Econó-

nica Exclusiva", de 16 artículos, que determina, entre muchas otras cosas, que dicha zona no puede extenderse, de acuerdo con el artículo 46, más allá de 200 millas náuticas, desde las líneas de base del mar territorial. Los derechos propuestos para el Estado costero, conforme al artículo 45, en la zona serían: *a)* derechos soberanos con el propósito de explorar y explotar, conservar y administrar los recursos naturales, renovables y no renovables, del lecho y el subsuelo del mar y aguas suprayacentes; *b)* derechos exclusivos y jurisdicción con respecto al establecimiento y usos de estructuras, instalaciones e islas artificiales; *c)* jurisdicción exclusiva con relación a otras actividades de exploración y explotación de la zona, como la producción de energía y en relación con la investigación científica; *d)* jurisdicción sobre la preservación del medio marino, incluso el control de la contaminación. El proyecto otorga también otros derechos que protegen intereses menores, en otras partes de la Convención. Debemos recordar que este texto es sólo un texto de trabajo y negociación.

VII. LA PLATAFORMA SUBMARINA

94. NOCIONES GENERALES. — Ciertas costas se internan en el mar con suave declive hasta mucha distancia y luego el lecho se inclina bruscamente hacia el abismo;¹⁷ de ello resulta que las aguas son poco profundas en una extensión marítima considerable y el fondo presenta la configuración de una meseta o plataforma con relación a las grandes profundidades vecinas. Indistintamente se ha dado a esa configuración los nombres de "meseta", "zócalo", "escalón" o "plataforma", agregándose según el caso los calificativos de "continental" o "insular". Es preferible llamarla "plataforma submarina", porque con ello se precisan sus características geográficas, ya esté adosada a un continente o a una isla y se indica a la vez que se halla permanentemente cubierta por las aguas.

Este fenómeno geográfico —que fue observado desde antiguo, puesto que ya lo señala Strabón— ha sido atribuido a dos causas naturales que a veces obran conjuntamente: una es el hecho de que la tierra firme, cuando las costas son bajas, se prolonga insensiblemente por debajo de las aguas; y otra mecánica, consistente en la sedimentación de las materias sólidas, especialmente arenas, que las olas abandonan cerca de la costa.

¹⁷ La plataforma continental argentina es una de las más extensas del mundo, especialmente a la altura de las costas de la Patagonia e Islas Malvinas.

La "plataforma submarina" fue asunto ajeno al derecho internacional; pero en las últimas décadas ha originado problemas jurídicos. Veamos cómo y por qué motivo.

1. En 1918, el profesor José León Suárez, de la Universidad de Buenos Aires, dio una conferencia en San Pablo (Brasil)¹⁸ sosteniendo la necesidad de que el Estado adyacente a la "plataforma submarina" ejerza en las aguas de ésta la vigilancia y la explotación exclusiva de la pesca y de la caza marítima.

Fundamentaba Suárez su tesis en dos argumentos principales: uno de carácter científico, pues habíase comprobado que los peces pertenecientes a las especies útiles viven en la "plataforma submarina" porque los rayos solares penetran en las aguas hasta la profundidad de 200 metros aproximadamente y dan vida a los pequeños organismos vegetales o animales (*plankton*) de que se nutren aquéllos, por lo cual en tales zonas existen grandes bancos de peces, que constituyen una riqueza considerable; el segundo argumento respondía a una necesidad práctica y urgente: los cetáceos y los anfibios —que a su vez se alimentan de aquellos peces— eran objeto de una caza tan desmedida que ciertas especies estaban amenazadas de extinción. Evidentemente, el Estado adyacente a la "plataforma submarina" era el más indicado para prevenir tan grave daño, puesto que afectaba a él más que a ningún otro; de ahí la necesidad de reconocerle un derecho predominante y aún excluyente en la conservación y explotación de las riquezas naturales características de esos lugares. La República Argentina tiene interés especialísimo en la materia: recordaba Suárez que el capitán Segundo R. Storni, en una conferencia dada en Buenos Aires dos años antes,¹⁹ además de comentar la riqueza en pesca de la "plataforma submarina", a causa de la penetración de los rayos solares hasta unos doscientos metros de profundidad, hacía presente que la adosada a las costas argentinas abarca una extensión equivalente a la superficie de la Patagonia; y agregaba Suárez que era precisamente en esos mares australes donde se realizaba una caza exterminadora de cetáceos y anfibios.

¹⁸ Suárez, José León, *El mar territorial y las industrias marítimas* (en *Diplomacia Universitaria Americana*. Buenos Aires, 1919, pág. 155).

¹⁹ Storni, Segundo R., *Los intereses argentinos en el mar* (Buenos Aires, 1916, págs. 38-40).

Debemos observar, desde luego, que no era fácil obtener un acuerdo internacional sobre la materia. En cuanto al Mar del Norte —que contiene grandes bancos de peces porque su lecho no es sino una vasta “plataforma submarina”— los Estados adyacentes han reglamentado entre sí, por medio de convenciones, el ejercicio de la pesca en común, que la costumbre había implantado desde tiempo atrás; pero no parecía hacedero alcanzar acuerdos con relación a otras zonas. Mientras tanto, en los mares australes de la República Argentina, así como en los septentrionales de Alaska y California, aparecían en la temporada anual propicia flotas pesqueras de alto bordo; procedentes de lejanos países y aún de otros continentes, provistas de buques-factorías para cazar y faenar gran número de ballenas.

En 1925, el profesor Suárez logró resolver en cierto modo una parte del problema, obteniendo una reglamentación de la caza de cetáceos. En efecto, designado miembro de la comisión de expertos organizada por la Sociedad de las Naciones para preparar la codificación del derecho internacional, Suárez propuso examinar esa cuestión. El estudio realizado dio origen a la primera convención referente a la caza de la ballena, suscripta en Ginebra en 1931.

2. El problema de la “plataforma submarina” quedaba en pie en lo esencial, que era el derecho a la vigilancia y a la explotación de la pesca y de la caza marítima por el Estado adyacente. Muy pronto vino a ser reforzado por otro interés, quizás mayor. En la cercanía de las costas ya se realizaba la instalación de pozos en el lecho marino para la extracción del petróleo existente en el subsuelo y parecía natural hacer lo mismo en la “plataforma submarina”, aún más allá del mar territorial. Era indispensable afrontar esa cuestión.

El 24 de enero de 1944 el gobierno de la República Argentina dictó el decreto número 1.386 declarando zona transitoria de reservas mineras el “mar epicontinental”, esto es, el que cubre la “plataforma submarina”. El 28 de setiembre de 1945 el gobierno de los Estados Unidos emitió dos proclamas, declarando en una de ellas, con relación a la pesca, la existencia de una “zona de conservación”, en que esa actividad queda reservada a sus nacionales y subordinada a la reglamentación y control de los Estados Unidos, y manifestando en la otra que las “riquezas naturales del subsuelo y del lecho de la plataforma continental en el alta mar contigua a las costas de los Estados Unidos están sometidas a su jurisdicción y control”, sin perjuicio del derecho de libre navegación, y en caso

de que la referida plataforma se extienda hasta las costas de otro Estado se procederá a su delimitación de común acuerdo y de modo equitativo.²⁰

El 29 de octubre de 1945 el gobierno de México dio una proclama (a la que siguió un decreto el 25 de febrero de 1949) reivindicando la plataforma continental y todas sus riquezas naturales y expresando que mantendría bajo su control las zonas de pesca. Un nuevo decreto argentino, número 14.708, del 9 de octubre de 1946, manifestó que "el mar epicontinental y la plataforma continental están sujetos a la soberanía de la Nación", pero ello no afecta el derecho de libre navegación. En seguida, muchos otros Estados latinoamericanos siguieron este movimiento, más debe notarse como ya lo hemos señalado que algunos —como Chile (23 de junio de 1947), Perú (1º de agosto de 1947), Costa Rica (29 de julio de 1948) y Ecuador— declaran la soberanía nacional hasta una distancia de 200 millas náuticas desde la costa, cualquiera que sea la profundidad de las aguas.

Los gobiernos no americanos siguieron pronto este movimiento. Islandia —dado que la subsistencia de su población depende casi exclusivamente de la pesca— dictó una ley el 5 de abril de 1948 para adoptar medidas de conservación pesquera "dentro de los límites de su plataforma". El Reino Unido adoptó disposiciones el 26 de noviembre de 1948 para delimitar la jurisdicción marítima con respecto a las Islas Bahamas y Jamaica, estableciendo que se extiende "de manera que comprenda el área de la plataforma continental que se encuentra bajo el mar adyacente" de una y otra colonia; en 1949 dieron decretos análogos los gobiernos de Arabia Saudita, Bahrein, Koweit y otros sultanatos con relación a las aguas del Golfo Pérsico; en 1949, Filipinas; en 1950, Brasil y Pakistán; en 1952, Israel y Corea; en 1953 Australia por sí y por Nueva Guinea; en 1955, India e Irán; en 1956, Portugal y Venezuela; en 1957, Honduras y Cambodia (sólo hasta 50 m. de profundidad) y así siguieron otros muchos Estados en instrumentos nacionales o internacionales.

3. Podrá notarse que estas disposiciones —provenientes del derecho interno— presentan algunas discordancias entre sí. Todas ellas obedecen, sin duda, al propósito de conservar para el Estado adyacente las riquezas naturales existentes en las aguas, el lecho y el subsuelo de la "plataforma submarina"; pero difieren en cuanto a lo que ha de entenderse por tal plataforma: muchas disposiciones no lo definen ni indican,

²⁰ Estas disposiciones han sido corroboradas por la *Submerged Lands Act*, sancionada el 22 de mayo de 1953.

aunque posiblemente dan por subentendido que es la extensión permanentemente cubierta por las aguas cuyo lecho se encuentra a una profundidad no mayor de 200 metros término medio; pero hay Estados que, sin tomar en cuenta la profundidad, reivindican la zona marítima que se extiende hasta 200 millas náuticas medidas perpendicularmente desde la costa, y esta última fórmula ha sido objetada por otros Estados. Por otra parte, en cuanto a la naturaleza de los derechos que corresponden al Estado adyacente a la "plataforma submarina", se habla de "jurisdicción y control", aunque sin perjuicio del derecho de libre navegación (Estados Unidos, 1945); de "soberanía", también sin afectar la libre navegación (República Argentina, 1946); "de jurisdicción y dominio exclusivo" (Brasil, 1950), etcétera.

4. Dados estos antecedentes, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas resolvió encomendar a la Comisión de Derecho Internacional la realización de un estudio sobre la materia. Cumpliendo el encargo, dicha comisión elaboró un informe, que fue presentado a la Asamblea General en 1956. Dicho informe fue el documento básico que consideró la Conferencia de Ginebra de 1958, que elaboró la Convención sobre Plataforma Continental.***

5. El artículo 1º de la Convención define la plataforma continental así: "Para los efectos de estos artículos, la expresión 'plataforma continental' designa: a) el lecho del mar y el subsuelo de las zonas marinas adyacentes a las costas, pero situadas fuera de la zona del mar territorial hasta una profundidad de 200 metros, o, más allá de este límite, hasta donde las aguas suprayacentes permitan la explotación de los recursos naturales de dichas zonas; b) el lecho del mar y el subsuelo de las regiones submarinas análogas, adyacentes a las costas de islas".

Esta definición contiene dos elementos: los 200 m. de profundidad y el criterio de explotabilidad. Este último elemento se agregó en la propuesta de la Comisión de Derecho Internacional recién en 1956, teniendo en cuenta los resultados de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Conservación de Recursos Naturales que había tenido lugar en Santo Domingo, en marzo de 1956, donde se llegó a la conclusión de que el límite de la plataforma continental debía extenderse a más de 200 m. de profundidad "hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permitía la explotación de los recursos naturales del lecho y del subsuelo".

*** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 90 a 93.

Esta combinación, de incluir un criterio fijo y un criterio elástico, flexible, en la definición del límite exterior de la plataforma continental ha dado lugar a variadas interpretaciones de esta definición de la Convención sobre plataforma continental.

6. Las interpretaciones son varias y pasan por las líneas más extremas.

Una primera teoría²¹ interpreta de manera literal la segunda parte de la definición, sosteniendo que si es factible la explotación de los recursos del subsuelo marino, los derechos de soberanía pueden extenderse hasta donde llegue la explotación y en caso de que la tecnología llegue a grandes profundidades, el fondo del mar debe ser dividido por las líneas medias entre los territorios de los Estados, de acuerdo con la aplicación del artículo 6º, inciso 1º, de la Convención, que establece que si la plataforma continental es adyacente al territorio de dos o más Estados, cuyas costas están opuestas, los límites se solucionarán por medio de acuerdos y en ausencia de tal, por la línea media. El profesor Shigeru Oda expresa: "Se deduce que todas las áreas submarinas del mundo han sido teóricamente divididas entre los Estados costeros por esta Convención de Ginebra".²²

Esta interpretación se basa exclusivamente en el criterio de explotabilidad.²³ F.P. Christy, ha preparado un mapa muy interesante dividiendo el subsuelo del mar, en cuyo caso la posesión de islas como Ascensión, Santa Helena y Tristán de Cunha por los ingleses y las islas Clipper-ton por los franceses, les da extensos territorios en el fondo del mar.

²¹ Esta teoría fue sostenida en la Conferencia de Ginebra por Paquistán y Libano. Ve también Seymour S. Bernfeld, *Developing the Resources of the Sea. Security of Investment*. "The International Lawyer", págs. 67-76 (1967).

²² Shigeru Oda, *International Control of the Sea Resources*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1963, pág. 167.

²³ Francis T. Christy, Jr., de la "Organización Resources for the Future", sostiene en un trabajo titulado *Realities of Ocean Resources*, preparado para la Marine Frontiers Conference (University of Rhode Island) en 1967: "De acuerdo a la Convención de Ginebra los recursos del Fondo del Mar pertenecen al Estado costero hasta la "profundidad de 200 metros o, más allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes admite la explotación de los recursos naturales". Los derechos exclusivos están por consiguiente limitados solamente por el criterio de explotabilidad y, como se ha notado más arriba, este criterio puede haber ya resultado en una extensión de los límites más allá de 200 metros".

Esta teoría no es aceptada por la mayoría de la doctrina, ni en la práctica de los Estados. Se señala, a nuestro entender con razón, que se deja de lado el concepto de adyacencia, que está mencionado en la definición. Más aún, la historia legislativa revela que no se quiso emplear en vez de "plataforma continental" la expresión "regiones submarinas" sin más explicaciones y que no se quería "prescindir del fenómeno geográfico, llámese como se quiera: vecindad, contigüidad, contigüidad geográfica, dependencia o identidad, mediante el cual se define la relación entre las regiones submarinas de que se trata y el territorio no sumergido adyacente".²⁴ Debe recordarse que al adherirse a la Convención, Francia presentó una declaración sobre el artículo señalando que "a juicio del Gobierno de la República Francesa, la expresión regiones 'adyacentes' se refiere a una noción de dependencia geofísica, geológica y geográfica que excluye *ipso facto* una extensión ilimitada de la plataforma continental". Nadie ha opuesto objeción a esta declaración interpretativa francesa y sólo dos partes, Gran Bretaña y Estados Unidos, se han reservado la posición.²⁵

Debe recordarse finalmente que, desde 1968, el Comité de Fondos Marinos de Naciones Unidas ha manifestado que:

"Hubo en general acuerdo en la existencia de una zona de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de toda jurisdicción nacional y en que este hecho, que parecía obvio, debía subrayarse en vista de la interpretación amplia a que se prestaba el artículo 1º de la Convención sobre Plataforma Continental".²⁶

La Asamblea General ha recogido esta misma idea al afirmar en su Resolución 2.574 A (XXIV), del 15 de diciembre de 1969, "que existe una zona de los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo que está fuera de los límites de la jurisdicción nacional".

Otro tipo de interpretación puede basarse fundamentalmente en el concepto de adyacencia y sacar en conclusión que la explotación no debe alejarse de la costa. La isobata de 200 m. sería, por ejemplo, una línea razonable mínima de contigüidad.²⁷

²⁴ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, págs. 293-295.

²⁵ *Multilateral Treaties in respect of which the Secretary General performs depositary functions*, 1968, pág. 333.

²⁶ Asamblea General, D. O., XXIII Período de Sesiones, Informe del Comité Especial Encargado de Estudiar la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los límites de la Jurisdicción Nacional, pág. 51.

²⁷ Esta posibilidad es enunciada, sin apoyarla, por el profesor polaco R. Bierzanek, *Towards a better use of the Ocean*, pág. 140.

Utilizando también primordialmente el concepto de adyacencia, Luis Henkin sostiene que el criterio de explotabilidad ha cesado de servir como base de una definición y que las áreas submarinas adyacentes a las costas en las que los Estados costeros tienen derechos exclusivos sobre los recursos minerales, no deben tomar demasiado territorio al fondo del mar, ni estar demasiado lejos de la costa.²⁸ Este autor favorece una nueva definición de la plataforma.

El National Petroleum Council de los Estados Unidos ha presentado al Departamento del Interior, a su pedido, un extenso estudio²⁹ para avalar una teoría extensiva de la plataforma continental, que ha dado lugar a una polémica intensa entre juristas de aquel país. Dicho organismo analiza cuatro frases de la definición de Ginebra. Estima que el artículo 1º al mencionar las "zonas submarinas" tiene en consideración no a la plataforma continental en su acepción estrictamente geomorfológica, sino a cualquier área submarina que quede situada fuera de la costa y reúna las condiciones establecidas en dicho artículo. La expresión "adyacente a las costas" no se refiere al punto medio del océano, sino a zonas situadas en la proximidad de la costa. Se agrega que la expresión "hasta la profundidad de 200 m." se aplica incondicionalmente y sin tener en cuenta la existencia o no de la capacidad de explotar. Finalmente, la frase "o más allá de ese límite hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de esta área", significa que se puede ir más allá de 200 metros, de acuerdo a la tecnología existente, pero dentro de los límites de la adyacencia. Por eso se considera que la definición establece un límite elástico.

En resumen, el National Petroleum Council sostiene que hasta 200 metros la jurisdicción es incondicional, sin tener en cuenta la capacidad de explotar y que, más allá de esa profundidad, depende de los avances de la tecnología, dentro de los límites de la adyacencia. Como actualmente todo indica que se podrá explotar cualquier área submarina, sólo el criterio de la adyacencia determinará los límites de la jurisdicción nacional.

La interpretación del National Petroleum Council, basada en el análisis de las cuatro frases mencionadas, se traduce en la práctica en que

²⁸ L. Henkin, *Law of the Sea's Natural Resources*, pág. 24.

²⁹ *Petroleum Resources under the Ocean Floor*, marzo 1969.

"puede razonablemente sacarse en consecuencia que la jurisdicción de los Estados costeros sobre los recursos del fondo del mar y de su subsuelo, tuvo por objeto comprender y comprende en general la masa continental mar adentro hasta donde la parte sumergida de esta masa encuentra los fondos abisales (incluyendo la plataforma continental, su límite, el talud continental y por lo menos la parte orientada mar adentro de la emersión continental que se sobrepone al talud continental)".³⁰

El National Petroleum Council interpreta también que la definición quiso incluir el área "adyacente" a la costa, en los casos de una caída aguda de la costa hacia las profundidades, aunque no exista plataforma estrictamente hablando. Además, en el caso de los mares semicerrados, los países costeros pueden reclamar jurisdicción hasta la línea media, aun cuando esta línea está más allá del borde exterior de una típica plataforma continental.

El National Petroleum Council basa su interpretación de la Convención con extensos argumentos que incluyen un análisis de los trabajos preparatorios de la Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia de Ginebra, la historia legislativa, la presentación del Departamento de Estado y el acuerdo posterior dado a este instrumento en el Senado norteamericano, la doctrina, la práctica posterior de los Estados y los hechos y consecuencias que ocasiona la aplicación del tratado.

Una interpretación similar a la del National Petroleum Council, es avanzada por el Comité sobre Recursos Minerales del Fondo del Mar de la Rama Americana de la International Law Association. En el Informe Interino publicado en julio de 1968 dice:

"La jurisdicción de los Estados costeros con respecto a los recursos naturales del fondo del mar y de las áreas submarinas está determinada por la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial.

"Sin embargo, por razones que pocas veces se han hecho explícitas, algunos encuentran dificultades con la definición de los límites en la Convención, particularmente en cuanto al alcance del criterio de explotación, a la luz del principio de la adyacencia.

"Como regla general, los límites de la adyacencia pueden razonablemente considerarse como coincidiendo con el pie de la parte sumergida de la masa continental".³¹

³⁰ *Idem*, pág. 57.

³¹ *Committee on Deep Sea Mineral Resources, Interim Report*, 19 de julio de 1968, págs. IX-X.

También la "House of Delegates" de la American Bar Association en un Informe conjunto de la Sección de Recursos Naturales, la Sección Derecho Internacional y Comparado y la Sección Paz y Derecho a través de las Naciones Unidas, se inclina por la posición de que el concepto de explotabilidad está limitado por el de adyacencia y que "los derechos soberanos exclusivos de las naciones costeras con respecto a los minerales del fondo del mar comprenden ahora la parte sumergida de la masa continental adyacente al continente hasta su unión con el suelo del océano profundo, cualquiera sea su profundidad".³²

Otra interpretación interesante es la presentada por el profesor R. Y. Jennings, de Cambridge, al analizar las consecuencias del reciente fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos de la plataforma del Mar del Norte.³³

Jennings distingue entre el régimen establecido en la Convención de 1958 y los principios de Derecho internacional general.

En cuanto a los principios de Derecho internacional general, la norma básica, según Jennings, está reflejada en lo que la Corte llama "la más fundamental de todas las reglas jurídicas relativas a la plataforma continental" y que es la siguiente:³⁴

"...los derechos del Estado costero respecto al área de la plataforma continental que constituye una prolongación natural de su territorio en y debajo del mar existen *ipso facto* y *ab initio*, en virtud de la soberanía sobre la tierra y como una extensión de ésta en ejercicio de derechos soberanos con el propósito de explorar el fondo del mar y explotar sus recursos naturales. En síntesis, aquí hay un derecho adquirido".

En consecuencia, para este autor, la idea de la dependencia o prolongación es la base de la respuesta al límite y éste sólo puede ser identificado por medio de referencias a un hecho físico, en el que las consideraciones geomorfológicas y quizás geológicas adquieren especial significación.

³² Citado en *Petroleum Resources under the Ocean Floor*, pág. 62.

³³ *The Limits of the Continental Shelf Jurisdiction*. "International and Comparative Law Quarterly", Londres, octubre 1969, págs. 819-832.

³⁴ *International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, North Sea Continental Shelf Cases*, Judgement of 20 february 1969, pág. 22.

En el caso de la definición de la Convención de Ginebra, la interpretación de Jennings es que dicho instrumento va más allá del concepto de plataforma continental "en el sentido estricto", pues habla de 200 metros de profundidad, agregando "o más allá de ese límite". Es decir que en forma alguna la Convención se limita al área de 200 metros. Siendo los 200 metros el límite habitual de la caída, Jennings concluye que también la Convención de Ginebra nos envía a la geografía y a la geología para resolver la cuestión de los límites.

Concluye que tomando datos de estas ciencias, no existen dudas que el talud continental es tanto prolongación de la masa continental, como la plataforma continental, porque la estructura de la roca es la misma en la plataforma y en el talud. En cuanto a la emersión continental, Jennings estima que las cosas no son geológicamente tan claras, porque allí se mezclan elementos del continente y de los fondos abisales. Cree que aquí el Derecho no da una respuesta clara, señalando además que tardará mucho antes que éste llegue a ser un problema práctico.

Terminamos con la interesante idea de Jennings, la enumeración de las principales interpretaciones que conocemos dadas últimamente a la definición de la plataforma continental. Como podemos apreciar, ellas difieren considerablemente en cuanto al límite exterior de la plataforma. Esta incertidumbre ha hecho que en muchos círculos se haya pensado directamente en la revisión de la definición de 1958.

7. Las distintas propuestas de revisión van desde aquellas que quieren limitar a un minimum los límites de la plataforma, a aquellas que desean extenderlos al máximo posible.

Algunas de estas propuestas tienden a simplificar la definición, tomando como base únicamente el criterio batimétrico. Así, por ejemplo, el profesor Oda parece inclinarse por la profundidad de 550 metros, si se revisa la Convención. Señala que: "Debe pensarse cuidadosamente si la profundidad de 200 metros es un criterio apropiado para determinar la línea entre la plataforma continental bajo el control del Estado costero a las zonas de mar profundo fuera de ese control. Debe recordarse que la línea de 550 metros fue propuesta por la Delegación de Holanda en la Conferencia".³⁵

³⁵ *Towards a Better Use of the Ocean*, Stockholm, 1969, pág. 198

Otras de estas nuevas concepciones tienden, en primer lugar, a dejar de lado el criterio batimétrico y tomar distancias fijas desde las líneas de base del mar territorial. El profesor Juraj Andrassy, de la Universidad de Zagreb, sostiene que un límite horizontal de 30 millas sería aconsejable, porque corresponde a la media de anchura de la plataforma continental.³⁶ Estima que 50 millas sería demasiado generoso.

Otra teoría tiende a combinar los criterios de profundidad y distancia desde la costa. La "Commission to Study the Organization of Peace" ha recomendado que la Convención sea revisada estableciendo derechos nacionales de explotación sobre los recursos del fondo del mar hasta la línea de profundidad de 200 metros o 50 millas náuticas desde la costa, cualquiera esté más alejada de la costa.³⁷ Se sostiene que este criterio sería más equitativo para los Estados que tienen plataformas continentales angostas. La Comisión toma 200 metros de profundidad por considerarla la media del borde de la plataforma y 50 millas porque sería la media de la anchura desde la costa. Esta teoría es seguida por el profesor Aaron Danzig³⁸ y en el proyecto del tratado preparado por Elizabeth Mann Borgese³⁹ para el Center for the Study of Democratic Institutions sobre el régimen internacional para los usos pacíficos de la alta mar y el fondo del mar más allá de las jurisdicciones nacionales.

Un grupo del Massachusetts Institute of Technology,⁴⁰ dentro del mismo criterio general propone 24 millas o 200 metros de profundidad cualquiera sea mayor. La distancia de 24 millas se adopta para contentar a aquellos países que no poseen una extensa plataforma continental; es una cifra que se reconoce como arbitraria y punto de partida de una negociación.

El senador Clairborne Pell, del Senado de los Estados Unidos, una figura influyente en dicho órgano en materias vinculadas con el mar, ha preparado un proyecto de principios jurídicos que gobernarán las actividades de los Estados en la exploración y explotación del espacio oceánico. En la parte referente a los límites de la plataforma continental, define

³⁶ Elizabeth Mann Borgese, *The Ocean Regime*, pág. 26.

³⁷ *The U. N. and the Sea Bed*, Twenty First Report of the Commission to Study the Organization of Peace, pág. 12.

³⁸ Treaty governing the exploration and use of the sea bed. U. N. Committee of the World Peace through Law center, Aaron L. Danzig, Chairman, article 1, pág. 5.

³⁹ Elizabeth Mann Borgese, *The Ocean Regime*, págs. 10 y 26.

⁴⁰ *A Plan for Sequential Leasing of the Seabed*, M.I.T. Group, december 1968.

dicha plataforma, a los efectos de su declaración, como refiriéndose al suelo y al subsuelo del área submarina adyacente a la costa, pero fuera del área de mar territorial hasta una profundidad de 550 metros o una distancia de 50 millas, desde las líneas de base del mar territorial, cualquiera de los que suponga un área mayor de plataforma continental.⁴¹

El senador Pell ha variado considerablemente el criterio que sostuvo en una difundida propuesta anterior que fue considerada en la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado.⁴² En su anterior propuesta el senador Pell proponía definir la plataforma exclusivamente sobre base del criterio batimétrico de 600 metros de profundidad.⁴³

Un tercer criterio tiende a establecer, entre la zona de exclusiva jurisdicción nacional y la zona fuera de la jurisdicción nacional, una zona intermedia (*buffer zone*) con derechos preferenciales de los Estados costeros. Esta nueva idea para la revisión de la Convención de Ginebra tiene uno de sus principales abogados en el profesor Louis Henkin, de la Universidad de Columbia.

El esquema de Henkin se basa en la necesidad de tener plataformas continentales angostas, pues las amplias perjudican, a su entender, a la larga, las libertades de la alta mar. Se inclina por la línea de profundidad de 200 metros, acompañada de una distancia de X millas desde la costa, para satisfacer a aquellos Estados que no poseen prácticamente plataforma.

Pero, a fin de evitar argumentos basados en la seguridad nacional, pues pueden levantarse torres de explotación extranjera cerca de la costa, propone una zona intermedia de X millas, que estará regulada por las normas que se creen para explotar el fondo del mar fuera de las jurisdicciones nacionales, pero donde, sujeto a este régimen, sólo el Estado costero podrá explotar los recursos naturales.⁴⁴

Esta misma teoría de la zona intermedia es seguida en el importante informe llamado Stratton, que fue preparado para el Presidente de los Estados Unidos y el Congreso por una Comisión sobre Recursos, Ingeniería y Ciencia Marina, establecida por la Ley Pública 89-454 de junio

⁴¹ Este proyecto ha sido distribuido sin pie de imprenta.

⁴² *Hearing before the Committee on Foreign Relations*. U.S. Senate 90th Congress, 1st Session on S. J. Res. 111, S. Res. 172, S. Res. 186, 29 november 1967.

⁴³ 90th Congress, 1st Session, S. R. 186, pág. 15.

⁴⁴ Louis Henkin, *Law for the Sea's Mineral Resources*, págs. 42-48.

de 1966. Esta Comisión, designada por el Presidente, fue presidida por Julius A. Stratton, Presidente de la Fundación Ford e integrada por distintas personalidades.⁴⁵

La Comisión recomienda la revisión de la definición de la Convención de Ginebra debido a las incertidumbres que a su juicio presenta. Entre otras, llega a señalar que el acceso exclusivo del Estado ribereño a las riquezas naturales aun hasta la profundidad de 200 metros está en duda en aquellos lugares en que dicha profundidad se encuentra alejada de la costa, escapando así al criterio de adyacencia mencionado en la Convención.⁴⁶

El informe desecha de plano la interpretación basada exclusivamente en la explotabilidad, que lleva, a su entender, a la división de los océanos por la línea media.

También rechaza la interpretación del National Petroleum Council sobre la base de que no contempla adecuadamente los intereses de los Estados Unidos, porque aunque incorporaría a su patrimonio 479.000 millas cuadradas de fondo marino con posiblemente ricos depósitos, al mismo tiempo beneficiaría proporcionalmente más a otros Estados.

Según el informe, parece más seguro y preferible, para los intereses privados norteamericanos y de acuerdo a recientes expresiones, que exista un régimen internacional a uno nacional, pues aquél daría más garantías; además, la propuesta del National Petroleum Council supone una invitación, sobre todo después de lo sucedido posteriormente a la Declaración Truman, a que ciertos Estados se sientan justificados para reclamar las aguas suprayacentes, sus recursos y el espacio aéreo.

La Comisión, en definitiva, recomienda redefinir los límites de la plataforma continental en 200 m. de profundidad o 50 millas náuticas desde las líneas de base, según cual dé una mayor zona al Estado costero.

⁴⁵ *Our Nation and the Sea. A Plan of Action*. Report of the Commission on Marine Science, Engineering and Resources, January 1969, págs. 148-151.

⁴⁶ De este mismo criterio parece participar el prof. W. T. Burke. Ver *Towards a Better Use of the Ocean*, pág. 27, donde dice: "Primero, parece que nadie se ha percatado que la definición de la Convención puede ser leída de manera que la palabra "adyacente" califique ambas fórmulas alternativas que la siguen al definir la plataforma. En esta opinión el área fuera de una profundidad de 200 metros está sometida a ciertos derechos soberanos del Estado costero sólo en cuanto esta región es "adyacente" a dicho Estado. Si esta interpretación fuera aceptada y a menos que se quie a quitar todo significado a la palabra "adyacente", hay lugares en que parte de la región de 200 m. estará más allá de la jurisdicción costera. Todos aceptan la idea de que el criterio de explotabilidad está sujeto a la limitación de la adyacencia".

La línea deberá establecerse en coordenadas geográficas, de acuerdo a las mejores investigaciones batimétricas y no se alterará por cambios posteriores derivados de nuevas investigaciones o cambios en la costa.

Esta nueva definición es acompañada por la propuesta de crear una zona intermedia que comprende el suelo y el subsuelo de los fondos marinos profundos hasta la profundidad de 2.500 m. o hasta 100 millas náuticas desde la línea de base del mar territorial, según la que dé al Estado costero una superficie mayor para ejercer los derechos concedidos a dichos Estados en la zona intermedia. La Comisión eligió la isobata de 2.500 m. por ser el promedio de la profundidad de la base del talud continental y 100 millas por ser el promedio de la anchura de la plataforma continental más el talud continental, según su información. En el régimen propuesto por la Comisión sólo el Estado costero podrá tener acceso a los recursos naturales de la zona intermedia. Nadie podrá explorar o explotar dicha zona, salvo el Estado ribereño, pero sus pedidos deberán inscribirse en un Registro Internacional y la actividad deberá llevarse a cabo de acuerdo al régimen establecido.

Como puede apreciarse el esquema es similar al del profesor Henkin.

Esta preocupación no es, por supuesto, sólo de los Estados Unidos, sino de la gran mayoría de los miembros de la comunidad internacional, tal como ha quedado reflejado en los debates de la Comisión sobre Fondos Marinos de las Naciones Unidas. No se debe olvidar que fue la delegación de Malta, un país pequeño, la que presentó este apasionante tema a la Asamblea General.

¿Cuál es la situación en este momento? Hay acuerdo de que existe una zona de los fondos marinos que está situada fuera de la jurisdicción nacional de los Estados. Esto no es discutido y, por consiguiente, la teoría de la división queda descartada.

Por otra parte, parece también haber acuerdo que la jurisdicción nacional termina más allá de los 200 metros de profundidad. Esta norma está establecida en la Convención de 1958 y en el Derecho internacional consuetudinario, avalada por la práctica de los Estados.

La teoría de que la adyacencia juega también para la profundidad de 200 metros, no deja de ser un mero ejercicio teórico, no responde a la práctica de los Estados que han proclamado sistemáticamente, en su gran mayoría, sus derechos de soberanía sobre la plataforma continental hasta 200 metros sin haber sido contestada. La variación de la fórmula de 200 metros, por otra parte, modificaría situaciones ya existentes, firmemente afianzadas.

8. Además de los elementos que acabamos de señalar debe destacarse que esta definición de plataforma continental de 1958 deja de lado la noción geológica de este fenómeno. La Comisión de Derecho Internacional explica las razones así:⁴⁷

"5) El sentido en que se toma la expresión 'plataforma continental' se separa en cierto modo de su noción geológica. La diversidad misma de las acepciones que dan los hombres de ciencia a esa expresión se oponen a que la noción geológica sea tomada como base para la reglamentación jurídica de este problema".

"6) Hay aún otra razón que ha llevado a la Comisión a no atenerse estrictamente a la noción geológica de la plataforma continental. El hecho de que la existencia de una plataforma continental, en el sentido geológico, pudiera ser puesta en duda respecto de regiones submarinas, donde, sin embargo, la profundidad del mar permitiera la explotación del subsuelo de la misma manera que si hubiese una plataforma continental, no ha de poder justificar que se aplique un régimen discriminatorio a esas regiones".

"7) Acudiendo hasta un cierto punto a los elementos geográficos para construir la definición jurídica de la expresión 'plataforma continental', la Comisión no quiere por consiguiente afirmar que para que se puedan ejercer los derechos del Estado ribereño, tales como están definidos en estos artículos, es indispensable que exista una plataforma continental que presente la configuración geográfica que se le atribuye en general. Si, por ejemplo, como en el Golfo Pérsico, las regiones submarinas no alcanzan en ninguna parte la profundidad de 200 metros, este hecho no tiene consecuencia alguna para el objeto del presente artículo. Por otra parte, una explotación de una región submarina a una profundidad superior a 200 metros no es contraria a las presentes reglas por el hecho de que no se trate de una 'plataforma continental' en el sentido geológico".

"8) En los casos especiales en los que regiones inmersas a una profundidad inferior a 200 metros y situadas a una cierta proximidad a la costa están separadas de la parte de la plataforma continental adyacente a la costa por un canal estrecho de una profundidad superior a 200 metros, esas zonas de poca profundidad podrán ser consideradas como adyacentes a la parte de la plataforma de que se trate. El Estado que invoque esta excepción es el que tendrá que

⁴⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956, vol. II, pág. 293.

pedir una modificación equitativa de la regla general. En caso de desacuerdo, será preciso determinar, por medio del arbitraje, si la regla formulada es aplicable a tal o cual zona submarina de poca profundidad”.

Con referencia a este último punto debe recordarse que en el Mar del Norte se ha aceptado por acuerdos especiales que Noruega extienda su plataforma continental hasta las líneas de equidistancia, a pesar de que existe a pocas millas de la costa una profunda zanja de más de doscientos metros de profundidad.

9. El artículo 2º de la Convención se refiere a la naturaleza y objeto de los derechos que goza el Estado costero sobre la plataforma continental. El inciso 1º dispone: “El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales”. Mucho se discutió en Ginebra si debía usarse “jurisdicción y control” como en la proclamación Truman o “soberanía”, prefiriéndose esta última. Pero esta soberanía está restringida a la exploración y explotación de los recursos naturales, no se extiende a otras áreas. La Convención define en el inciso 4º que se entiende por “recursos naturales” los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y del subsuelo. Agrega: “Dicha expresión comprende, asimismo, los organismos vivos, pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el periodo de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo, o sólo pueden moverse en contacto físico con dicho lecho y subsuelo”. Aquí también hubo cambios en la redacción, en el curso de la discusión en la Comisión de Derecho Internacional que incluyó las pesquerías sedentarias en 1953, pero estableciendo que los derechos existentes de los nacionales de otros Estados serían respetados, lo que fue luego suprimido al aprobarse la Convención. El artículo 2º, inciso 4º, leído en el contexto de todas las convenciones del derecho del mar, establece implícitamente una distinción entre peces sedentarios y peces móviles; la pesca de estos últimos regidos por la Convención sobre la Alta Mar y la Convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos del mar. Pero debe distinguirse entre aquellas especies como las esponjas y los corales que son siempre sedentarios y las ostras, los langostinos, los cangrejos, etc., que tienen un periodo de vida natatorio y luego se vuelven sedentarios. Al incluir en el artículo la frase “aquellos que en el periodo de explotación están inmóviles en el lecho del mar o su subsuelo”, se ha sometido al régimen de la Convención sobre la plataforma continental a este último

tipo de especies. A raíz de la interpretación divergente de este artículo con respecto a la pesca de la langosta en la plataforma adyacente a las costas del Brasil, se suscitó la llamada "guerra de las langostas", en 1963, entre Francia y Brasil, por la captura de pesqueros en dicha zona. La invitación francesa de someter el asunto al arbitraje no fue aceptada por Brasil.

Los derechos de soberanía sobre la plataforma son "exclusivos", según el inciso 2º del artículo 2º, "en el sentido de que si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota los recursos naturales de ésta, nadie podrá emprender estas actividades o reivindicar la plataforma continental sin expreso consentimiento de dicho Estado". Además, conforme con el inciso 3º, dichos derechos "son independientes de su ocupación real o ficticia, así como de toda declaración expresa".

10. La extensión de la soberanía del Estado costero, a los efectos de la exploración y la explotación de la plataforma continental, con el objeto de asegurarle derechos "exclusivos", fue limitada por la Convención de 1968, en algunos aspectos.

En primer lugar, se preservó la condición de alta mar de las aguas suprayacentes. El artículo 3º dispone: "Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectará al régimen de las aguas suprayacentes como alta mar, ni del espacio aéreo situado sobre dichas aguas". Este artículo no concuerda con lo establecido en el decreto argentino nº 14.703, del 9 de octubre de 1946, ya citado, por el que se extendió la soberanía argentina al mar epicontinental y la plataforma continental.

En segundo lugar, el artículo 4º prohíbe al Estado ribereño "Impedir el tendido ni la conservación de cables o tuberías submarinas en la plataforma continental", salvo las medidas razonables que se puedan tomar para su exploración y explotación.

En tercer lugar, la Convención preservó la libertad de navegación, de pesca, de investigación científica y la conservación de los recursos vivos. Dice el artículo 5º. "La exploración de la plataforma continental y la explotación de sus recursos naturales, no deben causar un entorpecimiento injustificado de la navegación, la pesca o la conservación de los recursos vivos del mar, ni entorpecer las investigaciones oceanográficas fundamentales u otras investigaciones científicas, que se realicen con intención de publicar los resultados".

La Convención permite en el artículo 5º, incisos 2º y 3º, el establecimiento de zonas de seguridad de hasta 500 m. alrededor de las instala-

ciones y dispositivos que el Estado ribereño construya en la plataforma continental, para su protección, zonas que deberán ser respetadas por los buques de todas nacionalidades. A las instalaciones no se les asigna, según el inciso 4º, la condición jurídica de islas y por ello no podrán tener mar territorial propio y no afectarán la delimitación del mar territorial del Estado ribereño; no podrán erguirse, conforme con los incisos 6º y 5º, en zonas que puedan entorpecer a la navegación internacional en las rutas marítimas ordinarias y su erección será debidamente notificada y señalada su presencia por medios permanentes. Asimismo, el Estado costero, conforme con el inciso 7º, deberá tomar las medidas adecuadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos.

En cuarto lugar, los derechos "exclusivos" del Estado costero en la plataforma están limitados en cuanto a la investigación, que si bien no podrá efectuarse sin consentimiento del Estado ribereño, tampoco éste puede negarlo normalmente según el inciso 8º del artículo 5º de la Convención, si se trata de instituciones competentes, se publiquen los resultados obtenidos, se trate de investigaciones puramente científicas y pueda participar, si lo desea, el Estado ribereño.

El artículo 7º de la Convención establece que las disposiciones de la misma no menoscabarán el derecho, ya reconocido, por otra parte, por el derecho internacional consuetudinario, de explotar el subsuelo mediante túneles, a cualquier profundidad. En varios países, como Chile y Gran Bretaña, se realizan estas explotaciones mineras, por túneles que comienzan en el continente.

11. La Convención prevé un sistema de delimitación de la plataforma continental entre Estados cuyas costas están situadas una frente a otra, o sea adyacente al territorio de dos Estados limítrofes. En ambos casos, conforme con el artículo 6º, la delimitación se hará por acuerdo entre ellos. Si esto no es posible "y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación", la delimitación se efectuará siguiendo el principio de la equidistancia de los puntos más próximos de las líneas de base, desde donde se mide el mar territorial.

La delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte dio lugar a una controversia entre la República Federal de Alemania, por una parte y Holanda y Dinamarca, por la otra, que fue sometida a la Corte Internacional de Justicia en 1967, que dictó su fallo en 1969.⁴⁸

⁴⁸ I.C.J., *Reports*, 1969, pág. 4.

La Corte rechazó el argumento de Holanda y Dinamarca de que la delimitación debía hacerse conforme con el principio de la equidistancia, tal como está establecido en el artículo 6º de la Convención sobre la Plataforma Continental, porque la República Federal no había ratificado la Convención y porque el mencionado principio no se deriva de los derechos del Estado costero a la plataforma, ni del derecho internacional consuetudinario. También rechazó la Corte la tesis alemana que debía aplicarse al principio de la repartición de la plataforma en forma justa y equitativa; dijo la Corte que su adopción contrariaría la más fundamental de todas las normas referentes a la plataforma continental, esto es, que los derechos del Estado costero sobre el área de la plataforma continental, que constituye una prolongación natural de su territorio terrestre, existe *ipso facto* y *ab initio* en virtud de la soberanía sobre la tierra, como un derecho inherente y, en consecuencia, para ejercer estos derechos no se necesita ningún acto jurídico especial. Luego, dividir la plataforma como si fuera un área no delimitada, es contrario a las razones de los títulos del Estado costero a la plataforma. No es una cuestión de repartir las áreas correspondientes a cada Estado, sino de delimitarlas. Como las partes habían solicitado a la Corte que señalara los principios y normas de derecho internacional aplicables para llevar a cabo la delimitación de la plataforma sobre las bases que aquél indicara, el Tribunal manifestó que los límites deberían ser establecidos por acuerdos negociados entre las partes, teniendo en cuenta ciertos factores que considerarían los principios de la equidad. Así, por ejemplo, el método de la equidistancia daría lugar a soluciones contrarias a la equidad, en razón de la concavidad de la costa alemana. La Corte rechazó el argumento de la existencia de "circunstancias especiales", al caso. Entre los factores a tomarse en consideración podrían incluirse: la configuración general de las costas de las partes, así como la presencia de cualquier fenómeno especial o inusual; la configuración geológica y los recursos naturales de la plataforma; la proporcionalidad entre la extensión de la plataforma continental y de las costas, medidas en su dirección general; los efectos de la delimitación en otras delimitaciones de la región. Sobre la base de estos factores, se llegó luego a un acuerdo entre las partes para la delimitación.

En junio de 1977 se conoció un importante laudo sobre la delimitación de la plataforma continental entre el Reino Unido y Francia en el canal de la Mancha y la zona que continúa hacia el oeste. Se estableció un tribunal arbitral, compuesto de cuatro juristas europeos y un norteamericano, al que se le solicitó que, de acuerdo con el derecho internacional,

estableciera la delimitación entre la plataforma continental del Reino Unido y las islas británicas del canal ("Channel Islands") y la de Francia, hacia el oeste del meridiano de 30 minutos oeste de Greenwich, hasta isobata de 1.000 metros; sin prejuzgar, por la elección de dicha isobata, sobre la posición de cada gobierno sobre el límite exterior de la plataforma continental.

La controversia se centraba en dos áreas principales. En el Golfo Bretón-Normando, también llamado Golfo de Saint-Malo, donde están situadas las islas británicas de Versey, Guernsey, Sark, Casquets y Alderney, el Reino Unido pretendía que la delimitación debería ser la línea equidistante entre las islas británicas mencionadas y la costa francesa, dejando la mayoría de la plataforma en el Canal de la Mancha a Gran Bretaña; Francia, por su parte, sostuvo que el límite debería correr por la línea equidistante entre la costa francesa e Inglaterra y que las islas no deberían tener más que una franja de seis millas de plataforma, en el lado de las islas que enfrentaba el Canal de la Mancha. De acuerdo con la posición francesa, las islas británicas del golfo bretón-normando, serían prácticamente enclaves en la plataforma continental francesa.

La otra zona de controversia era más hacia el mar abierto, al oeste del Canal de la Mancha en los llamados "Western approaches". La posición británica aplicaba el principio de equidistancia entre ambas costas utilizando las islas Scillies, sobre el lado inglés y la Ouessant, sobre el lado francés. Por su parte, Francia trazaba el límite como una bisectriz de la dirección general de ambas costas.

En cuanto al derecho, Francia mantuvo que no le era aplicable el artículo 6º de la Convención de Ginebra de 1958, en virtud de las reservas hechas al tiempo de la adhesión y que la controversia, en consecuencia, estaba regida por las normas de derecho consuetudinario, tal como se había establecido en los casos de la plataforma continental del Mar del Norte, es decir por el principio de la prolongación natural y la equidad. Si el Tribunal entendía que el artículo 6º era aplicable, Francia sostuvo que, en la alternativa, debía desecharse el método de la equidistancia y reconocer la existencia de "circunstancias especiales" en el caso.

A su vez, Gran Bretaña, por el contrario, arguyó que el artículo 6º era aplicable porque las reservas francesas no eran jurídicamente tales; en consecuencia, la carga de la prueba de que se trataba de "circunstancias especiales" correspondía a Francia. Para el Reino Unido, la plataforma continental objeto de la controversia debía dividirse por la equi-

distancia, medida desde los puntos de base desde los que se mide el mar territorial. Si el artículo 6º no era aplicable, el límite debería dejar a cada Estado la parte correspondiente de la prolongación natural de su territorio en la plataforma, sin interferir en la prolongación natural del otro; como la plataforma en controversia era desde el punto de vista geológico continua entre las dos costas, debía ser dividida por una línea equidistante. Como última alternativa el Reino Unido sostuvo que si la Corte encontraba que existía discontinuidad en la estructura geológica de la plataforma, el límite debería dejar a cada Estado la parte de la plataforma que constituyera la prolongación natural de su territorio.

En cuanto a la ley aplicable, el Tribunal estableció que la Convención de 1958 estaba vigente entre las partes y que las reservas francesas eran válidas. En consecuencia, el artículo 6º no era aplicable entre Francia y el Reino Unido, en los puntos que habían sido objeto de la reserva. Esto significaba la aplicación de las normas consuetudinarias en la zona de las islas británicas del Canal y el artículo 6º en el resto del área de la controversia, aunque en la práctica el Tribunal reconoció que las normas consuetudinarias, en las circunstancias del caso, llevaban a los mismos resultados que la aplicación del artículo 6º.

En una interpretación de gran importancia, el Tribunal sostuvo que el artículo 6º no contenía dos normas, una sobre la base del principio de la equidistancia y la otra sobre circunstancias especiales, sino una norma combinada, cuyo propósito final es que la plataforma continental sea dividida conforme con principios de equidad. Agregó el Tribunal que son las circunstancias geográficas las que indican la necesidad de aplicar la regla de la equidistancia y no "calidad inherente" de la norma.

La delimitación se efectuó de la manera que sigue. En cuanto a las islas británicas en el Golfo Bretón-Normando el Tribunal sostuvo que su presencia alteraba la igualdad de circunstancias geográficas existentes entre las partes y creaba una desigualdad que hacía necesario utilizar un método de delimitación que restaurara dicha igualdad. Por otra parte, la Corte también estimó necesario considerar el tamaño del territorio, la población, la economía de las islas, la defensa de la navegación y razones de seguridad. El Tribunal decidió como límite principal la línea equidistante entre los frentes costeros de ambos Estados. Otra línea se estableció en la plataforma francesa, entre la de equidistancia principal y la cara norte de las islas, a doce millas de las mismas; en la cara sur de las islas, no se decidió ninguna línea, porque el Tribunal entendió que ella sería la

misma que el límite del mar territorial, sobre la que no estaba facultado a laudar. En síntesis, las islas británicas quedaron con una plataforma, enclavada en la plataforma francesa y con doce millas de extensión en sus frentes norte y oeste y sin definición al sur.

Sobre los "Western approaches", el Tribunal decidió que se aplicaba el artículo 6º, inciso 1º, de la Convención de Ginebra, por tratarse más bien de costas situadas una frente a otra, que una a continuación de la otra; sin embargo, la norma y el método de delimitación de los dos párrafos son los mismos y "el carácter equitativo de la delimitación resulta no de designación de la situación como una de Estados opuestos, sino de verdadero carácter continental". En consecuencia, siguió como principio general la equidistancia. Con relación a las islas Scillies, el Tribunal puso en evidencia que la proyección de estas islas constituía una distorsión que señalaba la existencia de "circunstancias especiales" y por ello se decidió, teniendo en cuenta que la distancia de las Scillies hasta Inglaterra era el doble que de la isla Ouessant a Francia, adoptar una línea que diera a aquéllas la mitad del efecto distorsivo que tenían sobre la equidistancia. La tesis francesa de la bisectriz como método de delimitación en los "Western approaches" fue desechada por el Tribunal.

12. La ley 17.094, del 29 de diciembre de 1966, con referencia a la plataforma continental argentina, repite, en su artículo 2º, la definición de la Convención de 1958, y dice: "La soberanía de la Nación Argentina se extiende asimismo al lecho del mar y al subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de doscientos metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas".

La ley 14.773 sobre nacionalización de yacimientos de hidrocarburos establece en su artículo 1º entre los bienes exclusivos de la República "los de su plataforma submarina".

La ley 20.489, del 23 de mayo de 1973, sobre investigaciones científicas y técnicas de personas físicas o jurídicas extranjeras u organismos internacionales, se refiere a las que se realicen en "aguas sujetas a la soberanía nacional y en el lecho y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes al territorio argentino hasta una profundidad de 200 m., o, más allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dicha zona", no utiliza en el artículo 1º transcripto la expresión: "plataforma continen-

tal", aunque si lo hace el mensaje al Poder Ejecutivo de los ministros. Dichas actividades de investigación no podrán realizarse sin el permiso previo del Poder Ejecutivo Nacional, que será otorgado por el Comando en Jefe de la Armada.

En los recientes debates que han tenido lugar en Naciones Unidas la delegación argentina ha sostenido que los Estados ribereños tienen "derechos de soberanía sobre la totalidad del territorio continental sumergido, esto es hasta el borde inferior de la emersión continental".⁴⁹ Es decir, hasta donde comienzan las llanuras abisales.

Esta misma posición fue adoptada por el Comité Jurídico Interamericano, en febrero de 1973, en su informe al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos.

VIII. FONDOS MARITIMOS Y OCEANICOS

94a. NOCIONES GENERALES. — Al adoptar, en 1956, su proyecto de artículos que luego fueron base de las Convenciones de Ginebra de 1958, la Comisión de Derecho Internacional incluyó, con referencia a lo que hoy es el artículo 2º de la Convención sobre la Alta Mar, lo siguiente en cuanto a las libertades del mar: "La Comisión no ha mencionado la libertad de explorar y de explotar el subsuelo de la alta mar. Ha considerado que, salvo cuando se trate de la exploración y explotación del subsuelo de una plataforma continental (caso de que se ocupa la Sección III),⁵⁰ esta explotación no tiene una importancia práctica que justifique una reglamentación especial".⁵¹

Esta situación práctica, por la que se estimó innecesario mencionar siquiera el sistema jurídico de libertad de exploración y explotación de los fondos marinos, más allá de la plataforma continental, ha variado considerablemente en las últimas dos décadas.

A las tradicionales explotaciones de perlas, esponjas, corales, etc., debe destacarse, en primer lugar, las mejoras en las técnicas para la extracción del petróleo. Desde el primer descubrimiento significativo de petróleo, en 1947, a once millas de la costa de Louisiana, en Estados Unidos, muchos países han comenzado a explorar y explotar el subsuelo

⁴⁹ Ernesto de la Guardia, *La Nación*, 12 de agosto de 1972, pág. 2.

⁵⁰ Hoy Convención sobre la Plataforma Continental.

⁵¹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1956, vol. II, pág. 274.

marino, en busca de hidrocarburos, aumentando paulatinamente su proporción, sobre la producción total. En 1976 se explotaba comercialmente pozos a una profundidad de alrededor de 200 m., y se espera llegar a 300 ó 400 m. en tres o cinco años y a 1.500 y 2.000 m. en una década. El barco "Glomar Challenger" hizo perforaciones en el golfo de México a 3.572 m. de profundidad de agua y cerca de 150 m. por debajo del fondo.

Además del petróleo, se están perfeccionando las técnicas para la explotación de fondos abismales de lodos metalíferos, fosforita y particularmente nódulos de manganeso, ricos en cobre, níquel y cobalto. Es el comienzo de una nueva tecnología, que progresará aceleradamente en la medida en que se adapten sistemas adecuados al medio marino.

Este nuevo panorama, revierte la actitud jurídicamente pasiva de la Comisión de Derecho Internacional en 1958, estimándose necesario la clarificación o el establecimiento de otras normas jurídicas para enfrentar la nueva situación en los fondos marinos.

1. En 1967, a iniciativa de Malta, se incluyó en el temario de la Asamblea General el examen de la "Cuestión de la reserva exclusiva para fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos y de su subsuelo en alta mar fuera de los límites de la jurisdicción nacional actual y del empleo de sus recursos en beneficio de la humanidad", que fue considerado con gran interés, creándose por Resolución 2340 (XXII) un "Comité Especial encargado de estudiar la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción nacional", que reconoció en su Informe²² la existencia de una zona de los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional, lo que supone el rechazo de una interpretación amplia de la segunda parte de la definición sobre plataforma continental del artículo 1º de la Convención de 1958 y que dicha zona debía "utilizarse exclusivamente con fines pacíficos".

En 1968, la Asamblea General aprobó la Resolución 2467 (XXIII), que reemplazó el Comité existente por una "Comisión sobre la utilización con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción nacional".

La labor de esta Comisión ha sido sumamente intensa y el principal documento que ha elaborado, hasta ahora, es la "Declaración de principios que regulan los fondos marinos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional", que aprobara la Asamblea General por Resolu-

²² A/7.230, pág. 51.

ción 2749 (XXV), en 1970, por 108 votos a favor, ninguno en contra y 14 abstenciones, lo que da una idea del apoyo obtenido. El documento tiene 15 artículos.

2. Comienza declarando, en el artículo 1º que los fondos en cuestión, así como los recursos del área, son "patrimonio común de la humanidad"; concepto, cuyo significado jurídico, puede deducirse de los derechos reconocidos en la Declaración.

El área de los fondos marinos y oceánicos más allá de la jurisdicción nacional, no podrá ser objeto de apropiación por Estados o personas, ni se reconocerán derechos que sean incompatibles con el régimen internacional a establecerse en la zona (arts. 2º y 3º) y todas las actividades relacionadas con la exploración y explotación de la misma se regirán por dicho régimen, cuando se establezca (art. 4º).

La zona estará abierta a la utilización exclusivamente para fines pacíficos por todos los Estados, ribereños o sin litoral, sin discriminación, ajustándose al régimen internacional que se establezca (art. 5º). Las actividades se realizarán conforme con las normas y principios del Derecho Internacional (art. 6º), en beneficio de toda la humanidad y teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo (art. 7º). La zona quedará reservada exclusivamente para fines pacíficos, sin perjuicio de las medidas que se puedan adoptar dentro de las negociaciones del desarme (art. 8º).

Los Estados fomentarán la cooperación internacional en la investigación científica con fines exclusivamente pacíficos, sin que ello implique fundamento jurídico de reclamaciones (art. 10); tomarán las medidas apropiadas para la adopción y aplicación de normas, reglas y procedimientos apropiados y colaborarán para impedir la contaminación y otros peligros para el medio marino, proteger y conservar los recursos naturales de la zona y prevenir daños a la flora y fauna del medio marino (art. 11).

Las actividades se llevarán a cabo en la zona con el debido respeto de los legítimos intereses y derechos de los Estados ribereños y de los demás Estados que puedan verse afectados por las mismas, a tal efecto se celebrarán consultas para evitar la vulneración de tales derechos o intereses (art. 12) y los Estados que realicen actividades serán responsables que las mismas se conformen con el régimen que se establezca. Los daños causados entrañan responsabilidad (art. 14).

Estos principios constituyen la base de un tratado internacional de carácter universal a celebrarse, que establecerá el régimen internacional aplicable a la zona, incluyendo un mecanismo internacional apropiado para hacer efectivas sus disposiciones (art. 9º).

Las partes en una controversia que provoque la realización de actividades en la zona deberán resolverla por medios pacíficos enumerados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas o por el régimen que se establezca (art. 15).

Ninguna de las disposiciones de la Declaración, conforme con el artículo 13, afectará el estatuto jurídico de las aguas suprayacentes de la zona, ni del espacio aéreo situado sobre esas aguas, ni afectará los derechos de los Estados ribereños a la adopción de medidas para prevenir o eliminar los peligros para sus costas o intereses conexos derivados de la contaminación o la amenaza de la misma, o de otros efectos peligrosos.

En este mismo periodo de sesiones, la Asamblea General resolvió convocar la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar en 1973, que luego fue postergada para 1974 y que aún continúa a mediados de 1977.

3. La Conferencia del Comité del Desarme elaboró en 1970 el texto del "Tratado sobre la prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo",⁹³ que quedó abierto a la firma. Por este instrumento se prohíbe emplazar en los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo armas nucleares o de otro tipo de destrucción masiva, más allá de 12 millas contadas conforme con las líneas de base reconocidas en la Convención sobre mar territorial y el derecho internacional.

IX. LOS RÍOS

95. NOCIONES GENERALES. — Los ríos presentan tres problemas en el derecho internacional, que se refieren a la soberanía, a la navegación y a la utilización de sus aguas para producir fuerza hidráulica, para proveer a la irrigación o para otros usos industriales.

1. A fin de examinar estos problemas, conviene indicar desde ya que en la doctrina los ríos se clasifican en dos especies: *a*) ríos nacionales, que son aquellos cuyo curso se desarrolla íntegramente en territorio de un solo Estado; *b*) ríos internacionales, que son los que separan a dos Estados o bien atraviesan sucesivamente a dos o más.

⁹³ Vid. Ruda, José María. *Instrumentos Internacionales*, pág. 707.

Existen otras dos especies de rios como consecuencia de tratados colectivos concertados con el objeto de asegurar la libertad de navegación en ciertas situaciones excepcionales: a) los rios "internacionalizados", es decir, los que han sido sometidos a un régimen de gobierno y administración encomendado de modo permanente a una comisión internacional; b) las "vías navegables de interés internacional", especie creada entre los Estados que son parte en la convención y estatuto de Barcelona del 20 de abril de 1921 para asegurar la libre navegación, no solamente de los rios internacionales, sino también de los cursos o caudales de agua (comprendiendo canales, lagos y lagunas) que, siendo naturalmente navegables hacia el mar o desde el mar, se hallan en territorio de un solo Estado y comunican entre sí rios internacionales naturalmente navegables.

2. Es obvio que los problemas arriba señalados —la soberanía, la navegación y la utilización de las aguas— no se plantean en los rios nacionales. Estos se hallan bajo la soberanía del Estado local; en consecuencia, él puede reservarse la navegación y la utilización de sus aguas, y puede concederlas a terceros en la medida y condiciones que estime conveniente. El estudio de los tres problemas mencionados debe concretarse, pues, a los rios que no son nacionales.

96. LA SOBERANIA. — El curso de un rio, siendo una barrera natural, ha servido desde antiguo como limite entre dos Estados vecinos; mas pronto fue menester reglar en él la navegación y la pesca, es decir, ejercer a ese respecto la soberanía en el cauce de las aguas. Distintas soluciones se han adoptado sobre el particular, ya fuere por obra de la costumbre o de los tratados: son ellas la soberanía ejercida exclusivamente por uno de los Estados ribereños, o el condominio por ambos, o la partición entre uno y otro.

1. La partición se hizo al comienzo siguiendo la *línea media del cauce*, esto es, la equidistante de ambas márgenes. Esta fórmula presentaba inconvenientes del punto de vista de la navegación, que es el asunto más importante: si el canal navegable de modo principal corria siempre cercano a la costa de uno de los Estados ribereños, el control de la navegación más considerable quedaba en manos de un solo Estado; y cuando dicho canal era sinuoso, aquel control veíase fraccionado en secciones sucesivas. Por tales motivos, desde comienzos del siglo XIX se ha preferido distinguir dos situaciones con relación a la línea divisoria: a) en los rios navegables, puesto que se desea acordar a ambos ribereños un

derecho igual a la navegación, la línea divisoria es el *Thalweg*,³⁴ es decir, el canal por el que descienden aguas abajo los buques de mayor calado, que es asimismo la corriente más poderosa del río, o dicho de modo más preciso la línea imaginaria formada en el lecho del canal uniendo los puntos de sondeo más profundos; b) en los ríos que no son navegables se adopta como divisoria la *línea media del cauce*, porque se trata de dividir un caudal de agua a los efectos solamente de explotar la pesca o de utilizarlo en la irrigación o en la producción de fuerza motriz.³⁵

La soberanía en las islas existentes en los ríos se determina —salvo estipulación o título posesorio en contrario— según que se hallen situadas a un lado u otro de la línea divisoria establecida para el cauce del río.

³⁴ La palabra *Thalweg*, de origen germánico y equivalente a la española "vaguada", se ha generalizado en la terminología jurídica.

Sin embargo, los autores de lengua inglesa emplean a veces otras expresiones: *middle of the channel*, o *middle of the stream* o *mid-channel of the river*. Debe advertirse, para evitar confusiones, que todas ellas son equivalentes y expresan el mismo concepto que la palabra *Thalweg* (Halleck, *Int. Law Baker's edit.*, I, 171; Oppenheim-Lauterpacht, *Int. Law*, I, 415). La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dicho que "el término *middle of the stream* aplicado a un río navegable, significa lo mismo que *middle of the channel of such stream*" ("Iowa v. Illinois", 1893, 147 U.S. 1).

En el art. 30 de los tratados de paz de Versalles, Saint Germain, Neuilly y Trianon, de 1919, se estableció que en el caso de límites definidos por un curso de agua, los vocablos "curso" y "canal" significan: 1º en el caso de un río no navegable, la línea media del curso de agua o de su brazo principal; 2º en el caso de un río navegable, la línea media del canal principal.

³⁵ El protocolo Sáenz Peña-Ramírez, suscripto entre la República Argentina y Uruguay el 5 de enero de 1910 y otros instrumentos ya mencionados declaraban que "la navegación y el uso del Río de la Plata continuarán sin alteración como hasta el presente" y que cualquier diferencia que con ese motivo pueda surgir será allanada con espíritu de cordialidad y armonía. Por su parte, el gobierno británico ha expresado en 1908 y 1927 que el Río de la Plata debe ser considerado como una bahía y por lo tanto que la República Argentina y Uruguay ejercen soberanía en una franja de tres millas adyacente a sus respectivas costas y el resto debe ser considerado "mar libre". El gobierno argentino ha rechazado esas tesis. Para demostrar que es infundada bastaría recordar que el Río de la Plata, poco profundo y obstruido por grandes bancos, no es navegable por buques de ultramar sino pasando por determinados canales, situados más allá de tres millas de las costas, que el gobierno argentino ha habilitado con profundidad suficiente desde hace mucho más de medio siglo, manteniéndolos expeditos y señalados con boyas luminosas, y los buques que navegan por ellos, sin distinción de nacionalidad, pagan tasas en retribución de esos servicios, lo que importa reconocer el ejercicio constante de la soberanía argentina en esos lugares. Como hemos explicado más arriba, *supra* núm. 85-5, el Río de la Plata quedó dividido entre Argentina y Uruguay por el Tratado del 19 de noviembre de 1973. Su límite exterior había sido establecido en la Declaración conjunta de los dos países del 30 de enero de 1971, que fue protestada por algunos países europeos, entre otros Gran Bretaña.

Debe recordarse que en el Tratado de Límites del Río Uruguay, de 1961,** se estableció un sistema especial de división de islas, diferente del que divide las aguas, quedando ciertas islas uruguayas rodeadas de aguas argentinas.

En cuanto a los puentes tendidos en un río limítrofe, se adopta generalmente como divisoria de la soberanía la línea perpendicular al límite en el río.

2. El ejercicio de la soberanía en los ríos comprende las aguas, el lecho, el subsuelo y el espacio aéreo correspondientes.

Ese ejercicio comporta los siguientes derechos: a) el derecho de jurisdicción y su accesorio el derecho de policía, o en otros términos la facultad de legislar con respecto a ellos y la de hacer cumplir esas disposiciones mediante los propios órganos administrativos o judiciales; b) el derecho de uso, que se desdobra en el derecho de navegación y aeronavegación, y el derecho de explotación y utilización de las aguas, el lecho y el subsuelo.

97. LA NAVEGACIÓN. — La evolución operada desde fines del siglo XVIII, en lo referente a la navegación de los ríos internacionales, indica que se han conciliado en parte los factores en juego, que son los intereses de los Estados ribereños y los de la comunidad internacional; reaccionándose contra el exclusivismo de los ribereños, que sólo admitían el derecho de navegación para sus buques en la parte correspondiente a sus respectivas costas, y a veces era monopolio del Estado que poseía la desembocadura.

Sería erróneo, sin embargo, aseverar que en la época actual exista un régimen internacional de libre navegación comercial inherente a todos los ríos internacionales. Las soluciones alcanzadas resultan de estipulaciones contractuales o bien de actos unilaterales emergentes de los Estados ribereños; tanto unas como otros son hechos que provienen de condiciones peculiares creadas por la geografía y la historia más que por la doctrina de los autores.³⁶

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 755-759.

³⁶ En el siglo XVII, cuando no regía otra regla, en cuanto a la navegación de los ríos, que la exclusividad para cada ribereño, Grocio enunciaba una norma genérica y elástica sosteniendo que era menester fuesen abiertos "a los que tienen necesidad de pasar por causas legítimas" porque "la propiedad ha podido ser introducida bajo reserva de un uso semejante, útil para los que se sirven de él y no perjudicial para los que lo permiten" (*De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. II, §§ 12 y 13). A comienzos del siglo XIX, cuando en la práctica se abría camino la libertad de navegación para todos los ribereños, Klüber sostenía

1. La libertad de navegación comenzó a establecerse para los ribereños. El paso inicial fue dado por la Revolución Francesa, teniendo en mira a los ríos Escalda y Mosa. En 1792, la Revolución enunció, en nombre del Derecho Natural, que los ríos "son propiedad común e inalienable de todas las comarcas regadas por sus aguas" y que un Estado no podría impedir a los ribereños de la cuenca superior gozar de los mismos beneficios; poco después, dominadas las Provincias Unidas, Francia suscribió con éstas el Tratado de La Haya de 1795, que estableció la libertad de navegación, para ambos países, en cuanto al Rhin, el Mosa, el Escalda y sus afluentes.⁵⁷

2. La libertad de navegación para todas las banderas apareció veinte años más tarde. Caído Napoleón, en la paz de París de 1814 se estipuló, en cuanto al Rhin, que la navegación de este río "desde el punto en que se torna navegable hasta el mar y reciprocamente sería libre, de tal manera que no pueda ser prohibida a nadie, y un futuro congreso se ocupará de los principios según los cuales se podrán reglar los derechos que han de percibirse por los Estados ribereños de la manera más igual y favorable para el comercio de todas las naciones"; y se agregó que en el referido futuro congreso se examinaría y resolvería la manera cómo la norma que antecede podría hacerse extensiva a todos los demás ríos cuyas aguas navegables separan o atraviesan a distintos Estados. El Congreso de Viena de 1815 adoptó, en consecuencia, en el Acta del 9 de junio una serie de estipulaciones (arts. 108 a 116), estableciendo que "las potencias cuyos Estados están separados o atravesados por un mismo río navegable se comprometen a reglar de común acuerdo todo lo referente a la navegación de ese río", a cuyo efecto se convino,

que debía privar la soberanía del Estado local (*Droit des gens*, § 76). Entretanto, en la doctrina se presentan nuevas orientaciones, fundadas en argumentos diversos; sería demasiado prolijo examinarlas y, más aún, resultaría innecesario, ya que los acontecimientos fueron dando, en cierta medida, soluciones en el derecho internacional positivo.

⁵⁷ En aquella época, los Estados Unidos reivindicaban el derecho a navegar en el Mississippi de igual modo que España, poseedora de la desembocadura del río. En 1795, por el tratado de San Lorenzo el Real, se puso término a la cuestión, reconociendo España aquel derecho a los Estados Unidos.

Anteriormente Francia, siendo dueña de la desembocadura del Mississippi, había reconocido a Inglaterra, por el tratado de París de 1763, derecho a navegar en el río, y ese derecho fue estipulado como existente entre Estados Unidos e Inglaterra por el tratado de paz de 1783; pero España, al recibir de Francia la Luisiana, se había negado a reconocerlo.

Con la adquisición de Luisiana (1803) y de Florida (1819) por los Estados Unidos, el río Mississippi se convirtió para éstos en río nacional.

con relación al Rhin, al Escalda y a otros ríos menores, como el Necker, el Mein, el Mosela y el Mosa, que ellas nombrarían comisionados que se desempeñarían tomando por base determinadas normas, entre las cuales se especificaba que la navegación, desde el punto en que el río se torna navegable hasta la desembocadura, "será enteramente libre y no podrá ser prohibida a nadie con relación al comercio".

Estas estipulaciones del Congreso de Viena iniciaron una evolución de vasto alcance, en que tuvieron acción preponderante Francia e Inglaterra; sin embargo, la fórmula adoptada, al emplear las palabras "con relación al comercio", introducidas por iniciativa del representante prusiano dio pie a una reacción, pues fue interpretada por los Estados germánicos en el sentido de que la liberalidad era acordada a las cosas y no a los pabellones; esto es, que las personas y las mercancías extranjeras podían ser transportadas en los mencionados ríos, pero en buques pertenecientes a algunos de los Estados ribereños.

La libertad de navegación para todos los buques de comercio, sin distinción de bandera, se hizo efectiva por medios de convenciones especiales: para el río Elba (Dresde, 23 de junio de 1821); para el Rhin (Maguncia, 31 de marzo de 1831); para los ríos Escalda y Mosa (Londres, 19 de abril de 1839), al erigirse a Bélgica como Estado independiente.

En esta época la cuestión se trasladó a la cuenca del Río de la Plata o mejor dicho a los ríos Paraná y Uruguay. Buenos Aires era el único puerto abierto al comercio exterior, beneficiándose con las rentas de aduana y con el comercio de transbordo a los puertos fluviales del interior. Francia e Inglaterra bloquearon en 1841 el Río de la Plata con el objeto, entre otros, de obtener la libre navegación de aquellos ríos, y el Paraguay reclamaba también lo mismo; Rosas resistía tenazmente esas exigencias, por motivos políticos y económicos que no corresponde examinar aquí, y además porque admitir la libre navegación para el Paraguay habría importado reconocer su independencia y esto habría obligado a hacer extensivo aquel derecho a los británicos, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida existente en el tratado con Inglaterra de 1825. El bloqueo franco-inglés terminó concertándose los tratados de 1849 y 1851, por los cuales los dos países bloqueadores declaraban que la navegación del río Paraná era interior de la Confederación Argentina y la del río Uruguay era común de ésta con la República del Uruguay. Caído Rosas en 1852, dominaba la idea de abrir el país a la inmigración europea y a la afluencia de capitales, y las provincias del litoral veíanse libres para levantar la clausura en que habían permanecido. En consecuencia, el 2 de octubre de 1852 el gobierno de la Confederación

dictó un decreto declarando que la navegación de los ríos Paraná y Uruguay era permitida a todo buque mercante, sin distinción de nacionalidad, procedencia o tonelaje; y pocos días después el gobierno del Estado de Buenos Aires sancionó una ley conteniendo igual declaración con respecto al río Paraná. En la Constitución promulgada por la Confederación el 1 de mayo de 1853 se consignó una cláusula —el artículo 26— expresando que “la navegación de los ríos interiores es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional”. Este nuevo régimen había sido implantado por actos unilaterales de las dos fracciones en que se dividía el país; el gobierno de la Confederación lo consolidó mediante la vía contractual internacional, subscribiendo el 10 de julio de 1853 sendos tratados* con Estados Unidos, Francia e Inglaterra, por los cuales la Confederación Argentina concedía la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay a los buques mercantes de todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos internos, aun en caso de guerra entre cualquiera de los Estados del Río de la Plata o de sus afluentes, excepción hecha del contrabando de guerra. Tratados similares se celebraron con Brasil en 1856 y 1857, a los que nos referiremos más adelante.

En 1853 existían, pues, tres zonas fluviales abiertas a la navegación de los buques mercantes de todas las banderas —Escalda, Elba y Plata—; las dos primeras en tiempo de paz y la última también en tiempo de guerra. Tres años después, al terminar la guerra de Crimea, se creó para el Danubio, según el Tratado de paz de París de 1856, un régimen nuevo, a causa de la inestabilidad política en los Balcanes y consistente en su “internacionalización”: la libertad de navegación para los buques mercantes de todas las banderas quedó asegurada en el Danubio mediante una comisión internacional establecida de modo permanente, facultada para ejercer con tal objeto funciones legislativas, administrativas y judiciales. Régimen análogo debió implantarse en 1885 como resultado de la conferencia reunida en Berlín para solventar los conflictos originados entre los principales países colonizadores del África Central; se estipuló entonces que los ríos Congo y Níger y sus afluentes quedarían abiertos a la navegación de todas las banderas, con excepción del contrabando de guerra, y que el río Congo estaría regido por una comisión internacional. Pero esta comisión nunca fue organizada. El río Zambeze quedó abierto a la navegación de todas las banderas en virtud de tratados entre Gran Bretaña y Portugal, concertados entre 1879 y 1891.

Mientras tanto, por decreto que entró en vigor el 7 de septiembre de 1867, el Amazonas, que sólo era navegable por buques brasileños, fue abierto, con todos sus afluentes hasta determinados puntos, a la navegación de todas las banderas con excepción del cabotaje. Previamente el gobierno imperial había asegurado con respecto a los países limítrofes, por medio de tratados y a título de reciprocidad, ese mismo derecho para los buques brasileños. Entre esos tratados deben mencionarse el de 1856 y la convención fluvial de 1857 con la Confederación Argentina,* relativos a la navegación en los ríos Paraná, Uruguay y Paraguay, con excepción de los afluentes y del cabotaje, pero comprendiendo a los buques de guerra de ambos países; y el tratado de 1859 con Venezuela, concediendo a los buques venezolanos la navegación en los afluentes del Amazonas en territorio del Brasil y asegurando a los brasileños igual derecho en los afluentes del Orinoco en territorio venezolano, todo ello con excepción del cabotaje.

Para el Rhin, los Estados alemanes, que entonces constituían una confederación, adoptaron por el Tratado de Mannheim, de 1868, un régimen semejante al del Danubio; pero la comisión internacional fue formada solamente con delegados de los Estados ribereños y se estipularon algunas ventajas para estos países. Después de la guerra de 1914, el Tratado de paz de Versalles (1919) dispuso la "internacionalización" del Rhin, el Elba y el Oder, encomendando las funciones de administración y fiscalización a sendas comisiones internacionales permanentes, formadas con delegados de Estados ribereños y no ribereños; y con respecto a los ríos Niemen y Vístula se previó igual régimen ulterior, pero entre tanto quedó establecida su libre navegación. No obstante esos acuerdos, el Tratado de Saint Germain-en-Laye (1919) restringió considerablemente el régimen implantado en 1885 en los ríos Congo y Níger, pues estableció la libre navegación sólo para los Estados contratantes y nada expresó acerca del tiempo de guerra.

En cuanto al río Danubio, también como consecuencia de la guerra de 1914, el Tratado de paz de Versalles dispuso que una comisión internacional asumiría provisionalmente su administración sobre la base de la libre navegación para todas las banderas y que una conferencia fijaría el régimen definitivo; esta conferencia, reunida en París, elaboró la convención sobre estatuto definitivo del Danubio, que fue subscripta el 23 de julio de 1921.

Por encargo del Tratado de paz de Versalles, la Sociedad de las Naciones convocó en 1921 la conferencia que elaboró la Convención de Barcelona, antes referida, haciendo extensiva la libre navegación, para

los Estados contratantes, a las "vías navegables de interés internacional", pero con excepción del cabotaje y los buques de guerra.

Otros ríos internacionales permanecieron, sin embargo, fuera del movimiento tendiente a asegurar su libre navegación para todas las banderas. Algunos estaban abiertos, en virtud de tratados especiales, a la navegación de determinados países, como los ríos Congo y Níger; otros, también en virtud de tratados, estaban abiertos solamente a los corribereños, como ocurre por ejemplo en Europa con el Duero y el Tajo y en América con los ríos San Lorenzo,⁵⁸ Yukon, Porcupine, Stikine, Saint John, Columbia, Río Grande del Norte, Orinoco y Yaguarón.

La guerra de 1939-45 ha venido a alterar la "internacionalización" que se había acordado para el Danubio y los ríos alemanes.

Poco antes de la guerra, el gobierno del Reich, por acto unilateral del 14 de noviembre de 1936, había declarado abrogado el régimen establecido en 1919 para los ríos alemanes. Terminadas las hostilidades bélicas, las autoridades de ocupación de los aliados restablecieron en 1945 la comisión internacional del Rin. Este asunto, así como la situación de los demás ríos alemanes (Elba, Oder, Vistula y Niemen), está pendiente de lo que se establezca en el Tratado de paz con Alemania, no concluido todavía. Actualmente el Rin está reglamentado por el Tratado de Mannheim de 1888, que fue enmendado en 1963, en lo relativo a la organización de la Comisión y su competencia. El sistema renano fue extendido al Mosela en 1956 por tratado entre Francia, Luxemburgo y la República Federal de Alemania.

En cuanto al Danubio, una conferencia reunida en Belgrado elaboró una convención el 18 de agosto de 1948, en la que se estableció la libre navegación para los buques mercantes de todas las banderas; pero en condiciones tales que ello depende de la administración y fiscalización ejercidas por comisiones internacionales pertenecientes a algunos Estados ribereños y de modo principal por un nuevo ribereño establecido en la zona marítima, que es la Unión Soviética. Por tal motivo, los representantes de Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña se negaron a firmar la convención e hicieron constar su protesta porque se alteran los derechos establecidos por los tratados de 1856, 1919 y 1921, para Alemania, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Grecia e Italia. Después de un período de cierta tensión política entre Yugoslavia y la Unión Soviética, el funcio-

⁵⁸ Con respecto al río San Lorenzo, los Estados Unidos y Gran Bretaña, en los tratados de 5 de junio de 1854, 8 de mayo de 1871 y 11 de enero de 1909, estipularon la libertad de navegación para los buques mercantes de ambos ribereños.

namiento de la Comisión se normalizó a partir de 1953. Austria adhirió al Tratado en 1960. La República Federal de Alemania firmó acuerdos con la Unión Soviética en 1957 y 1962 sobre la navegación del Danubio por sus buques y desde 1957 sus técnicos participan de las deliberaciones de la Comisión.

3. La Convención entre Cambodia, Laos y Vietnam sobre la navegación del río Mekong de 1954 y la Convención sobre Navegación y cooperación económica entre los ribereños del Níger, de 1963, reconocieron el principio de libre navegación, pero al mismo tiempo establecieron el derecho de los ribereños de reglamentar su aplicación. La Comisión Especial del Níger está compuesta solamente por representantes de la cuenca.

En la cuenca del río Senegal, sus ribereños han reconocido en 1963 que la navegación es enteramente libre y abierta, sobre la base de igualdad en cuanto a los derechos de puerto y tasas a la navegación, así como a las condiciones a que se somete la navegación comercial.

El régimen del río Níger se rige actualmente por el "Acta relativa a la navegación y a la cooperación económica entre los Estados de la Cuenca de Níger" de 1963, que anula las cláusulas del Tratado de St. Germain relativo a este río, manteniendo los principios de libertad e igualdad. En 1964 se creó una Comisión de los ribereños, con carácter consultivo.

4. En la Convención Preliminar de Paz de 1828, entre Argentina y Brasil, que dio término a la guerra entre ambos países, se reconoció la libertad de navegación en la cuenca del Plata. El artículo adicional establece la obligación de "emplear los medios que estén al alcance para que los súbditos de ambos países puedan navegar libremente en el Río de la Plata y todos los ríos que desembocan en él..."

Posteriormente, la Argentina acordó con el Brasil específicamente sobre la navegación de los ríos Paraná, Paraguay y Uruguay, en el Tratado suscripto el 7 de marzo de 1856 y la Convención del 20 de noviembre de 1857, mediante normas similares a las establecidas en los tres tratados firmados con el Reino Unido, Francia y Estados Unidos, con excepción de los afluentes y del cabotaje, pero introduciendo algunas modificaciones teniendo en cuenta el carácter de ribereño de los Estados contratantes: la libre navegación se hace extensiva a las naves de guerra de ambos países (art. 14 del Tratado de 1856); mas no comprende el caso de que los puertos o los lugares de los ríos sean bloqueados (art. 14 del Tratado de 1856 y arts. 1º y 3º del Tratado de 1857). El Tratado de 1857 garantizó la

libertad de navegación para el comercio de todos los países de los ríos Paraná, Paraguay y Uruguay, desde el río de la Plata, salvo el cabotaje reservado al Estado ribereño, como ya hemos mencionado. Debe recordarse que, esa época, la Confederación no era ribereña del río de la Plata, por la separación del Estado de Buenos Aires.

En diciembre de 1971 se firmó un acuerdo por notas reversales sobre transporte fluvial transversal fronterizo de pasajeros, vehículos y cargas entre la Argentina y Brasil en el que se estipula que el mismo será efectuado con unidades de bandera de los respectivos países, por partes iguales. La reglamentación a dictarse será aprobada de común acuerdo.

El Tratado de Paz con Paraguay, de 1876, luego de la guerra de la Triple Alianza que confirmó en el artículo 77 la libre navegación de los ríos Paraná, Paraguay y Uruguay, extiende a todas las naciones dicha libertad con la exclusión del cabotaje y los afluentes. Los buques de guerra de los Estados ribereños son equiparados a los mercantes y los de otros Estados sólo podrán navegar hasta donde el Estado territorial lo permita. En la misma oportunidad ambos gobiernos celebraron un tratado de navegación, que luego el Paraguay denunció en 1881.

En 1964, luego de algunos incidentes entre ambos países, los ministros de Relaciones Exteriores de Argentina y Paraguay firmaron el Acta de Buenos Aires, por el que las embarcaciones de ambas nacionalidades pueden navegar libremente el río Paraguay y Paraná bajo el control de sus propios prácticos y baqueanos. En 1967 se firmó otro acuerdo de navegación en el que se reconocen mutuamente la libre navegación en los ríos mencionados dentro de sus respectivas jurisdicciones y los buques de cada Estado quedan equiparados a los nacionales en todo lo relativo a la navegación. La navegación de cabotaje y la de los buques de guerra quedan excluidos del régimen del Tratado.

Sobre el río Paraguay se firmó, en 1969, un acuerdo para la regulación, canalización, dragado, balizamiento y mantenimiento de dicho río, creando una Comisión Mixta, Técnica, Ejecutiva con tal objeto. Los gastos correspondientes fueron distribuidos así: tramo Confluencia-Formosa, por el gobierno argentino; tramo Formosa-Pilcomayo, por partes iguales por ambos gobiernos; tramo al norte del Pilcomayo, por el gobierno paraguayo.

El transporte fluvial transversal fronterizo entre Argentina y Paraguay fue reglamentado en el convenio del 31 de julio de 1972, estableciéndose que será efectuado con unidades de bandera argentina y paraguaya por partes iguales, mediante un servicio regular de balsas, lanchas

y otras embarcaciones menores, mediante acuerdo de las autoridades competentes conforme a las necesidades.

Con el Uruguay, el Protocolo Sáenz Peña-Ramírez, de 1910, establecía que "la navegación y el uso del Río de la Plata continuarán sin alteración, como hasta el presente". La libre navegación para barcos de ambos países era la situación en ese tiempo. En cuanto al río Uruguay, el Tratado de Límites de 1961 reconoce recíprocamente la libertad de navegación, incluso para buques de guerra.

Los gobiernos de Argentina, Brasil y Uruguay ratificaron el derecho a libre navegación del río Uruguay en la Declaración Conjunta de 1960, referente a la represa de Salto Grande.

Por intercambio de notas reversales, se acordó en 1971 el reglamento sobre tráfico fluvial. Los buques de ambos países destinados a dicho tráfico gozarán de igual tratamiento que los de bandera nacional y el intercambio comercial queda reservado sólo a dichos buques.

5. Tanto el río Uruguay como el Río de la Plata han sido objeto recientemente de reglamentaciones detalladas en el Estatuto del río Uruguay, de 1975, y en el Tratado del Río de la Plata de 1973.

El Estatuto del río Uruguay se aprobó en cumplimiento del artículo 7º del Tratado de Límites de 1961.

Este Estatuto consta de 17 capítulos y 63 artículos. En la parte referente a navegación y obras, las Partes estipulan que se prestarán la ayuda necesaria a fin de otorgar a la navegación las mayores seguridades y facilidades posibles y se establecerán las normas reglamentarias sobre la seguridad de la navegación en el río y en el uso del canal principal. La Comisión Administradora, que se crea en el capítulo XIII del instrumento, se encargará de adjudicar la realización del dragado, balizamiento y obras de conservación del canal principal.

El practicaje será ejercido por profesionales de ambos países. Todo buque que salga de puerto argentino o uruguayo utilizará los servicios de un experto de nacionalidad del puerto de zarpada. Si el buque proviene de un tercer puerto tomará práctico de nacionalidad del puerto de destino.

Las Partes se comprometen a efectuar los estudios necesarios a fin de dar mayor facilidad y eficacia a las facilidades portuarias, alijos y complementos de carga.

Sobre salvaguardia de la vida humana se estipula que cada Parte tendrá a su cargo la dirección de las operaciones dentro de su jurisdicción, sin perjuicio de que cuando se inicie una de estas tareas se comunique a la otra parte sobre la misma.

El derecho de policía será ejercido por cada una de las partes en su jurisdicción, sin perjuicio de que en caso de necesidad, cualquiera de las partes ingrese en el territorio de la otra para perseguir a los infractores. Los buques que naveguen por el canal principal se consideran situados en jurisdicción de una o de otra parte, según los criterios siguientes: a) en la jurisdicción de cada parte los buques de su bandera, b) en la jurisdicción del Uruguay los de terceras banderas que naveguen aguas arriba y en la jurisdicción de la Argentina los que lo hagan aguas abajo.

La Comisión Administradora tendrá como funciones dictar normas sobre seguridad de la navegación, conservación y preservación de los recursos vivos, practicaje, prevención de la contaminación, tendido de tuberías y cables subfluviales y aéreos, coordinar la realización de estudios e investigaciones conjuntos de carácter científicos, especialmente el levantamiento integral del río, establecer volúmenes de pesca, etc. La Comisión tendrá su sede en Paysandú, República Oriental del Uruguay y estará compuesta por igual número de delegados.

Las controversias que no pudieran ser solucionadas por medio de negociaciones directas y que surgieran de la interpretación y la aplicación del Tratado de 1961 sobre límites en el río Uruguay, y del Estatuto, serán sometidas a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia.

En el Río de la Plata la situación jurídica es más compleja por la existencia de franjas costeras de jurisdicción exclusiva y aguas de uso común, según el Tratado de 1973**, que ya hemos analizado en estos aspectos.

En las franjas costeras la jurisdicción es, por supuesto, propia de cada Estado. Fuera de dichas zonas, se aplicará también la jurisdicción nacional a los buques de su propia bandera y a los de terceras banderas involucrados en siniestros con buques de dicha parte. Si la seguridad de ambas partes queda afectada o el acto ilícito tiene efecto en ambos territorios, prevalecerá la jurisdicción más cercana al lugar de aprehensión del buque. En otros casos, no previstos, se aplicará también el criterio de mayor proximidad del lugar donde se produjeran los hechos considerados; ésta parece ser la norma aplicable a casos de siniestros entre buques de los dos países en la zona de aguas común.

El artículo 5º reconoce el derecho de persecución del buque infractor hasta el límite de la franja costera de la otra parte; si penetrara en ella se hará entrega del infractor a la autoridad que inició la represión.

** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 736-754.

Cualquiera de las autoridades de las partes, conforme con el artículo 6º, podrá apresar a un buque que viole las disposiciones sobre pesca y contaminación, debiendo comunicar el apresamiento y poner el buque a disposición de sus autoridades.

Los canales estarán bajo la competencia del país que los mantenga y administre, según el artículo 15, y se regirán por su legislación, en cuanto a la responsabilidad civil, penal y administrativa derivada de hechos que afecten su navegación, uso o instalaciones.

Las partes se reconocen, reciprocamente y a perpetuidad, la libertad de navegación y se garantizan mutuamente las facilidades que se han otorgado hasta ahora para el acceso a sus puertos. En igualdad de condiciones y bajo cualquier circunstancia, las partes tienen derecho al uso de los canales situados en aguas de uso común.

Respecto a buques que no tengan la bandera de las partes, el Tratado distingue en el artículo 11, entre los de países de la Cuenca del Plata y de otras terceras banderas. En el primer caso se permitirá la navegación, en las aguas de uso común, a buques públicos y privados, en el segundo la facilidad se extiende sólo a barcos mercantes públicos y privados, es decir se excluye buques de guerra. Pero se mantienen los derechos ya otorgados por tratados vigentes. Además, cada parte permitirá el paso de buques de guerra autorizados por la otra, que no afecten su orden público o su seguridad.

El practicaaje en el río estará reservado exclusivamente a profesionales de ambos países. Según el artículo 24 el buque tomará práctico de nacionalidad del puerto de zarpada, pero si proviene del exterior del río el práctico será del puerto de destino. En los otros casos, por ejemplo buques provenientes de aguas arriba del Paraná y el Uruguay, el práctico podrá ser argentino o uruguayo. Las normas sobre practicaaje serán coincidentes.

Las tareas de alijos y complementos de carga, que son tan importantes en un río de tan poco calado, se realizarán en las zonas que fije la Comisión Administradora que crea el Tratado. Fuera de las franjas costeras, habrá un número igual de estas zonas, en la proximidad de las respectivas costas, que podrán ser utilizadas indistintamente. En las operaciones de alijo intervendrán las autoridades del puerto a que está destinada la carga y en las operaciones de complemento, las autoridades de donde provenga la carga complementaria. Si los puertos de destino y de procedencia de la carga pertenecen a terceros Estados, este tipo de operaciones será fiscalizado por las autoridades de las zonas en las que tenga lugar.

El Tratado prevé que fuera de las zonas costeras, la autoridad que inicie una búsqueda o rescate para salvaguarda de vidas humanas, tendrá la dirección de la misma y lo comunicará a la otra parte, salvo que no pueda iniciarla o continuarla.

En cuanto al salvamento de un buque de cualquiera de las partes, el Tratado dispone que fuera de las franjas costeras podrá ser efectuado por la autoridad de cualquiera de las partes, a elección del capitán del buque. Pero si el siniestro tiene lugar en los canales situados en aguas de uso común y el buque constituye un obstáculo o peligro a la navegación, las autoridades que administran el canal estarán a cargo de las tareas de salvamento.

Si se trata de buques de terceras banderas el salvamento lo efectuará la autoridad de la franja costera más próxima, pero si el siniestro tiene lugar en un canal, en aguas comunes, la autoridad que administra el canal tendrá a su cargo estas tareas.

En caso de desistimiento de la autoridad competente para realizar el salvamento éste podrá ser llevado a cabo por las autoridades de la otra parte.

El Tratado contiene una reglamentación detallada sobre construcción y mantenimiento de los canales en el río, de importancia fundamental para la navegación de cierto tonelaje. Los canales quedan en cuanto su administración y mantenimiento a cargo de la Parte que los construyó, pero su reglamentación no puede causar perjuicios sensibles a la otra parte y toda modificación de estas normas se efectuará previa consulta. La construcción de nuevos canales será considerada por la Comisión Administradora y se establece un procedimiento para solucionar las controversias que pudiera originar esta construcción.

6. La libertad de navegación significa el derecho de surcar el río en su parte navegable, recalar en los puertos abiertos al comercio y efectuar las operaciones habituales con pasajeros y mercancías. En cuanto a todo ello, aquel régimen importa igualdad de tratamiento con relación a los buques nacionales; pues sería ilusorio si la navegación extranjera, por ser tal, fuese sometida a la obligación de realizar trasbordos o de pagar derechos de peaje. Es obvio que los buques extranjeros deben cumplir con los reglamentos locales y pagar las tasas remuneratorias concernientes a servicios prestados mediante obras de canalización, balizamiento, faros, etcétera.

El referido régimen de navegación tiene por objeto mantener y facilitar el intercambio entre Estados diversos. De esto se desprenden,

salvo estipulación en contrario, algunas consecuencias jurídicas de importancia: la libertad de navegación no comprende a la navegación de cabotaje, que por ser un servicio local se reserva siempre a los buques nacionales; no impide que el Estado local conceda beneficios circunstanciales a personas determinadas y sin atención a su nacionalidad; sólo se aplica a los buques privados y no a los buques públicos que no pertenezcan a los Estados ribereños, y no rige cuando el Estado local es beligerante.

7. Los actos de administración, conservación, mejora, vigilancia, etc., de un río internacional abierto a la navegación extranjera corresponden al Estado o Estados ribereños, cada uno en su parte respectiva: dichos Estados han acordado una liberalidad con respecto a la navegación, pero la soberanía local permanece intacta en todo lo demás. No ocurre lo mismo cuando, por motivos excepcionales, se ha llegado a establecer un régimen de "internacionalización"; entonces se restringe la soberanía de los Estados ribereños en la medida en que los actos de administración, conservación, mejora, vigilancia, etc. son encomendados a una comisión internacional, ya esté formada por personas que tengan la nacionalidad de los distintos Estados ribereños o concurren también algunas de otras nacionalidades.

8. En el plano doctrinario se ha trabajado sobre este tema en los últimos años, en forma muy intensa en las asociaciones dedicadas al estudio del derecho internacional. La International Law Association aprobó en 1966, después de haberse dedicado al tema desde 1954, las "Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales", conocidas como las Reglas de Helsinki. La base de este inminente trabajo es la sustitución del concepto "río internacional" por el de "cuenca" y que las aguas y sus beneficios deben ser usadas razonablemente y en forma equitativa. Esta posición contrasta con la llamada doctrina Harmon, basada en la soberanía territorial absoluta, por la que el Estado puede hacer lo que estime necesario y conveniente en el tramo del río que atraviesa su territorio. Las Reglas de Helsinki están divididas en generalidades, utilización equitativa de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, navegación, acarreo de madera y procedimiento para la prevención y arreglo de controversias.

La parte de las Reglas correspondiente a navegación reconoce que "todo Estado ribereño tiene derecho a la libre navegación en todo el curso del río o lago" (art. XIII), aunque reconoce que estos Estados ribereños tienen "el derecho a ejercer vigilancia, entre otras finalidades, para proteger la seguridad y salud públicas, en la parte del río o lago

sujeta a su jurisdicción" (art. XV). El derecho de libre navegación puede ser concedido a otros Estados no ribereños "en ríos o lagos comprendidos en su territorio" (art. XVII). El Estado ribereño, dentro de sus recursos, tiene la obligación de mantener "en buen estado la parte del curso navegable del río o lago que se halla dentro de su jurisdicción" (art. XVIII).

9. La Corte Permanente de Justicia Internacional declaró en el fallo sobre la Jurisdicción Internacional de la Comisión Internacional del Río Oder, en 1929,³⁹ que tenía que referirse a "los principios que gobiernan el derecho fluvial internacional en general" y que "puede admitirse, como lo sostiene el Gobierno polaco, que el deseo de proporcionar a los Estados de aguas arriba la posibilidad de libre acceso al mar, desempeñó un papel considerable en la formación del principio de libertad de navegación en los así llamados ríos internacionales". Agrega: "Pero cuando se examina la forma en que los Estados han considerado las situaciones concretas resultantes del hecho de que un curso de agua atravesase o separe el territorio de más de un Estado, y la posibilidad de dar cumplimiento a los requerimientos de justicia y las consideraciones de conveniencia que este hecho pone de relieve, se ve de inmediato que la solución del problema ha sido buscada, no en la idea de un derecho de pasaje en favor de los Estados de aguas arriba, sino en la de cierta comunidad de intereses de los Estados ribereños. Esta comunidad de intereses en un río navegable se transforma en las bases de una comunidad de derecho, cuyos rasgos esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños en el curso completo del río y la exclusión de cualquier privilegio de un ribereño respecto a los otros". La Corte sigue: "Si la comunidad de derecho reposa sobre la existencia de una vía navegable que separa o atraviesa varios Estados, es evidente que esta comunidad se extiende a todo el curso navegable del río y no se detiene de ningún modo en la última frontera, no se ha traído a conocimiento de la Corte ningún tratado por el cual el límite hacia aguas arriba de la internacionalización de un río sea determinado por tal frontera más bien que por ciertas condiciones de navegabilidad". Luego agregó: "Es sobre esta concepción que el derecho fluvial internacional, como fue establecida por el Congreso de Viena el 9 de junio de 1815 y aplicada y desarrollada en convenciones posteriores, indudablemente se basa"...

³⁹ C.P.J.I., *Série A*, núm. 23, págs. 27-28.

98. LA UTILIZACIÓN DE LAS AGUAS PARA FUERZA MOTRIZ, IRRIGACIÓN, ETC.— En los ríos nacionales, la utilización de las aguas para obtener fuerza motriz, para irrigación o el consumo local, para el lavado o el arrastre de desechos o para usos industriales, no afecta a terceros Estados; pero en los ríos internacionales —y también en los lagos que bañan las costas de dos o más Estados— esa utilización puede perjudicar a otros ribereños si a causa de ello el curso de las aguas se desvía o resulta alterado el caudal o la naturaleza de las aguas.

1. Esta materia ha sido objeto de muchos instrumentos internacionales importantes, a medida que se han comenzado a proyectar o realizar obras hidráulicas en los ríos o lagos internacionales.

En 1923, la Segunda Conferencia General de Comunicación y Tránsito aprobó, en Ginebra, la Convención relativa al aprovechamiento de aguas hidráulicas que interesan a varios Estados. Esta convención reconoce la libertad de los Estados de realizar en su territorio los trabajos de aprovechamiento que estimen conveniente, pero dentro del marco del derecho internacional y prevé la obligación de negociar entre los Estados interesados, con vistas a llegar a acuerdos que permitan la ejecución de los trabajos, cuando parte de la obra esté en otro Estado o modifique el estado de cosas en otro Estado o puede causar un perjuicio grave en otro Estado. Este tratado está en vigor entre 17 Estados.

En el ámbito interamericano la Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo, en 1933, aprobó la Resolución LXXII sobre "Uso Industrial y Agrícola de los Ríos Internacionales"****. Entre los principios y normas contenidos en la resolución el artículo 2º establece el derecho exclusivo de los Estados ribereños de aprovechar, para fines industriales o agrícolas, la margen correspondiente en los ríos nacionales, condicionado su ejercicio en la necesidad de no perjudicar al Estado vecino en la margen bajo su jurisdicción. En los ríos contiguos, en consecuencia, ningún Estado ribereño puede introducir alteraciones que sean perjudiciales al otro, sin su consentimiento. En caso de perjuicio, según el artículo 3º, será siempre necesario el acuerdo de partes y no se comenzará las obras sin arreglo previo respecto a la indemnización, reparación o compensación de los daños. Conforme con el artículo 4º, se aplicarán los mismos principios mencionados en los artículos 2º y 3º, en caso de ríos sucesivos. Las obras no deberán causar perjuicio a la navegación, sino tratar de mejorarla (arts. 5º y 6º). El instrumento prevé un sistema de denuncia de la obra a los demás ribereños, constitución de

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 265 a 266.

una Comisión Técnica Mixta y procedimientos de conciliación y arbitraje para la solución de controversias. Este instrumento presenta el carácter de declaración.

La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria adoptó una resolución, en 1965, en Rio de Janeiro, convocando a una Conferencia Especializada, sobre la materia, que no se ha reunido hasta ahora.

La Comisión de Derecho Internacional tiene a su consideración el tema "Derecho de los usos no navegables de los cursos de agua internacionales".

2. En el orden bilateral o multilateral restringido muchos Estados han tratado de regular sus relaciones en este campo mediante acuerdos que se refieren a ríos o cuencas internacionales compartidas.

Los Estados Unidos y Canadá, establecieron en 1909, mediante un tratado firmado por Gran Bretaña, en esa época, disposiciones sobre las aguas fronterizas de los dos países. Se creó una Comisión Mixta, con funciones judiciales, administrativas, arbitrales y de investigación y estudio. Esta Comisión ha estudiado muchos de los problemas que surgieron desde 1912 en que se constituyó, pero no ha ejercido su función arbitral. Con referencia específica al río Columbia, los Estados Unidos y Canadá celebraron en 1961 un Tratado para el Desarrollo en Cooperación de los Recursos Hidráulicos de la cuenca de dicho río. En este interesante documento, ejemplo de cooperación internacional, Canadá se obliga a construir presas de almacenamiento en su territorio y en territorio estadounidense; los Estados Unidos, por su parte, construyen, mantienen y administran las instalaciones hidroeléctricas que están en el cauce principal del río Columbia, en su territorio. La energía se divide por mitades. Las diferencias deberán tratar de ser solucionadas mediante la Comisión Mixta del Tratado de 1909 y pueden ser llevadas a la Corte Internacional de Justicia, si las Partes así lo deciden. En el río San Lorenzo una serie de acuerdos, desde 1940 a 1959, establecieron el sistema jurídico para regular el aprovechamiento hidroeléctrico y la navegación del río por medio de la "St. Lawrence Seaway Development Corporation", que construyó el "St. Lawrence Seaway", en uso desde 1959.

En 1944 se celebró un tratado entre Estados Unidos y México referente a la utilización de los ríos Colorado, Tijuana y Bravo (Grande) desde Fort Quitman (Texas) hasta el Golfo de México. Por este instrumento se crea una Comisión Mixta para la aplicación del tratado. El artículo 4º asigna a cada una de las Partes las aguas del río Bravo y se designan, en el artículo siguiente, las presas a construirse conjuntamente

para almacenamiento y derivación de las aguas; los costos se dividirán de acuerdo con los beneficios que reciba cada Parte. Las plantas de energía hidroeléctrica que se establezcan en las presas de almacenamiento serán construidas por cada Gobierno, pero serán pagadas por partes iguales y en la misma proporción se asignará la energía eléctrica generada. En cuanto al río Colorado, el Tratado fija los volúmenes de agua que Estados Unidos entregará a México y las obras a construirse. Con referencia al río Tijuana los gobiernos se comprometen a estudiar una distribución equitativa de las aguas.

En América Central el Tratado de Límites Territoriales entre Guatemala y El Salvador, del 9 de abril de 1938, establece el derecho de cada Gobierno de hacer uso de la mitad del volumen de agua en los ríos fronterizos. El Tratado de Libre Comercio e Integración Económica de 1951 entre Guatemala y El Salvador y el de 1956 entre Guatemala y Honduras establecen que ambos países coordinarán sus actividades para la protección del régimen de agua en las zonas fronterizas.

En 1932 se efectuó un cambio de notas entre Brasil y Gran Bretaña para delimitar las áreas ribereñas de la frontera entre Guayana Británica y Brasil, que establece que no se permitirán otros trabajos en el río limítrofe que los que tengan por objeto mantener el río en su curso actual, a no ser el consentimiento mutuo. El artículo 6º agrega que "cualquier trabajo tal como canalización, irrigación o producción de energía eléctrica será emprendido con el consentimiento mutuo de ambos ribereños". El Estatuto Jurídico de la frontera entre Brasil y Uruguay del 20 de diciembre de 1933 dispone que no se realizarán, sin previo acuerdo del otro Estado, obras que modifiquen sensible y permanentemente el régimen del curso de un río fronterizo, o corte la frontera.

Entre Paraguay y Brasil se ha firmado recientemente, en 1973, el acuerdo para la construcción de la gran represa de Itaipú, a pocos kilómetros de la frontera argentino-paraguaya y que ha provocado reacciones en la Argentina.

En Europa son numerosos los instrumentos multilaterales y bilaterales que regulan el aprovechamiento de los ríos internacionales para fines industriales y agrícolas.

Los tratados de paz firmados al concluir la primera guerra mundial contenían disposiciones referentes a la utilización de ríos internacionales. El Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 concedió a Francia derechos para la utilización de las aguas del Rhin para la producción de energía eléctrica en el tramo fronterizo de dicho río. Con referencia al Oder, el Elba, el Nien y el Danubio el mismo Tratado dispuso que si

se emprendieran trabajos que entorpecieran la navegación en la parte internacional del río, la Corte Permanente de Justicia Internacional, a pedido de parte, podrá disponer la suspensión de los trabajos o su supresión. Pero los Estados ribereños o los representados en la Comisión Internacional podían determinar los derechos relativos al riego, fuerza hidráulica, pesca u otros intereses nacionales que tendrían prioridad sobre la navegación. El Tratado de Saint Germain-en-Laye entre Austria y los Aliados, del 10 de setiembre de 1919, el de Trianon, con Hungría, de 1920, el de Lausana, con Turquía, contenían disposiciones similares. El tratado de paz con Italia, después de la segunda guerra mundial, en 1947, contiene disposiciones referentes a determinados recursos hidráulicos en la frontera franco-italiana y sobre el abastecimiento de agua a Goritzia, en la frontera italo-yugoslava.

Entre otros instrumentos posteriores a la segunda guerra, pueden mencionarse el Protocolo franco-belga-luxemburgués relativo a la creación de una Comisión Mixta Permanente de Aguas Contaminadas, de 1950; Convención entre los ribereños del Lago Constanza para protección contra la contaminación, de 1960; Acuerdo entre la Unión Soviética, Noruega y Finlandia sobre la regularización del régimen del lago Inari por medio de la central hidroeléctrica y la presa de Kaitz Koski, de 1959; Tratado de Roma, de 1957, creando el EURATOM, que contienen disposiciones sobre protección de las aguas contra la radiación; Convención sobre canalización del Mosela, de 1956, que tiene, además, en cuenta otras formas de aprovechamiento; el acuerdo de 1963 entre Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza que encarga a la Comisión del Rhin, creada en 1949, la investigación sobre las causas de la contaminación, el control del estado de las aguas y la propuesta de medidas apropiadas para combatirla y la reciente Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, del 4 de mayo de 1976, sobre protección del medio acuático, de ciertas sustancias nocivas. El 3 de diciembre de 1976 se firmó una Convención sobre la protección del Rhin contra la contaminación química entre la República Federal de Alemania, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y la Comunidad Económica Europea y otra Convención sobre protección del Rhin contra la contaminación por cloruros, entre la República Federal de Alemania, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza.

En cuanto a los tratados bilaterales hasta 1964, una publicación de Naciones Unidas enumera 125 instrumentos bilaterales europeos sobre

aprovechamiento de ríos y lagos⁶⁰ y desde entonces se han firmado numerosos más. Pueden recordarse, en ríos de curso sucesivo, el acuerdo entre Yugoslavia y Austria en 1954 sobre cuestiones de economía fluvial relacionadas con el río Drave y el acuerdo entre Rumania y Yugoslavia de 1963 para la construcción de la planta hidroeléctrica del sector del Danubio llamado Puerta de Hierro, ya terminada.

Los Estados europeos han establecido así un sistema muy desarrollado de cooperación en la utilización de los ríos internacionales y su reglamentación tiene muchas variaciones, matices y peculiaridades. Como se observó en una reunión de juristas que tuvo lugar en Legonissi, Grecia, en 1966, bajo los auspicios de la Fundación Carnegie, la actitud europea es de cautela cuando se trata de formalizar convenciones de carácter general, pero se reglamentan todos los detalles cuando se considera un curso de agua internacional, en particular.⁶¹

En Africa el acuerdo multilateral de 1963 sobre el río Niger, entre Camerún, Chad, Dhomey, Guinea, Costa de Marfil, Mali, Niger, Nigeria y Alto Volta establece en su artículo 4º que los Estados ribereños se comprometen a cooperar en "el estudio y ejecución de cualquier proyecto que pueda tener efecto apreciable sobre cualquier aspecto del curso del río Niger, sus tributarios, sus condiciones de navegación, explotación agrícola e industrial, condiciones sanitarias de sus aguas y las características biológicas de su fauna y flora" y crea para ello una Organización Intergubernamental del Río Niger. Este convenio está fundamentalmente dirigido a asegurar su libre navegación. Sobre la cuenca del Lago Chad, Camerún, Chad, Nigeria y Niger han celebrado un acuerdo en 1964, creando la Comisión de la Cuenca del Chad. Los Estados Partes se abstendrán, sin que intervenga previamente la Comisión, de tomar medidas que ejerzan una influencia sensible sobre ciertas otras características del lago, las formas de explotación de los ribereños, el estado sanitario de las aguas, etc. En las partes de la cuenca que le corresponden, los ribereños no podrán realizar trabajos de aprovechamiento hidráulico, sin aviso y consulta a la Comisión. En la cuenca del río Senegal se ha establecido un régimen similar entre Mauritania, Guinea, Senegal y Mali. En el Tratado de 1963 se estableció un Comité Interestatal para coordinar los estudios y los trabajos en la cuenca de este río de

⁶⁰ United Nations Legislative Series. ST/LE6/Sér B./12 Legislative Texts and Treaty Provisions concerning the utilization of international rivers for other purposes than navigation, págs. 441-928.

⁶¹ Conference sur le Droit International. Rapports et Travaux. I. *Les cours d'eau internationaux*, Logonissi, Grece, 1966.

Africa occidental, dotado de una Secretaría Permanente. Los trabajos de utilización que interesen a un Estado ribereño deben ser aprobados por el Comité que apreciará su incidencia sobre el conjunto de trabajos de la cuenca. Por medio de convenciones especiales se definirán con precisión las condiciones de ejecución y de explotación de las obras y las obligaciones reciprocas.

Entre los numerosos acuerdos bilaterales en Africa debe destacarse por su importancia el celebrado en 1959 entre la República Arabe Egipcia (entonces República Arabe Unida) y Sudán sobre el uso de las aguas del rio Nilo. El instrumento reconoce los derechos adquiridos en cuanto a la utilización del agua, fijando, en el artículo 1º, las cuotas correspondientes a cada país. Las Partes acuerdan, con el objeto de controlar las aguas del rio, que Egipto construirá la represa de Asuán, y Sudán la represa de Roseires, en el Nilo Azul. La construcción de Asuán significaría un aumento en el caudal de agua, que se reparte entre ambos países. Egipto indemnizará a Sudán por los daños sufridos por la cota de Asuán que originaria inundaciones. La gran represa de Asuán, una de las mayores del mundo, se encuentra ya en funcionamiento.

En Asia, Cambodia, Laos, Tailandia y la República de Vietnam, crearon, en 1967, el Comité para la coordinación de investigaciones de la cuenca del Bajo Mekong, con un Secretariado permanente, con el propósito, entre otros, de presentar recomendaciones "sobre el uso del agua del rio principal, para los propósitos del desarrollo de los recursos hídricos". Previamente, en 1954, como ya hicimos referencia al hablar de libertad de navegación, Laos, Cambodia y Vietnam, celebraron un acuerdo estableciendo, sobre la base de la igualdad de tratamiento, dicha libertad en esta cuenca. Por el artículo 4º, cada Parte se reserva el derecho de utilizar, para fines industriales y agricolas, las aguas del Mekong que atraviesen sus territorios, salvo que entorpezca directa o indirectamente la navegación.

El aprovechamiento de las aguas del rio Jordán ha presentado problemas jurídicos serios, agudizados por la permanente crisis política en la región.

En el orden bilateral es muy interesante el conjunto de instrumentos firmados en 1960 entre India y Paquistán sobre las aguas del rio Indo. Se firmaron al mismo tiempo varios instrumentos: el Tratado sobre la regulación del aprovechamiento de las aguas del Indo que fue también firmado por el Banco Mundial; el Acuerdo para crear el Fondo de Desarrollo de la Cuenca del Indo (Indus Basin Development Fund), firmado por la

República Federal de Alemania, Australia, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos, Nueva Zelandia, Paquistán y el Banco Mundial y el Acuerdo de Préstamo entre Paquistán y el Banco Mundial.

El Tratado sobre el Indo divide los ríos en orientales y occidentales. Las aguas de los ríos orientales (Sutlej, Beas y Ravi) estarán a disposición para uso ilimitado de India. Excepto para uso doméstico y para la navegación, pesca y protección de las inundaciones, siempre que el agua vuelva al río, Paquistán deberá permitir el flujo de las aguas del Sutlej principal y el Ravi principal; no pudiendo realizar obras hidráulicas y hacer uso agrícola de ellos, en las secciones que corren en Paquistán. En los tributarios del Sutlej principal y del Ravi principal, Paquistán deberá permitir el flujo del agua en los cauces mayores, pero se le permite, en los tramos que le corresponden, el uso doméstico, navegación, pesca, regulación de inundaciones y el uso agrícola. Todas las aguas que afluyan al Sutlej principal o al Ravi principal, después de haber cruzado la frontera de Paquistán, serán de uso ilimitado de este Estado. Los ríos occidentales son de uso ilimitado de Paquistán; se refiere el Tratado al Indo, al Jhelum y Chenab, cuyo flujo India debe permitir, sin interferencias. Se permite por parte de India el uso doméstico, navegación, pesca, control de inundaciones, pero el uso agrícola y la generación de energía eléctrica están sujetos a un régimen que estipula el mismo Tratado. El instrumento contiene disposiciones sobre todos los ríos del sistema, cuyo objeto principal es que el uso a fines ajenos al consumo no cambie materialmente el flujo en cualquier parte del cauce, en perjuicio de los usos de dicho cauce por la otra parte. Se crea, además, la Comisión Permanente del Indo.

3. La República Argentina tiene subscriptos diversos instrumentos bilaterales y multilaterales sobre ríos internacionales que atraviesan o limitan su territorio.

Entre la Argentina y el Paraguay se celebró el 5 de julio de 1939 el Tratado Complementario de Límites, cuyo artículo 6º prevé que ratificado el instrumento se formará una Comisión Técnica Mixta "que estudiará y formulará el plan de obras necesarias para permitir la distribución proporcional del caudal del Río Pilcomayo en sus dos brazos al Norte y Sur de la línea de frontera". El 1º de junio de 1945, se firmó el Tratado Complementario de Límites definitivos con relación al río Pilcomayo, en el cual, con el fin de asegurar la estabilidad de la línea divisoria, según su artículo 3º, se acuerda la realización de las obras indicadas en el Anteproyecto formulado por la Comisión Mixta de Estudios y Obras Hidráulicas del Río Pilcomayo. Estas obras no han sido realizadas, a pesar de que

de acuerdo con el artículo 4º del Tratado, las mismas deberían haber sido iniciadas en un plazo no mayor a dos años y seis meses. En el límite argentino-paraguayo, en el río Pilcomayo, se ha presentado un problema por cambio de cauce del río, en un sitio denominado Punto Brandsen.

En 1958, se celebró entre Argentina y Paraguay un convenio creando la Comisión Técnica Mixta Argentino-Paraguaya para el aprovechamiento energético de los Saltos del Apipé en el Alto Paraná. En 1970 se firmó un acuerdo por notas reversales precisando aún más las bases para la tarea de la Comisión Técnica Mixta. Dichas notas establecen que el complejo Yaciretá-Apipé será un condominio por partes iguales de ambas Partes Contratantes, que no implica alteración ni cambio de las respectivas soberanías, ni restricción o modificación sobre los respectivos territorios o la navegación del río Paraná. Se constituirá un Ente Mixto para construir la obra, ponerla en marcha y explotarla "como una unidad", con un capital integrado por partes iguales y con derecho al consumo de energía eléctrica del 50%, siendo utilizada preferentemente por la otra parte la que dejare de ser empleada. La Comisión Mixta estará en funciones hasta que se establezca el Ente Mixto. La Comisión Mixta debería, por este cambio de notas, llamar a concurso para la elaboración técnico-económica, la que se hizo, pero hubo un largo paréntesis sin que hubiera acuerdo sobre el trazado de la presa.

El 4 de diciembre de 1973 se suscribió el Tratado de Yaciretá para construir la represa y mejoramiento de las condiciones de navegabilidad del río. Se constituye el ente binacional denominado Yaciretá para estudiar, ejecutar y explotar las obras, constituido por Agua y Energía (Argentina) y ANDE (Paraguay). Las instalaciones constituirán un condominio. El Tratado detalla los recursos, el uso de la energía, que será dividida por partes iguales.

Para el resto del Río Paraná, ambos gobiernos firmaron en junio de 1971 un convenio para el "estudio y evaluación de las posibilidades técnicas y económicas del aprovechamiento de los recursos del río Paraná" en el tramo compartido, desde su confluencia con el Paraguay, hasta el río Iguazú, para lo que se crea una Comisión Mixta, exceptuándose de su competencia la atribuida a la Comisión Mixta de Yaciretá Apipé. Las partes ratificarán, además, su adhesión a los principios consagrados en el Acta de Asunción, de la que hablaremos más adelante al referirnos a la Cuenca del Plata.

La Argentina propuso a Paraguay, en enero de 1973, la construcción de una represa en la zona de Corpus; posteriormente se convino realizar los estudios de factibilidad correspondientes, que se han terminado.

El 3 de junio de 1971, los ministros de Relaciones Exteriores de Argentina y Bolivia dieron a conocer una Declaración sobre Cuencas Hidrológicas en la que se expresa el propósito de celebrar una convención sobre la utilización de los recursos hidrológicos de las cuencas argentino-bolivianas y con tal fin concuerdan en las reglas fundamentales que servirán de base a aquel instrumento, a saber: 1) la utilización de las aguas fluviales se hará en forma equitativa y razonable; 2) se evitará la contaminación y se preservarán los recursos ecológicos de las cuencas; 3) en los tramos continuos el aprovechamiento deberá ser precedido de un acuerdo bilateral; 4) dentro de sus respectivos territorios, en los ríos internacionales de curso sucesivo, ambos Estados se reconocen el derecho de utilizar las aguas en razón de las necesidades y siempre que no cause perjuicio sensible a la otra; 5) cuando un Estado, en este tipo de ríos se proponga realizar un aprovechamiento, facilitará al otro el proyecto, el programa de operación y los datos para determinar los efectos que producirán en el territorio del Estado vecino; 6) la parte requerida comunicará dentro de cinco meses si hay aspectos que puedan ocasionarle perjuicios sensibles, indicando las razones técnicas en que se fundamente y sugerencias de modificación, destinadas a evitar aquel perjuicio; 7) las divergencias serán sometidas a una comisión técnica y si hay desacuerdos los gobiernos buscarán la solución por vía diplomática u otro medio que ambas partes elijan de común acuerdo.

El Protocolo Sáenz Peña-Ramírez, de 1910, y el Protocolo Zavala Ortiz-Zorrilla de San Martín, de 1964, a los que ya hemos hecho referencia, entre Argentina y Uruguay, señalan que "... el uso de las aguas del Río de la Plata continuará sin alteración, como hasta el presente". En 1964, ambos gobiernos formaron una Comisión Mixta para considerar las cuestiones referentes al "Plan de Levantamiento Integral del Río de la Plata".

Con relación al río Uruguay, Argentina y Uruguay acordaron, en 1938, la formación de una Comisión Mixta para estudiar e informar respecto al aprovechamiento de la fuerza hidráulica de dicho río, por conceptuarlo de interés común. En 1946, se firmó entre ambos gobiernos el Convenio sobre el aprovechamiento de los rápidos del río Uruguay en la zona de Salto Grande. El artículo 1º declara que las aguas "serán utilizadas en común por partes iguales". Se designa una Comisión Mixta "para utilización, represamiento y derivación de las aguas del río Uruguay". Se establece el siguiente orden de prioridad para su utilización: 1) fines domésticos y sanitarios, 2) navegación, 3) producción de energía y

4) riego. Las obras comunes se costearán por partes iguales y las no comunes, como las de acceso, líneas de transmisión, etc., por los respectivos Gobiernos. Si la potencia total instalada fuera transitoriamente repartida en proporción diferente al 50%, las obras o instalaciones en común serán costeadas, durante el período correspondiente, en proporción a las potencias parciales reservadas durante ese período por cada parte. Se acordó, asimismo, en el artículo 11, que se invitaría al Brasil a una conferencia para considerar las modificaciones que, con motivo de la concertación del convenio, puedan producirse en la navegación del río Uruguay y en el régimen fluvial sometido a disposiciones establecidas en convenciones vigentes.

El Tratado de límites en el río Uruguay, entre Argentina y Uruguay**, del 7 de abril de 1961, declara en el artículo 7º que ambos países "acordarán el estatuto del uso del río", el cual contendrá entre otras materias las siguientes: a) Reglamentación común y uniforme para la seguridad de la navegación; ... b) Facilidades recíprocas para relevamientos hidrográficos y otros estudios relacionados con el río; ... c) disposiciones para la conservación de los recursos vivos; ... f) Disposiciones para evitar la contaminación de las aguas. El artículo 8º de este instrumento se refiere a ciertas islas que quedaron en jurisdicción uruguaya pero rodeadas de aguas argentinas, en las que, de común acuerdo, se establecerán el uso doméstico, industrial y de irrigación de las aguas.

El Estatuto del río Uruguay, aprobado en 1975, reconoce el derecho a cada parte al aprovechamiento de las aguas para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, que se ejercerá, sin perjuicio del procedimiento previsto en otros artículos cuando dicho aprovechamiento afecte el régimen del río a la calidad de sus aguas.

Cada parte puede explorar y explotar los recursos del lecho y del subsuelo del río en la zona sometida a su jurisdicción, "sin causar perjuicio sensible a la otra parte". La explotación del yacimiento o depósito a uno u otro lado del límite establecido, se hará en forma tal que la distribución de los volúmenes del recurso que se extraiga sea proporcional al volumen del mismo que se encuentra a cada lado de dicho límite.

En cuanto a la conservación, utilización y explotación de otros recursos naturales las Partes se obligan a adoptar las medidas necesarias a fin de que el manejo del suelo, los bosques, la utilización de las aguas subterráneas y de los afluentes del río no causen una alteración sensible

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 755-759.

en el régimen del río o la calidad de sus aguas. Las medidas para coordinar estos aspectos serán tomadas en la Comisión Administradora. El medio acuático deberá ser protegido y preservado, debiéndose prevenir su contaminación.

Se autorizan las tareas de investigación, previo aviso a la Comisión sobre el tipo de estudios e investigaciones a encararse.

Los ministros de Relaciones Exteriores de Argentina y Uruguay firmaron el 9 de julio de 1971 una Declaración conjunta sobre el recurso agua, en la que ratifican los principios de la Resolución LXXII de la Séptima Conferencia Internacional Americana de 1933, los principios de la Declaración de Argentina, Brasil y Uruguay del 23 de setiembre de 1960 sobre Salto Grande, del Tratado de la Cuenca del Plata y de la Declaración de Asunción, instrumentos a los que nos referimos más adelante y, además, declaran su coincidencia sobre los principios básicos que enumera luego la Declaración sobre el régimen de utilización de los ríos internacionales y sus afluentes. Estos principios son los siguientes: 1) utilización de las aguas fluviales en forma equitativa y razonable; 2) evitar la contaminación y la preservación de los recursos ecológicos; 3) el Estado que se proponga realizar un aprovechamiento deberá comunicar previamente a los Estados interesados el proyecto, el programa de operación y demás datos que permitan determinar los efectos de la obra en el territorio de dichos Estados; 4) la Parte requerida deberá comunicar en un plazo razonable los aspectos que puedan causarle perjuicio y las razones en que se fundamenta o las sugerencias de modificaciones; 5) si hubiese diferendos, éstos serán sometidos a una Comisión Técnica; si éstos persistieran los Gobiernos tratarán de encontrarles solución por vía diplomática o de común acuerdo por otro medio.

El Tratado del Río de la Plata de 1973** no contiene disposiciones sobre aprovechamiento hidroeléctrico o irrigación, pero sí sobre exploración y explotación de los recursos del lecho y del subsuelo, contaminación, pesca e investigación científica.

Como ya lo hemos descripto, el lecho y subsuelo del río están divididos en el Tratado por una línea con inflexiones, que deja superficies iguales para ambos países. El artículo 43 prevé que los yacimientos que se extienden a uno y otro lado de esta línea, serán explotados en forma tal que el recurso que se extraiga sea proporcional al volumen que se encuentra a cada lado de la línea. Las instalaciones no deben interferir con la navegación.

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 736-754.

En cuanto a la contaminación, las partes se obligan a proteger y preservar el medio acuático y prevenir su contaminación, dictando medidas apropiadas y cada una será responsable de los daños inferidos.

La pesca en el río de la Plata será exclusiva de cada país en su respectiva franja costera. En la zona de aguas comunes se reconocen mutuamente la libertad de pesca para buques de sus respectivas banderas. Se podrá acordar, cuando se estime necesario, los volúmenes máximos por especie y dichos volúmenes de captura serán distribuidos por partes iguales.

Cada parte tiene derecho a realizar estudios e investigaciones científicas, "en todo el río", según el artículo 57, bajo condición de informar sus características y los resultados obtenidos.

Con relación a los ríos compartidos con Brasil, la empresa Agua y Energía Eléctrica de la Argentina y Centrais Elétricas Brasileiras S.A.-Eletrobras de Brasil celebraron un convenio en marzo de 1972 para el estudio de los aprovechamientos eléctricos en los tramos fronterizos del río Uruguay y del río Pepiri-Guazú.

Aunque el debate se planteó con motivo de la adopción de la Declaración sobre el Medio Humano en la Conferencia de Estocolmo de 1972, es decir, dentro de un marco más amplio que la utilización de ríos internacionales de curso sucesivo, Argentina y Brasil han sostenido posiciones encontradas sobre el tema de consulta e intercambio de información cuando un Estado decide realizar una obra que puede causar perjuicios graves en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional. La opinión pública internacional y las nacionales de ambos países relacionaron la consideración de este tema, con la construcción de represas en el Alto Paraná, en territorio brasileño o en el tramo compartido del río entre Brasil y Paraguay.

Las diferencias no pudieron ser solucionadas en Estocolmo y fueron enviadas al XXVII Período de Sesiones de la Asamblea General, en la que los Cancilleres de ambos países acordaron presentar conjuntamente un proyecto de resolución, con el propósito de reflejar el acuerdo que regiría las "relaciones entre ambos países" y también otras situaciones regionales o multilaterales. El acuerdo fue formalizado entre los dos países por medio de cambio de notas y, separadamente, fue adoptado por la Asamblea General en la Resolución 2995 (XXVII). En él se subraya "que, en la exploración, la explotación y el desarrollo de sus recursos naturales, los Estados no deben causar efectos perjudiciales sensibles en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional". También

se reconoce "que la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente, incluso la cooperación para la ejecución de los principios 21 y 22 de la 'Declaración sobre el Medio Humano', se logrará adecuadamente dándose conocimiento oficial y público de los datos técnicos relativos a los trabajos a ser emprendidos por los Estados dentro de su jurisdicción nacional, con el propósito de evitar perjuicios sensibles que puedan ocasionarse en el medio humano del área vecina"; finalmente reconocen que "los datos técnicos mencionados serán dados y recibidos con el mejor espíritu de cooperación y buena vecinidad, sin que ello pueda ser interpretado como facultando a cualquier Estado a retardar o impedir los programas y proyectos de exploración, explotación y desarrollo de los recursos naturales de los Estados en cuyos territorios se emprendan tales programas y proyectos".

El principio 21 de la Declaración de Estocolmo establece que "de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional". El principio 22 señala que "los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción".

Debido a desinteligencias sobre la interpretación de este acuerdo, con motivos del llenado de la represa Isla Solteira, el Gobierno argentino denunció el Acuerdo de Nueva York, en julio de 1973.

Con Chile se acordó en el Acta de Santiago, de junio de 1971, las reglas que servirán de bases para una convención que reglamente en forma plena los recursos hidrológicos de las cuencas argentino-chilenas. Dicha convención no ha sido aún celebrada. Estas reglas, se declaran inmediatamente aplicables.

Se establece que "la utilización de las aguas fluviales y lacustres se hará siempre en forma equitativa y razonable" y que las partes evitarán la contaminación y preservarán los recursos hidrológicos.

En cuanto al aprovechamiento se concuerda que en los tramos contiguos, dicho aprovechamiento deberá ser precedido por acuerdo bilateral. En los ríos y lagos de curso sucesivo, se reconoce el derecho a

utilizar las aguas correspondientes al tramo de sus respectivos territorios, "en razón de sus necesidades y siempre que no cause perjuicio sensible a la otra" (art. 4º). Para el aprovechamiento de este tipo de río de curso sucesivo se establece un procedimiento por el cual el Estado que se proponga realizar las obras deberá facilitar previamente al otro el proyecto para "determinar los efectos que dicha obra producirá en el territorio del Estado vecino". La Parte requerida dentro de los cinco meses deberá comunicar si hay algún aspecto de la obra que pueda causarle perjuicio sensible, indicando razones. El acta prevé que los diferendos que se puedan producir serán resueltos por una Comisión Técnica Mixta y en caso de subsistir, por la vía diplomática u otro medio elegido de común acuerdo.

4. En el orden multilateral Argentina firmó con Uruguay y Brasil, en 1960, una Declaración Conjunta referente a la construcción de la represa de Salto Grande. En dicho instrumento el gobierno brasileño manifiesta que ve con buenos ojos la ejecución de las obras. A su vez, dicho gobierno se reservó, de acuerdo con la doctrina y prácticas internacionales, el derecho de solicitar y obtener una justa indemnización por los daños que puedan causarse en territorio brasileño durante la construcción y explotación de la obra y el derecho a ser oído en caso que se alteren las condiciones del proyecto. Los gobiernos reafirman el derecho de libre navegación del río, así como la no discriminación en la utilización de las esclusas, ni en el pago de tasas, ni en la prestación de servicios. Se reconoce al Brasil el derecho de libre realización de obras hidráulicas, de acuerdo con los instrumentos internacionales vigentes y demás normas del derecho internacional, en el tramo brasileño del río Uruguay y sus afluentes. A su vez, el gobierno brasileño, en el caso que estas obras alteraran el régimen actual del río Uruguay se compromete a consultar a los demás ribereños de acuerdo con la doctrina y la práctica internacionales.

Argentina, Bolivia y Paraguay celebraron en 1941 un acuerdo sobre el aprovechamiento de las aguas del río Pilcomayo por el que se crea una Comisión Internacional para que estudiara y proyectara las medidas necesarias para intentar la navegación de dicho río, así como para reglamentar la pesca, el riego o el uso industrial de sus aguas.

En 1974, Argentina, Bolivia y Paraguay celebraron un acuerdo en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo para investigar los recursos de la cuenca del Pilcomayo, inclusive la regulación integral del río, la utilización racional de sus recursos hídricos con el objeto de formular anteproyectos que aseguren la continuidad física del río.

A iniciativa de Paraguay y Bolivia, se reunió del 27 de enero al 6 de febrero de 1951, la Conferencia Regional de los Países del Plata con objeto de hacer cumplir cláusulas de índole económica y de tránsito comercial del Protocolo de Buenos Aires del 12 de junio de 1945. En dicha oportunidad se firmaron nueve convenios, varias resoluciones y declaraciones. La Resolución XIV recomendó que se constituyeran comisiones "para estudiar las posibilidades de mejorar las condiciones de navegación de los ríos del sistema hidrográfico del Plata" y que "los Estados representados, inspirados en los principios aprobados por la VII Conferencia Internacional Americana de Montevideo, celebren entre sí convenios sobre uso industrial y agrícola de estos ríos".

Desde entonces hasta 1967, la cuenca del Plata no fue objeto de ninguna reunión o instrumento internacionales. En febrero de 1967 se reunió en Buenos Aires, a iniciativa del gobierno argentino, la primera reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata. En esa oportunidad los ministros de Relaciones Exteriores de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron una Declaración Conjunta. Este importante instrumento expresa en su artículo 1º la decisión de llevar a cabo "el estudio conjunto e integral de la Cuenca del Plata con miras a la realización de un programa de obras multinacionales, bilaterales y nacionales útiles al progreso de la región". Se constituye el Comité Intergubernamental Coordinador (C.I.C.) integrado por los Embajadores acreditados en Buenos Aires y el que designe el gobierno argentino, con la misión de centralizar informaciones y encaminarlas a los gobiernos interesados, así como la coordinación conjunta que se estime necesaria. Las decisiones serán unánimes. El estudio deberá tomar en consideración, principalmente, los siguientes temas: *a)* las facilidades y asistencia a la navegación, *b)* la interconexión fluvial, ferroviaria y aérea, construcción de poliductos y el establecimiento de telecomunicaciones eficientes, *c)* la complementación mediante la promoción y radicación de industrias de interés de la cuenca, *d)* la complementación económica de áreas limítrofes y *e)* la cooperación mutua en programas de sanidad, lucha contra las epidemias y educación.

Tal como había previsto la Declaración de Buenos Aires, tuvo lugar en Santa Cruz de la Sierra la segunda reunión de Cancilleres de la Cuenca, que aprobó en el Acta de Santa Cruz el Estatuto del Comité Intergubernamental Coordinador (C.I.C.), que rige actualmente. Las finalidades de este organismo son: "promover, coordinar y seguir la marcha de las acciones multinacionales encaminadas al mejor aprovechamiento de los recursos de la Cuenca del Plata y al desarrollo armóni-

co y equilibrado de la región en orden al logro de los objetivos fijados por los Cancilleres de los Países de la Cuenca en las reuniones celebradas a este fin". El Comité centraliza el intercambio de informaciones (art. 1º). Está integrado por representantes de los cinco países y podrán ser los Embajadores acreditados en su sede, que se fija en Buenos Aires. El C.I.C. podrá, entre sus atribuciones, proponer planes de estudio e investigación; someter a los gobiernos programas de acción en procesos multinacionales, también en el orden bilateral si así fuese decidido y en lo nacional, cuando el país interesado se lo pidiere; recibir información y distribuirla; gestionar ante organismos nacionales e internacionales, cuando lo solicitaran los Gobiernos, la realización de estudios o investigaciones y la asistencia técnica y financiera y proponer fechas y agenda de las reuniones de cancilleres. Se crea una Secretaria, con carácter permanente, dirigida por un Secretario y con un personal de funcionarios internacionales que designa el Comité, a propuesta del Secretario. El Comité es de funcionamiento permanente y sus decisiones serán adoptadas unánimemente. El presupuesto se paga por partes iguales. Este Comité ha trabajado activamente desde su creación.

En la reunión de Brasilia de 1969, se aprobó el Tratado de la Cuenca del Plata**, destinado "a afianzar la institucionalización del Sistema de la Cuenca del Plata", persuadidos que "la acción mancomunada permitirá el desarrollo armónico y equilibrado así como el aprovechamiento óptimo de los grandes recursos naturales de la región". El artículo 1º del Tratado extiende su ámbito no sólo a la cuenca geográfica en sí, sino también a sus áreas de influencia directa, y dice; "Las Partes Contratantes convienen en mancomunar esfuerzos con el objeto de promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata y de sus áreas de influencia directa y ponderable". Es decir, se busca el desarrollo de los recursos de la región, sin tener en cuenta su situación geográfica; el concepto de "espacio económico" prevalece sobre el espacio político. A la integración física se llegará por medio de las grandes obras de infraestructura que permitan una libre circulación de bienes, servicios y personas. Este desarrollo y esta integración abarca no sólo la cuenca geográfica en sí, sino también áreas aledañas de otras cuencas, pero de su influencia directa.⁶²

** Vid. Ruda, José Maria, *Instrumentos Internacionales*, págs. 267-270.

⁶² Ver la interesante conferencia del Dr. Enrique Ferrer Vieyra, en la Universidad de Córdoba en octubre de 1970 sobre "Cuenca del Plata. Su incidencia en la política exterior argentina".

Con este objetivo se promoverán estudios, programas y obras, identificación de áreas de interés común y formulación de entendimientos operativos e instrumentos jurídicos para: "a) la facilitación y asistencia en materia de navegación; b) la utilización racional del recurso agua, especialmente a través de la regulación de los cursos de agua y su aprovechamiento múltiple y equitativo; c) la preservación y fomento de la vida animal y vegetal; d) el perfeccionamiento de las interconexiones viales, fluviales, aéreas, eléctricas y de telecomunicaciones; e) la complementación regional mediante la promoción y radicación de industrias de interés para el desarrollo de la Cuenca; f) la complementación económica de las áreas limítrofes; g) la cooperación mutua en materia de educación, sanidad y lucha contra las enfermedades; h) la promoción de otros proyectos de interés común y en especial aquellos que tengan relación con el inventario, evaluación, y el aprovechamiento de los recursos naturales del área; i) el conocimiento integral de la Cuenca del Plata".

El mecanismo del Tratado prevé una reunión anual de Cancilleres, "a fin de trazar directivas básicas de política común" para el logro de los propósitos del Tratado, evaluar los resultados obtenidos, celebrar consultas sobre la acción de los respectivos gobiernos para el desarrollo multilateral integrado, dirigir la acción del C.I.C. y adoptar las providencias necesarias para el cumplimiento del Tratado, a través de realizaciones concretas. Las decisiones se toman por unanimidad.

Para promover, coordinar y seguir la marcha de las acciones multinacionales y de la asistencia técnica y financiera y ejecutar las decisiones que adopten los ministros, se reconoce al Comité Coordinador como órgano permanente de la Cuenca, que se rige, de acuerdo con el Tratado, por el Estatuto adoptado en 1968 en Santa Cruz de la Sierra, al que ya nos hemos referido.

Las Comisiones Nacionales o Secretarías podrán establecer contactos bilaterales, manteniendo debidamente informado al C.I.C.

Por supuesto, que el programa de desarrollo multinacional de la Cuenca, no impide los proyectos y empresas que cada parte decida realizar en su propio territorio que, según el artículo 5º, deberá hacerse "dentro del respeto al derecho internacional y según la buena práctica entre naciones vecinas y amigas".

En la IVª Reunión de Cancilleres de la Cuenca que tuvo lugar en Asunción, en junio de 1971, se adoptó la Declaración de Asunción***, donde se dejan consignados los puntos en los que ya hubo acuerdo res-

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 271-72.

pecto al aprovechamiento de los ríos internacionales, sobre la base de lo recomendado por el grupo de expertos del recurso agua. Estos puntos asumen fundamental importancia en el régimen jurídico de la Cuenca del Plata y sobre su base deberán seguirse los estudios.

Se acordó, respecto a los ríos internacionales contiguos, de soberanía compartida, que cualquier aprovechamiento será precedido de acuerdos bilaterales. En cuanto a los ríos internacionales de curso sucesivo, como no existe soberanía compartida en los tramos correspondientes a cada país, "cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la Cuenca" (art. 2º).

La Declaración prevé un sistema para intercambio de datos hidrológicos y meteorológicos.

Respecto a la navegación se establece que los Estados procurarán mantener las mejores condiciones de navegabilidad en los tramos que corresponden a su soberanía, pero las obras que realicen a estos efectos no deben afectar de modo perjudicial otros usos actuales del sistema fluvial. A su vez las obras con otros fines que la navegación, no deben alterar la navegabilidad de los ríos.

5. Refiriéndonos ahora a la doctrina, tanto el Instituto de Derecho Internacional, como la International Law Association, han aprobado resoluciones sobre este tema.

En 1911, el Instituto en su sesión de Madrid, preocupado por la falta de normas específicas, en aquel momento aprobó una resolución sobre reglamentación internacional de uso de las aguas internacionales, excluyendo la idea "de una entera autonomía de cada uno de ellos sobre el tramo de la corriente natural que es objeto de su soberanía". En los ríos que dividen Estados, no se podrán realizar modificaciones sin el consentimiento del otro y no se deberá utilizar el agua, si se causa un perjuicio grave al aprovechamiento por otro Estado. Si el río atraviesa sucesivamente varios Estados no se deben retirar volúmenes de agua tal que alteren gravemente la constitución del río, no se debe infringir el derecho de navegación, se debe prohibir la contaminación y el Estado que realice obras no debe causar inundaciones aguas arriba.⁶³

En 1961, en la sesión de Salzburgo el Instituto volvió a aprobar una resolución sobre utilización de aguas internacionales no marítimas (excepto para la navegación), en la que se reconoce la existencia de las

⁶³ Naciones Unidas, *Problemas jurídicos relativos al Aprovechamiento y Uso de los Ríos Internacionales*, A/5409, vol. III, págs. 473-474.

reglas de derecho internacional que enumera. La resolución utiliza el concepto de cuenca y establece el derecho de todo Estado de utilizar las aguas que atraviesen su territorio o corran a su largo, dentro de los límites impuestos por el derecho internacional y los derechos de los otros Estados de la Cuenca. No se emprenderán obras o hará uso de las aguas, si se afecta las posibilidades de su utilización por otros Estados, salvo que se le dé equitativamente el disfrute de las ventajas, así como reparación por cualquier daño o perjuicio. Las obras no se emprenderán sin notificación previa y si hay objeciones, se negociará a fin de llegar a un acuerdo; si no se llegare al mismo, el asunto se someterá a la solución arbitral o judicial y si el Estado que se opone a los trabajos rehúsa este método de solución, la otra Parte podrá comenzar los trabajos.⁶⁴

Las llamadas "Reglas de Helsinki" sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales de la International Law Association, fueron aprobadas en 1966. Como ya lo hemos señalado en el punto anterior referente a la navegación, estas reglas parten del concepto de cuenca hidrográfica internacional. En cuanto a la utilización de las aguas se sostiene que todo Estado ribereño tiene derecho a una participación razonable y equitativa en sus usos beneficiosos (art. IV), lo que se determinará teniendo en cuenta los factores pertinentes de cada caso particular, entre los que deben considerarse a geografía, la hidrografía, el clima, la utilización pasada y actual, las necesidades económicas y sociales, la población, los costos comparativos con otros medios para satisfacer las necesidades económicas y sociales, la disponibilidad de otros recursos, la prevención del desaprovechamiento innecesario del empleo de las aguas, la posibilidad de indemnización y el grado en que se pueden satisfacer las necesidades de un Estado sin causar perjuicio notable a un Estado corribereño (art. V). En caso que surjan disputas se describe un procedimiento de arreglo de controversias (cap. 6º), en el que se recomienda que se proporcionen informaciones pertinentes y adecuadas respecto a las aguas, sus usos y actividades conexas. Cualquier proyecto de construcción o instalación que pueda alterar el régimen de la cuenca deberá ser notificado a todo otro Estado ribereño cuyos intereses puedan verse afectados (art. XXIV). Si surgiera una controversia se recomiendan la negociación, recurso a una comisión mixta, buenos oficios, mediación, conciliación, arbitraje o recurso judicial.

⁶⁴ American Journal of International Law, vol. 56, núm. 3, July 1962, págs. 737-738.

6. En el arbitraje sobre el Lago Lanoux en 1956 entre Francia y España, se discutieron los derechos de Francia de construir una presa, derivando aguas de dicho lago. El lago, situado totalmente en territorio francés y alimentado por afluentes que nacen en su territorio, desagua en el arroyo Font-Vive, que es una de las fuentes del río Carol, que atraviesa Francia y España y es utilizado para riego en ambos países. Francia se proponía levantar una presa hidroeléctrica en el río Ariège, derivando aguas del lago, para luego ser devueltas al cauce original.

España sostuvo que el plan perjudicaría las condiciones de la cuenca, pues la devolución de aguas dependía de la voluntad humana y con ello, no se preservaría la igualdad de derechos de las partes, por lo que era necesario el acuerdo previo. España sostuvo que se violaba el Tratado de Bayona de 1866 y el Protocolo Adicional de la misma fecha que fija la frontera del valle de Andorra al Mediterráneo y establece el régimen del goce de las aguas comunes a ambos países. Por ello exigía España el acuerdo previo de los gobiernos para la ejecución de la obra.

Francia sostuvo que el asunto era de su exclusiva competencia y que no se violaba el Tratado, ni el Protocolo adicional mencionado.

El Tribunal Arbitral determinó que los Tratados no exigían acuerdo previo y que las obras estaban en territorio francés y que sus efectos también se harían sentir allí. Francia, dijo el Tribunal, estaba haciendo uso de su derecho y era juez único de las obras a realizarse en su territorio.

En la Corte Suprema de Estados Unidos debido a problemas entre Estados sobre aprovechamiento de ríos interestatales el problema ha sido discutido varias veces.⁶⁵

⁶⁵ *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46 (1907); *Wyoming v. Colorado*, 259 U.S. 419 (1922); *North Dakota v. Minnesota*, 263 U.S. 365 (1923); *Arizona v. California*, 283 U.S. 423 (1931); 292 U.S. 341 (1934); 298 U.S. 558 (1936); *Connecticut v. Massachusetts*, 282 U.S. 660 (1931); *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901); 200 U.S. 496 (1906); *Nebraska v. Wyoming*, 235 U.S. 589 (1945).

X. OTRAS AGUAS

99. GOLFOS Y BAHÍAS. — Este tema fue considerado y actualizado al tratar en el § 92.1 el problema de la delimitación del mar territorial con referencia al trazado de las líneas de base del mar territorial.

Los derechos del Estado costero en los golfos o bahías considerados con un criterio geográfico, dependen del trazado de las líneas de base. La zona de mar dentro de la bahía que se encuentra entre la costa y dicha línea de base trazada conforme con el derecho internacional, es considerada aguas interiores, donde el Estado ejerce plena soberanía. La zona de mar que está aguas afuera de la línea de base, estará sometida al régimen del mar territorial en la extensión correspondiente. Si la bahía o golfo excede más de 21 millas entre los puntos naturales de entrada, puede existir en la bahía una zona de aguas interiores, otra de mar territorial y otra de alta mar.

1. Vattel (1758) manifestó que al Estado costero corresponde el golfo o bahía cuya entrada puede ser defendida por hallarse bajo el fuego cruzado del cañón desde sus dos extremidades opuestas. La doctrina adaptó luego esa fórmula a la “regla de las tres millas”, expresando que el golfo o bahía cuya embocadura, entre sus dos cabos opuestos, es menor de seis millas (el doble de la “regla de las tres millas”) pertenecen al Estado costero, siendo entendido que fuera de ese golfo o bahía el mar territorial tiene como “línea de base” una recta imaginaria tendida entre los referidos cabos extremos; y si la embocadura excede de seis millas, el golfo o bahía es mar libre con excepción de la franja de mar territorial que dentro del golfo o bahía corresponde al Estado costero.

Algunos tratados —todos relativos al derecho de pesca— extendieron esa fórmula a diez millas (18.520 metros), medidas en línea recta uniendo dos puntos opuestos del golfo o bahía.⁶⁶ Esta ampliación a diez

⁶⁶ Trátase de convenciones concertadas entre Gran Bretaña y Francia (1839, 1843, 1867), Gran Bretaña y Alemania (1868 y 1874), España y Portugal (1885) y Gran Bretaña y Dinamarca (1901); siendo de advertir que un tratado análogo, subscripto entre Gran Bretaña y Estados Unidos en 1888, no llegó a entrar en vigor por no haber sido aprobado por el Senado de Washington.

Análoga estipulación se ha consignado en la convención colectiva del 6 de mayo de 1882 sobre la pesca en el Mar del Norte.

Debe observarse que las convenciones anteriores a la colectiva de 1882 son aplicables solamente a las bahías cuya embocadura sea inferior a diez millas, mientras que la convención de 1882 y las ulteriores establecen que las diez millas se miden en el punto más cercano a la entrada en que esa distancia no exceda de diez millas, es decir, aunque la embocadura de la bahía tenga amplitud mayor.

millas se fundó en una razón de orden práctico: el navegante que viene desde el mar no se expone a error, porque cuando divisa costas a uno y otro lado sabe que se encuentra en la embocadura de un golfo o bahía, ya que el alcance normal de la vista, estando el observador al nivel de las aguas, es generalmente de cinco a seis millas. El Tribunal de Arbitraje de La Haya, al decidir en 1910 el litigio entre Estados Unidos y Gran Bretaña relativo a las pesquerías de Terranova, recomendó en su fallo, haciendo uso de las facultades que le confería el compromiso arbitral, que en ciertas bahías muy extensas de la región adoptarían las partes determinadas líneas limítrofes que él mismo precisaba y en cuanto a las demás bahías recomendó, aplicando la fórmula de la Convención de 1882, que se trazara una línea perpendicular "a tres millas en dirección hacia el mar, desde una línea recta atravesando la bahía en la parte más cercana a la embocadura y en el primer punto en que su ancho no exceda de diez millas". Ambas partes formularon un acuerdo especial para dar cumplimiento a estas recomendaciones.⁶⁷

La Corte Internacional de Justicia resolvió en 1951 que la "regla de las diez millas" no era aplicable en el caso antes mencionado del litigio entre el Reino Unido y Noruega. Expresó el tribunal que aun cuando esa regla ha sido adoptada por ciertos Estados en su derecho interno y en sus tratados y aunque algunas decisiones arbitrales la han aplicado entre esos Estados, otros Estados (entre ellos Noruega, que por ser contraria a esa regla se ha negado a hacerse parte en la convención de 1882 sobre pesca en el Mar del Norte) han adoptado un límite diferente; y por lo tanto —decía la Corte— la "regla de las diez millas" no ha adquirido la autoridad de una regla general del derecho internacional.

La Convención de Ginebra, de 1958, sobre Mar Territorial, adoptó en su artículo 7º, al que ya nos hemos referido, la regla de las 24 millas entre las líneas de bajamar de los puntos naturales de entrada de una bahía. Si la boca excede las 24 millas, "se podrá trazar, dentro de la bahía una línea de base recta de 24 millas, de manera que encierre la mayor superficie que sea posible encerrar con una línea de esa longitud".

⁶⁷ En la Conferencia de Codificación (La Haya, 1930), el proyecto redactado por el ponente del 2º Subcomité decía lo que sigue: "En el caso de bahías en las costas pertenecientes a un solo Estado, la extensión de las aguas territoriales se medirá desde una línea recta tendida a través de la embocadura de la bahía; si esta embocadura excediere de diez millas, la línea se trazará en el lugar más próximo a la entrada en que la embocadura no exceda de diez millas". Esto importaba adoptar la fórmula de la convención colectiva de 1882. Pero el subcomité no alcanzó un acuerdo unánime sobre el punto, y el problema quedó en suspenso.

2. Las bahías históricas a las que nos referimos en el número 92-1, están sometidas al régimen de las aguas interiores. La Convención sobre el Mar Territorial, de 1958, excluye a las bahías históricas del régimen establecido por ella para las bahías.

Esa noción, insinuada en 1793 con respecto a la bahía Delaware por los Estados Unidos, fue sustentada por Gran Bretaña en 1877 con referencia a la bahía de Concepción, en Terranova;⁶⁸ y ha sido invocada con respecto a la bahía de Cancale, en Francia, como también a la desembocadura del río Tajo, en Portugal, a la bahía Hudson, en Canadá, y al golfo de Fonseca, que baña las costas de El Salvador, Honduras y Nicaragua.

El Instituto de Derecho Internacional adoptó la misma noción en 1894 (sesión de París), puesto que al recomendar la anchura de doce millas —por ser el doble de las seis millas que juzgaba necesarias para la extensión del mar territorial—, expresaba que aquella medida era aceptable a “menos que un uso continuo y secular hubiere consagrado amplitud mayor”. Y esta misma salvedad fue mantenida por el Instituto de Derecho Internacional cuando en 1928 (sesión de Estocolmo) recomendaba seis millas y no ya doce.

Luis María Drago, siendo miembro del tribunal arbitral llamado a decidir el litigio entre Estados Unidos y Gran Bretaña con relación a las pesquerías de Terranova (1910), al fundamentar un voto en disidencia y después expresar que en cuanto a las bahías no parece existir regla general de derecho internacional que pueda considerarse definitiva, precisó la noción de las “bahías o estuarios históricos” mencionando las bahías de Chesapeake y Delaware y el Río de la Plata. Sostuvo con razón Drago que las “bahías o estuarios históricos” forman una categoría distinta y deben considerarse territoriales, cualesquiera que sean la anchura de su entrada y su penetración en la tierra firme, cuando el Estado costero ha afirmado sobre ellos su soberanía y circunstancias particulares tales como la configuración geográfica, el uso inmemorial y sobre todo las necesidades de la propia defensa justifican esa pretensión.

3. Para el caso que el golfo o bahía pertenezca a dos o más Estados, ya sea porque las costas de ambos estén situadas frente a frente o sean adyacentes, es de aplicación el artículo 12 de la Convención sobre Mar Territorial que establece la regla de la equidistancia, salvo la existencia de derechos históricos u otras circunstancias especiales.

⁶⁸ Moore, *Digest*, t. I, págs. 735 y 740.

100. ESTUARIOS. — Se llama estuario a la desembocadura de un río cuyo cauce ha sido excavado y ensanchado considerablemente por el constante flujo y reflujó de mareas poderosas y por ser sus costas y el lecho de constitución endeble. En tales circunstancias, el estuario depende del mar, tanto por su conformación como por el volumen y la profundidad de las aguas; y el régimen de su navegación —que es lo que interesa del punto de vista internacional— está gobernado por el mar, como lo están los golfos y bahías, que no son sino meros accidentes de las costas marítimas, aunque más notorios que otras sinuosidades. Es por ello sin duda que, según la doctrina, la condición jurídica de los estuarios se ha asimilado a la de los golfos y bahías.

Debemos advertir, sin embargo, que no toda desembocadura de un río, por más que presente mucha amplitud, constituye un estuario. Por ejemplo, el Río de la Plata no es un estuario, aunque a veces se lo denomine impropriamente de esa manera: su régimen no depende del mar sino de las aguas de los dos grandes ríos que lo forman —el Paraná y el Uruguay—, los cuales depositan en su seno el limo que acarrean en abundancia; es un río característico, vastísimo por su anchura, escaso de profundidad y navegable por buques de ultramar siguiendo solamente por determinados canales que se mantienen a la profundidad necesaria por medio de continuo dragado y que están señalados por boyas luminosas y un buque-faro. Siendo así, es indudable que el Río de la Plata no se halla en la condición jurídica que se asigna en abstracto a los golfos y bahías.

101. MARES CERRADOS O LAGOS CERRADOS. — Las grandes extensiones de agua que no tienen salida al mar abierto llámanse mares cerrados o lagos cerrados.

Cuando están enclavados en el territorio de un solo Estado, corresponden a la soberanía y al uso exclusivo de ese Estado. Cuando bañan las costas de dos o más Estados entiéndese generalmente en la doctrina que la soberanía debe ejercerse por los Estados respectivos en los sectores proporcionales a sus costas, teniendo por límite la línea media salvo que sean navegables y no existia *Thalweg* —porque si lo hay se aplica éste—, y en cuanto al uso se considera que es exclusivo de cada uno de los ribereños en su respectivo sector; sin embargo, en la práctica estos problemas se han resuelto mediante tratados especiales.

102. MARES INTERIORES O LAGOS INTERIORES.— Los mares interiores o lagos interiores son vastas extensiones de agua que, encontrándose embolsadas dentro del territorio de uno o más Estados, se comunican con el mar abierto mediante uno o más pasos navegables.

La doctrina entiende generalmente que si sólo existe un Estado costero y él domina a la vez el canal de acceso, la soberanía y el uso corresponden exclusivamente en ellos al Estado costero; pero, si no se cumplen ambas condiciones, los Estados riberaños ejercen soberanía en el respectivo mar territorial y el sector interno debe considerarse alta mar, y por lo tanto abierto a la navegación de todas las banderas.

En la práctica, la condición jurídica de los principales mares o lagos interiores se ha regulado mediante tratados cuando ellos pertenecen a varios Estados, como es el caso, por ejemplo, del Mar Negro y de los grandes lagos situados entre Canadá y Estados Unidos.

103. ESTRECHOS Y CANALES MARÍTIMOS NATURALES.— Según la doctrina, en los estrechos y canales marítimos naturales que tengan en todo su cauce un ancho mayor del doble de la extensión adoptada para el mar territorial por los respectivos Estados costeros, la soberanía corresponde al Estado o Estados costeros hasta donde alcance su mar territorial y la zona marítima excedente se considera alta mar; si el ancho fuere menor o igual al doble de la extensión del mar territorial como antes se ha indicado y sólo hubiere un Estado costero, la soberanía corresponde a éste, y si hubiese más de un Estado costero la soberanía se divide entre ellos siguiendo el *Thalweg* en caso de que el estrecho o canal sea navegable y de lo contrario la línea media del cauce. Si en el estrecho o canal existen senos considerables, golfos o bahías, es evidente que las reglas indicadas no pueden ser inflexibles: los referidos senos, siempre que tengan dimensión relativamente importante, constituyen zonas de mar libre.

El derecho de navegación en los estrechos o canales marítimos naturales está regido, en principio, por la condición jurídica en que se encuentran las extensiones marítimas que ellos comunican. Cuando unen dos mares libres, la navegación en los estrechos o canales es libre, sea cual fuere el ancho de su cauce; pero, si comunican con un mar interior y la navegación en éste se halla restringida, la navegación puede ser igualmente restringida en el estrecho o canal, siempre que sus dos costas pertenezcan al Estado que ejerce soberanía en el mar interior y el estrecho o canal no tenga un ancho mayor del doble de la extensión del mar

territorial. Es entendido que el Estado costero no puede imponer derechos de peaje por el tránsito en el estrecho o canal, pues ello importaría una traba infundada y permanente a la navegación, pero puede cobrar tasas equitativas en retribución de los servicios que preste.⁶⁹ En tiempo de guerra, siendo beligerante alguno de los Estados costeros, el derecho de navegación se rige por las normas que corresponden al mar territorial o a la alta mar, según el caso.

El principio de libertad de navegación de los estrechos internacionales ha sido reconocido, aun cuando las costas pertenezcan a un mismo Estado, no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia internacional y en la Convención de 1958 sobre Mar Territorial. El derecho de paso inocente de barcos de guerra por los estrechos fue confirmado en el caso del Canal de Corfú, aun existiendo circunstancias excepcionales. La Corte Internacional de Justicia dijo en 1948 que en tal caso Albania "estaría justificada en establecer reglamentaciones respecto al paso de barcos de guerra por el estrecho, pero no en prohibir este pasaje o en subordinarlo al requerimiento de una autorización especial". Por su parte el artículo 16, inciso 4º, de la Convención sobre Mar Territorial dispone que: "El paso inocente de buques extranjeros no puede ser suspendido en los estrechos que se utilizan para la navegación internacional entre una parte de la alta mar y otra de la alta mar, o el mar territorial de un Estado extranjero".

Este artículo contiene una definición de estrecho que contempla dos situaciones: los estrechos usados para la navegación entre dos partes de alta mar y los que conectan la alta mar con el mar territorial de un Estado y usado, en consecuencia, para la navegación entre el puerto de este Estado y la alta mar. Al discutirse este artículo en Ginebra, en 1958, se tuvo particularmente en cuenta y se lo asoció directamente a la situación existente entre Egipto e Israel, en el estrecho de Tirán, entrada del golfo de Agaba, que da acceso al puerto de Eilat en Israel desde el Mar Rojo. Egipto había tomado medidas que significaban el bloqueo del puerto israelí. El voto no sólo significó una toma de posición de los Estados hacia el principio de libre navegación de los estrechos, sino

⁶⁹ En virtud de una antigua costumbre, legalizada por diversos tratados a partir del siglo XIV, Dinamarca cobraba un derecho de peaje a los buques extranjeros que pasaban por los estrechos del Sund y de los Belts. Ese régimen fue abolido por un tratado suscrito en Copenhague el 14 de marzo de 1857 entre Dinamarca y varios Estados,* estableciéndose que aquélla recibiría como rescate determinada suma de dinero, pero seguiría prestando los servicios de faros, balizas y pilotaje y podría cobrar por ello ciertas tasas que allí se especifican.

también en el conflicto árabe-israelí. El voto de dos tercios apoyó la tesis de incluir ambos tipos de estrechos.

La condición jurídica de algunos estrechos importantes ha sido reglada mediante tratados concertados entre los principales interesados, según se verá en seguida.

1. Los Estrechos de los Dardanelos y el Bósforo han estado sometidos, del punto de vista internacional, a diversos regímenes, que han dependido de la situación política imperante en la región del Mar Negro, al cual sirven aquéllos de comunicación con el Mediterráneo.

Desde 1453, en que Turquía obtuvo el dominio de los Balcanes y del Mar Negro, los referidos estrechos estuvieron sometidos durante más de tres siglos a la "regla otomana", consistente en el cierre absoluto para todo buque extranjero. A partir de 1774, habiéndose hecho también Rusia ribereña del Mar Negro y más tarde Rumania y Bulgaria, la condición jurídica de aquellos estrechos sufrió modificaciones sucesivas en virtud de diversos tratados. El régimen existente hoy, establecido por el Tratado de Montreux de 1936, puede ser resumido como sigue: *a)* para los buques mercantes de todas las banderas: derecho de navegación y, en caso de guerra, siendo Turquía beligerante tienen los buques neutrales el mismo derecho a condición de no ayudar al enemigo; *b)* para los buques de guerra: en tiempo de paz, derecho de navegación, pero con respecto a los que no pertenezcan a Estados ribereños del Mar Negro se reserva Turquía la facultad de limitarla a determinado tonelaje máximo; y en tiempo de guerra, no siendo Turquía beligerante los buques de guerra de los Estados beligerantes tienen derecho de navegación siempre que obren en cumplimiento del Pacto de la Sociedad de las Naciones o de un tratado de asistencia mutua en que Turquía sea parte, y los buques de guerra de los neutrales tienen el mismo derecho de navegación que en tiempo de paz, pero cuando Turquía es beligerante o se siente en peligro inminente de guerra puede impedir el paso o permitirlo.

2. En el Estrecho de Magallanes, ambas costas pertenecen a Chile, con excepción de nueve kilómetros en la parte Nordeste, entre el Cabo Virgenes y Punta Dungeness, que son territorio argentino. El estrecho presenta configuración muy irregular, de manera que su ancho varía entre 1 1/2 millas y 28 millas. Por tanto, de conformidad con las normas establecidas por la doctrina, en el interior del estrecho existen zonas de mar libre.⁷⁰

⁷⁰ El 15 de diciembre de 1914, con motivo de la guerra europea, el gobierno chileno dictó un decreto estableciendo que a los efectos de la neutralidad "las aguas interiores del Estrecho de Magallanes y de los canales de la región austral, aun las partes que están más

La soberanía en las aguas del Estrecho de Magallanes está restringida en virtud del artículo 5º del tratado de límites entre la República Argentina y Chile, de 1881, que dice así: "El Estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegurada su libre navegación para las banderas de todas las naciones", y agrega que "en el interés de asegurar esa libertad y neutralidad no se construirán en las costas fortificaciones ni defensas militares que puedan contrariar ese propósito".

3. El régimen de navegación en el Estrecho de Gibraltar está regulado por la declaración Anglo-Francesa de 1904, a la que se adhirió España sobre la base de la garantía de libre navegación. La navegación de los Estrechos del Báltico está reglamentada en la Convención de Copenhague de 1857 que asegura la libertad de navegación a buques de todas las banderas.

104. CANALES ARTIFICIALES. — Los canales artificiales se construyen para comunicar con ciertos mares o ríos a fin de facilitar la navegación comercial o la defensa, y son obras realizadas por un Estado en su territorio y a su costa o mediante una concesión otorgada por él a entidades privadas. En consecuencia, ese Estado ejerce en ellos su soberanía y a él corresponde establecer las reglas que estime convenientes acerca de su uso.

En los canales marítimos más importantes, esa materia ha sido reglada en estipulaciones internacionales. Ocurre así con los canales de Suez, Kiel y Panamá, aunque no con el de Corinto.

1. El Canal de Suez fue construido en 1869 por una compañía francesa en virtud de una concesión turco-egipcia, otorgada por el término de 99 años, en la cual establecíase que el canal quedaría abierto a todos los buques mercantes, sin distinción de bandera. Una declaración hecha en 1873 por Turquía y casi todos los Estados marítimos hizo extensiva esa libertad de tránsito a las naves de guerra. Nada se estipuló, sin embargo, con respecto a la navegación en tiempo de guerra.

de tres millas distantes de una y otra ribera", debían ser consideradas "como formando parte del mar jurisdiccional o neutro". Se fundaba en que "tanto el Estrecho de Magallanes como los canales de la región austral se encuentran dentro de los límites internacionales de Chile y forman parte, por consiguiente, del territorio de la República". Ese decreto originó una reclamación diplomática del gobierno argentino y un cambio de notas.

Las reglamentaciones chilenas posteriores sobre la navegación en los canales australes, han sido adoptadas sobre las mismas bases y han dado lugar en su oportunidad a protestas sucesivas del gobierno argentino.

A raíz de la ocupación de Egipto por Gran Bretaña, producida en 1882, la situación jurídica del Canal de Suez fue precisada con mayor detalle. En virtud del Tratado de Constantinopla del 29 de octubre de 1888, en que fueron parte Alemania, Austria-Hungría, España, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, Rusia y Turquía, el Canal de Suez quedó abierto al tránsito de los buques mercantes o de guerra de todas las banderas, tanto en tiempo de paz como de guerra, y además se estableció que sus aguas o puertos de acceso no podían ser bloqueados ni podían ejecutarse en ellos actos de hostilidad, ni desembarcarse tropas o elementos bélicos, ni construirse fortificaciones permanentes, y los buques de comercio de los beligerantes debían pasar por él sin demora así como las naves de guerra de nacionalidades enemigas debían pasar con intervalo de veinticuatro horas entre sí. Por todo ello se ha dicho que el Canal de Suez estaba neutralizado.

Durante la guerra de 1914-18 esta neutralización no fue respetada: Alemania y Turquía atacaron el canal con fuerzas terrestres, y Gran Bretaña, que poseía tropas de ocupación en Egipto, desembarcó otras y construyó fortificaciones a lo largo del canal. Terminada la guerra, el régimen de 1888 fue restablecido por el Tratado de Versalles de 1919 (arts. 152 y 282) y el de Lausana de 1923 (art. 99).

El canal de Suez fue nacionalizado por Egipto en 1956, lo que originó una disputa con Gran Bretaña y Francia, la intervención armada de éstos e Israel y la guerra de Medio Oriente de 1956, que finalizó por la acción diplomática enérgica de Naciones Unidas y el desplazamiento de la Fuerza de Emergencia de Naciones Unidas, en la frontera de Egipto e Israel. Gran Bretaña y Francia reconocieron el derecho de Egipto a nacionalizar la Compañía del Canal de Suez y confirmaron la soberanía de Egipto sobre el canal. Egipto, a su vez, hizo una declaración unilateral el 24 de abril de 1957, de ajustar sus actividades al Tratado de Constantinopla, de asegurar el libre pasaje para barcos de todas las banderas, dentro de los límites del Tratado. Egipto creó la Autoridad del Canal de Suez, como persona jurídica autónoma, que debería ser dirigida como una empresa comercial y que debería mantener el canal de acuerdo a los requerimientos de la navegación moderna.

2. El Canal de Kiel, construido en 1896 por Alemania en territorio propio, fue dejado abierto por ella a la navegación de todas las banderas, con la obligación de que abonaran ciertas tasas por los servicios. En el Tratado de paz de Versalles, de 1919, se estableció (arts. 380-386) que el

guerra de todos los Estados que se hallaran en paz con Alemania, pudiendo ésta cobrar tasas equitativas pero no fortificarlo, y que cualquier divergencia sería decidida por la Corte Permanente de Justicia Internacional.

En 1921, Alemania impidió el paso por el Canal de Kiel al vapor *Wimbledon*, fundándose en que existía estado de guerra entre Polonia y la Unión Soviética, y el buque transportaba a aquella municiones de guerra. Los gobiernos de Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón acudieron a la C.P.J.I., afirmando que la actitud de Alemania era violatoria del Tratado de Versalles y solicitando fuese condenada a pagar los perjuicios sufridos por la empresa naviera. Alemania sostuvo ante el tribunal que había procedido en cumplimiento de sus deberes de neutralidad. La Corte se pronunció en 1923 condenando a Alemania a pagar determinada indemnización a favor de la compañía francesa damnificada. Manifestaba la Corte que los términos del Tratado de Versalles eran categóricos y no suscitaban duda; que “el canal había dejado de ser una vía navegable de carácter interno y nacional . . . y se había convertido en una vía internacional para proveer, bajo la garantía de un tratado, acceso más fácil para beneficio de todas las naciones del mundo”; que Alemania se había obligado a mantenerlo abierto en condiciones de igualdad para todos los buques, con la condición expresa de que pertenecieran a Estados en paz con Alemania; que los precedentes suministrados por los canales de Suez y Panamá “invalidaban de antemano el argumento de que la neutralidad de Alemania habría peligrado si sus autoridades hubiesen permitido el paso del *Wimbledon*”; finalmente expresaba que el canal había quedado asimilado a los estrechos naturales, y en éstos el paso de buques de guerra beligerantes no compromete la neutralidad del Estado que ejerce soberanía en sus aguas.

El gobierno alemán, por acto unilateral del 14 de noviembre de 1936, declaró abrogado el régimen establecido por el Tratado de Versalles. Pero desde 1945 ha sido abierto nuevamente a la navegación internacional.

3. El Canal de Panamá quedó abierto en 1914 por obra del gobierno de los Estados Unidos.

La apertura de un canal interoceánico a través del istmo —ya fuere por territorio de Panamá o de Nicaragua— fue asunto, durante muchos años, de hondo interés en Estados Unidos y en Gran Bretaña, y aun motivo de rivalidad. En 1850 ambos países acordaron, por el Tratado Clayton-Bulwer, que ninguno de ellos tendría derechos exclusivos sobre tal canal, no erigiría en él fortificaciones ni asumiría soberanía sobre el

Canal de Kiel quedaba abierto en tiempo de paz como de guerra, sobre la base de perfecta igualdad, al paso de los buques mercantes y de territorio adyacente; y construido que fuese, quedaría bajo el control de los dos países, los cuales garantizarían su "neutralidad" y lo dejarían abierto y libre para que otros gobiernos pudieran unirse a esa empresa en igualdad de condiciones. Ese tratado fue reemplazado en 1901 por el de Hay-Pauncefote en el cual se convino que los Estados Unidos tendrían el derecho de construir un canal interoceánico a través del istmo, así como el derecho exclusivo de manejar su explotación, y que el canal sería libre y estaría abierto, en condiciones de igualdad, a los buques mercantes y de guerra de todos los Estados a condición de que observen determinadas reglas específicas, que se inspiraban sustancialmente en las consignadas por la convención de Constantinopla, de 1888, para la "neutralización" del Canal de Suez. Arregladas las cosas con relación a lo estipulado en 1850 con Gran Bretaña, el gobierno de Washington tuvo que negociar con Colombia, pues el canal que se proyectaba cruzaría territorio colombiano. Se llegó a un acuerdo en el Tratado Hay-Herrán, suscrito el 22 de enero de 1903; pero el Senado de Colombia le negó su aprobación y el tratado no pudo ser ratificado. Pocos días después, el departamento de Panamá se alzó en armas y proclamó su independencia, que fue reconocida inmediatamente por Estados Unidos; y el 18 de noviembre de 1903 ambos firmaban el Tratado Hay-Bunau Varilla, que otorgaba a la Unión el derecho exclusivo y perpetuo de construir, administrar y proteger el canal, como también el uso, ocupación y control, con el ejercicio de todos los derechos inherentes a la soberanía, en una franja de territorio de cinco millas de ancho a cada lado del canal —franja conocida como "Zona del Canal"— con exclusión de las ciudades de Panamá y Colón. El artículo 2º del Tratado dispone: "La República de Panamá concede a los Estados Unidos a perpetuidad el uso, ocupación y control de una zona de tierra y de tierra cubierta por agua para la construcción, mantenimiento, funcionamiento, saneamiento y protección del citado canal de 10 millas de ancho..." y el artículo 3º agrega que "la República de Panamá concede a los Estados Unidos en la zona mencionada y descrita en el artículo 2º de la Convención, comprendida dentro de los límites de todas las tierras y aguas auxiliares mencionadas y descritas en el citado artículo 2º, todos los derechos, poder y autoridad que los Estados Unidos poseerían y ejercitarían si ellos fueran soberanos del territorio dentro del cual están situadas dichas tierras y aguas, con entera exclusión del ejercicio de tales derechos, poder o autoridad por la República de Panamá".

Además se estableció que el canal y sus entradas serían neutrales a perpetuidad y estarían abiertos a los buques de todas las banderas en condiciones de absoluta igualdad; y se agregó que los Estados Unidos podrían tener fuerzas militares, así como fortificarlo, y garantizarían la independencia de la República de Panamá. Un tratado del 2 de marzo de 1936 ha modificado esta última cláusula, estableciendo que, en caso de conflagración internacional o de amenaza de agresión en que peligre la seguridad de la República o la neutralidad o seguridad del canal, ambos gobiernos adoptarán de común acuerdo las medidas de prevención y defensa que consideren necesarias.

El Canal de Panamá, la Zona del Canal y el Gobierno de la Zona del Canal son administrados por leyes del Congreso de los Estados Unidos. Los decretos y reglamentaciones son dictados por el Presidente de Estados Unidos y otros funcionarios del gobierno de ese país que se designan para tales funciones de administración. El Congreso ha dado autorización al Presidente para gobernar la Zona del Canal por medio de un Gobernador que él nombra. La explotación comercial del Canal corresponde a una compañía que es propiedad exclusiva del gobierno estadounidense; no existen hoy títulos de propiedad privada en la Zona, todo el territorio de la Zona es propiedad del gobierno. El Presidente de la Compañía es el gobernador de la Zona y normalmente es un oficial del Cuerpo de Ingenieros del Ejército de los Estados Unidos. Casi todas las funciones del Presidente en la Zona, se ejercen por intermedio de la Secretaría de Ejército. La Zona es la sede del Comando Sur de los Estados Unidos.

Resulta de lo expuesto que en "la Zona del Canal" los Estados Unidos ejercen funciones de la soberanía como "si ellos fueran soberanos del territorio" y que el canal está abierto a la navegación de todas las banderas y está neutralizado.

Durante la primera y la segunda guerra mundial, los buques de guerra beligerantes pasaron por el Canal de Panamá mientras los Estados Unidos fueron neutrales; pero éstos, cuando se tornaron beligerantes, impidieron el paso a todos los buques de bandera enemiga.

En las últimas décadas la actitud de Panamá acerca del régimen de la Zona se ha modificado, exigiendo a Estados Unidos el reconocimiento y el ejercicio de sus derechos de soberanía. En 1955 se celebró un Tratado de Mutuo Entendimiento y Cooperación entre ambos países aumentando la suma que se pagaba a Panamá y aceptando Estados Unidos otros pedidos panameños, en cuanto a los métodos de administración. En 1960, los Estados Unidos reconocieron el derecho de Panamá para enar-

bolar su bandera en la Zona y se suprimieron los negocios para uso exclusivo de los ciudadanos de Estados Unidos. En 1964, el Presidente Lyndon Johnson anunció que Estados Unidos negociaría un nuevo tratado con Panamá, para reemplazar los anteriores, reconociendo la soberanía de Panamá sobre la Zona del canal.

Estas negociaciones, sujetas a diversas alternativas, duraron trece años y culminaron con la firma de nuevos instrumentos, en Washington, el 7 de septiembre de 1977, en presencia de numerosos jefes de Estado de América. El nuevo régimen, que entrará en vigor cuando sea ratificado por ambos países, está establecido en dos tratados, uno que se refiere a la forma de operar y la defensa del Canal de Panamá hasta 1999 y otro acuerdo que garantiza su neutralidad permanente.

El primer tratado, se refiere fundamentalmente a la forma gradual en que Panamá irá recibiendo la Zona. Sus detalles son los que siguen.

En cuanto a la operación y funcionamiento del Canal, los Estados Unidos mantendrán el control sobre todas las tierras, aguas e instalaciones, incluidas bases militares, necesarias para operar y defender el Canal, hasta el término de la duración del Tratado, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1999. Se establecerá una nueva agencia del gobierno de Estados Unidos que reemplazará a la actual Compañía del Canal de Panamá; su directorio, que fijará la política general a seguir, estará integrado por cinco norteamericanos y cuatro panameños. Hasta 1990, el administrador del Canal será norteamericano y el subadministrador panameño, invirtiéndose a partir de aquella fecha. Los panameños serán designados por el gobierno de Estados Unidos pero propuestos por el de Panamá. Personal panameño participará progresivamente en la operación del Canal, en todos los niveles, hasta asumir el control total al finalizar 1999.

Con relación a la soberanía, Panamá asumirá la jurisdicción sobre la actual Zona en la fecha en que el tratado entre en vigencia, salvo las áreas destinadas a la operación y la defensa del Canal. No existirá más gobernador de la Zona y se aplicará en ella la legislación civil y penal panameña. Panamá asumirá dentro de los treinta meses de la entrada en vigor del tratado, toda la responsabilidad policial, aduanera y judicial; además las autoridades panameñas reemplazarán a la Compañía del Canal y al Gobierno de la Zona del Canal, en cuanto al transporte público, educación, servicios postales, reparación y aprovisionamiento de buques, descarga de mercaderías, arribo y salida de pasajeros, etcétera.

Panamá y Estados Unidos serán conjuntamente responsables, durante la duración del tratado, de la defensa del Canal y su protección. Una comisión, compuesta por militares de ambos países, en igual número, tendrá a su cargo la coordinación y consulta en estos asuntos. Estados Unidos mantendrá sus fuerzas armadas, de acuerdo a lo estipulado en los acuerdos existentes con Panamá. El número de efectivos militares de Estados Unidos estacionados en la Zona no podrá ser aumentado en tiempos de paz. Al expirarse el tratado, Panamá proveerá exclusivamente las tropas y administrará las bases e instalaciones militares.

La bandera panameña ondeará en todo el territorio bajo la soberanía de Panamá y la de Estados Unidos en la sede de la agencia de administración y bases militares.

Los arreglos económicos han sido modificados substancialmente. Panamá recibirá, de ahora en adelante, 80 millones de dólares anualmente, hasta 1999. Además, los Estados Unidos se comprometen en un programa adicional, fuera del tratado, para tratar de otorgar préstamos a Panamá por 345 millones de dólares.

Los actuales funcionarios y empleados norteamericanos de la Zona continuarán en sus puestos hasta su jubilación y se prevé un sistema de reducción gradual de este personal.

La jurisdicción criminal de Estados Unidos sobre sus nacionales será reducida también gradualmente, durante los tres primeros años de vigencia del tratado. De allí en adelante, Panamá ejercerá primordialmente dicha jurisdicción, en el entendimiento que podrá reducirla a favor de Estados Unidos. Los ciudadanos norteamericanos empleados en el Canal, tendrán derecho a garantías procesales y se les permitirá cumplir sus sentencias en Estados Unidos.

Ambas Partes acordaron estudiar conjuntamente la posibilidad de construir otro canal a nivel del mar.

El otro tratado sobre la neutralidad permanente y forma de operar el Canal comienza, en su artículo 1º, declarando Panamá que dicha vía de tránsito internacional será permanentemente neutral, de acuerdo con el régimen que el propio tratado establece. El propósito de esta declaración según el artículo 2º es asegurar que tanto en tiempos de guerra, como de paz, quede asegurado y abierto el tránsito pacífico de buques de todas las naciones, en términos de igualdad, sin discriminación contra ningún Estado o sus ciudadanos, de forma tal que el Canal y en consecuencia el istmo de Panamá, no sea objeto de represalias en un conflicto armado entre otras naciones.

Los Estados Unidos y Panamá acuerdan, en el artículo 4º, mantener el régimen de neutralidad permanente, después de la terminación de otros tratados en vigor entre ellos. Asimismo, el artículo 5º establece que después de la terminación del Tratado del Canal, al que nos acabamos de referir, solamente Panamá operará el Canal y mantendrá fuerzas e instalaciones militares en su territorio.

Los buques de guerra de ambos países tendrán derecho, conforme con el artículo 6º, inciso a), a transitar por el Canal en forma expeditiva.

El Tratado contiene normas detalladas sobre el funcionamiento del Canal, bajo el régimen de neutralidad perpetua.

Conjuntamente con este Tratado se firmó un Protocolo, abierto a la adhesión de todos los Estados, por el que las partes contratantes se comprometen a respetar el régimen de neutralidad permanente, tanto en tiempo de paz, como en tiempo de guerra.

Ambos Tratados están sujetos a ratificación. En Panamá, el gobierno convocó un referéndum que dio su aprobación, a tal efecto. En Estados Unidos, el Senado dió su consentimiento por el margen estricto de dos tercios requeridos por la Constitución. El 16 de junio de 1978 los tratados entraron en vigor al intercambiarse en Panamá, los instrumentos de ratificación.

4. En cuanto al Canal de Corinto, contruido en 1903, no existen tratados; pero en la práctica el gobierno griego lo ha dejado abierto a la navegación de todas las banderas.

105. PUERTOS Y RADAS. — Los puertos están sometidos a la soberanía del Estado local, pues se encuentran enclavados en su territorio terrestre o constituyen una ampliación permanente de él.⁷¹

El artículo 8º de la Convención sobre Mar Territorial dispone que: "A los efectos de la delimitación del mar territorial, las instalaciones permanentes más adentradas en el mar que formen parte integrante del sistema portuario, se considerarán como parte de la costa".

Las radas son lugares de estacionamiento pasajero en que los buques encuentran abrigo eventual y pueden transbordar mercancías a embarcaciones menores. Aun en el caso de que estén situadas fuera del límite del mar territorial, rige en las radas la condición jurídica del mar territorial,

⁷¹ En el derecho internacional positivo, la condición jurídica de los puertos ha sido reglada a veces en los tratados bipartitos de comercio y navegación; existe además la convención colectiva sobre puertos marítimos y como protocolo anexo un estatuto que es parte integrante de él (Ginebra, 9 de diciembre de 1923).

porque requieren el ejercicio de vigilancia constante de parte del Estado local y ello importa una manifestación notoria de hechos que deben ser respetados por la comunidad internacional.

El artículo 9º de la Convención sobre Mar Territorial establece que: "Las radas utilizadas normalmente para la carga, descarga y fondeo de buques, que de otro modo estarían situadas en todo o en parte fuera del trazado general del límite exterior del mar territorial, estarán comprendidas en el mar territorial. El Estado ribereño deberá delimitar claramente esas radas e indicarlas en las cartas marinas, junto con sus límites, a los cuales ha de dar una publicidad adecuada".

Lo referente a la navegación, o mejor dicho al acceso a puertos y radas, se estudiará más adelante.

106. CONCLUSION. — Según acabamos de ver, el Estado ejerce soberanía sobre el mar territorial adyacente a sus costas y también puede ejercerla sobre otras aguas: sobre los ríos, los golfos y bahías, los estuarios, los mares y lagos cerrados, los mares y lagos interiores, los estrechos y canales y finalmente los puertos y radas.

XI. EL ESPACIO AEREO

107. NOCIONES GENERALES. — El espacio aéreo situado sobre el territorio de un Estado —ya sea el territorio terrestre, el mar territorial o las aguas interiores— está sometido a la soberanía de ese Estado y el espacio aéreo que se halla sobre la alta mar sigue la condición jurídica de éste, o en otros términos no está subordinado a soberanía alguna en particular.

La traslación por los aires, ensayada desde comienzos del siglo XVIII en globos sueltos, no pasó hasta finalizar el siglo XIX de una hazaña deportiva rara vez intentada; pudo pensarse hasta entonces que el espacio aéreo era absolutamente libre. Pero desde los primeros años del siglo XX, empleándose ya para volar aparatos con propulsión mecánica y dirigidos a voluntad, la doctrina, ante la necesidad de proteger los derechos del Estado subyacente y a la vez la aeronavegación, sostuvo que todo Estado debía extender su soberanía al espacio aéreo, aunque sólo entendió que así requiriese hasta cierta altura: el alcance del tiro de cañón, la distancia de 1.500 metros, de 1.000 metros y aún menos.

A partir de 1910, varios Estados europeos reglamentaron por medio de leyes y decretos la aeronavegación sobre su territorio, lo que importaba asumir la soberanía en el espacio aéreo sin limitación de altura. Esta noción se afirmó con el rápido e intenso perfeccionamiento adquirido por los aviones durante la guerra de 1914-18, tanto en lo que respecta a su radio de acción, a su velocidad y a la altura a que podían ascender. Terminada la contienda, se concertaron diversas convenciones bipartitas y tres colectivas sobre aeronavegación —la Convención de París de 1919,* la iberoamericana de Madrid de 1926 y la panamericana de La Habana de 1928— y finalmente la Convención de aviación civil internacional subscripta en Chicago en 1944.* Todas esas convenciones reconocen la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo y consignan diversas normas reglamentarias de la navegación aérea, por lo cual se analizarán más adelante.

La Convención de Aviación Civil Internacional*, de Chicago de 1944, establece en su artículo 1º: "Los Estados contratantes reconocen que cada Estado tiene soberanía exclusiva y absoluta sobre la zona aérea que abarca su territorio". El artículo 2º agrega: "Para los fines de esta Convención se considerarán como territorio de un Estado la extensión terrestre y las aguas territoriales adyacentes a ella que estén bajo la soberanía, jurisdicción, protección o mandato de dicho Estado". Sin embargo, esta soberanía "exclusiva y absoluta", está limitada en la propia Convención de Chicago, por lo menos en cuanto al derecho de paso inofensivo y al derecho de escala técnica para aprovisionamiento y reparaciones, dos de las llamadas cinco libertades del aire.

El artículo 1º del Código Aeronáutico de la República Argentina dispone que "rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que las cubre..."

XII. ESPACIO ULTRATERRESTRE

107a. ANTECEDENTES. — En las postrimerías de la segunda guerra mundial comenzó el desarrollo de nuevas armas de guerra basadas en la utilización de cohetes de largo alcance con propulsión propia. Esta nueva técnica fue perfeccionada en la década siguiente y el 4 de octubre de 1957 la humanidad se enteró asombrada que la Unión Soviética había puesto ese día en órbita un satélite artificial a la Tierra que en ruso se

denominó Sputnik, palabra que desde ese día entró en el lenguaje cotidiano universal. Desde entonces un número elevado de vehículos han circulado por el espacio más allá de la atmósfera, muchos de ellos enviando información valiosa sobre la Tierra y el espacio, acelerando y mejorando, además, las telecomunicaciones.

Pero no sólo el espacio ultraterrestre ha sido surcado por objetos inanimados, sino que, además, en otra de las aventuras increíbles hasta hace pocos años atrás, el hombre ha surcado dicho espacio y llegado a la Luna. En 1961, el astronauta soviético Yuri Gagarin fue el primero en hacerlo, seguido en el mismo año por Alan Sheperd y Virgil Grisson, de los Estados Unidos. En 1965, Alexei Leonov y Edward White, de la Unión Soviética y Estados Unidos, respectivamente, salieron de sus respectivas cápsulas espaciales y caminaron en pleno vuelo espacial.

Al año siguiente la estación soviética Luna 9 desembarcó en la Luna y transmitió por televisión imágenes de su superficie e información científica. Posteriormente los vehículos norteamericanos Geminis 6 y Geminis 7 se encontraron en el espacio. En 1969, Soyuz 4 y Soyuz 5 de la Unión Soviética se unen en el espacio ultraterrestre y sus tripulantes pasan de un vehículo a otro.

El resultado más espectacular de toda esta serie de experiencias tuvo lugar el 20 de julio de 1969 cuando los astronautas norteamericanos Neil Armstrong y Edwin Aldrin desembarcaron en la Luna, realizaron experiencias, transmitieron a la Tierra todas sus actividades por televisión, volvieron a reunirse con Michael Collins que circundaba el satélite en el vehículo principal Apollo II y regresaron. El Apollo 12, 14 y 15 luego de un salvataje exitoso del Apollo 13, también alunizaron con éxito en 1969, 1970 y 1971, respectivamente. La Unión Soviética, por su parte, ha enviado cohetes con material científico pesado que han transmitido datos científicos de sumo interés, durante un lapso prolongado.

Ultimamente, los esfuerzos están centrados en la exploración de otros planetas, especialmente Venus y Marte, con el envío de cohetes de los programas Venera, Mars y Mariner.

Esta nueva frontera de la humanidad ha abierto un nuevo capítulo en el derecho internacional, como ocurrió en su oportunidad con la utilización del espacio aéreo, y está sucediendo con los fondos marinos.

Felizmente la cooperación internacional en este medio y con relación a él ha sido, hasta ahora, intensa y eficaz y ha favorecido la elaboración de normas especiales adaptadas a este nuevo ámbito, particularmente en el seno de Naciones Unidas.

La Asamblea General estableció en 1958 una comisión ad hoc, que luego se transformó en permanente en 1961 con el nombre de Comisión sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos, con dos Subcomisiones, una Científica y Técnica y la otra Jurídica. En esta última se han elaborado los instrumentos legales que rigen las actividades en el espacio ultraterrestre.

107b. LIMITE ENTRE EL ESPACIO AÉREO Y EL ESPACIO ULTRATERRESTRE. — Como ya se ha visto en este capítulo, la tendencia de los Estados con relación al espacio aéreo fue, hasta lograrlo, afianzar la soberanía del Estado subyacente. Por el contrario, la tendencia con relación al espacio ultraterrestre, como ya lo veremos, es considerarlo abierto a la exploración y utilización de todos los países. Por ello, dado el distinto régimen jurídico de estos espacios, es importante fijar jurídicamente el límite entre ambos. Prueba de que los Estados consideran que gozan de distintos derechos, según se trate del espacio aéreo o ultraterrestre, es la ausencia de protestas por el paso sobre su territorio de satélites cuyas órbitas se proyectan sobre él.

El tema ha sido objeto de diferentes teorías. Ha sido también incluido en el temario de la Subcomisión Jurídica de la Comisión de Naciones Unidas, pero no se ha llegado a un acuerdo sobre el límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre. Expondremos algunas de las ideas que se han avanzado, sobre bases físicas o geofísicas o de conformidad con la estructura y métodos de propulsión de vehículos o el concepto de control efectivo. También se han pensado en fronteras matemáticamente definidas.

Así se han propuesto respondiendo a bases físicas o geofísicas, el límite exterior de la atmósfera.⁷² La atmósfera, sin embargo, está compuesta de varias zonas: tropósfera, hasta 10 km. de altura, estratósfera, hasta 40 km., mesoesfera, hasta 80 km., termosfera, hasta 375 km. y exoesfera, hasta 900 ó 1.000 km.; algunas de estas zonas han sido sugeridas como límite.⁷³ De acuerdo con el mismo criterio, algunos autores⁷⁴

⁷² V. Mandl, *Das Weltraumrecht*, 1932, pág. 31; Pepin, *Space Penetration Proceedings*, ASIL, 1958, pág. 229; Hogan, *Legal Terminology for the upper regions of the atmosphere*, A.J.I.L., 1957, pág. 368.

⁷³ B. Cheng, *From air to space law*, *Current Legal Problems*, 1969, pág. 228; W. Jenks, *Space Law*, pág. 191.

⁷⁴ J. Kroell, *Elementos createurs d'un droit astronautique*, *Revue Générale de l'air*, 1953, nums. 3-4, pág. 222.

proponen como limite la linea hasta donde se extienden los efectos de la gravedad de la Tierra, es decir, donde dicho efecto termina y comienzan los de otro cuerpo celeste. Se calcula en 327.000 km. el campo de gravedad terrestre con relación a la Luna y seis veces más con relación al Sol.

Otros autores favorecen como limite la altura hasta la cual la atmósfera puede sustentar el vuelo de un avión,⁷⁵ o sea alrededor de 20 km. o donde cesa la fuerza aerodinámica y comienza la fuerza centrífuga,⁷⁶ más o menos 83 km. La International Law Association, en su reunión de Buenos Aires de 1968, adoptó una resolución que definió el concepto de espacio ultraterrestre, tal como es usado en el "Tratado sobre los Principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes", al que nos referiremos luego, así: "El término 'espacio ultraterrestre' como es usado en el Tratado, incluye todo el espacio por encima del perigeo menor logrado el 27 de enero de 1967, cuando el Tratado fue abierto a la firma, por cualquier satélite puesto en órbita, sin perjuicio de que posteriormente pueda determinarse incluir cualquier parte del espacio bajo tal perigeo".⁷⁷ Para otros autores, como John C. Cooper⁷⁸ y Erik Castren,⁷⁹ el espacio estaría compuesto por varias zonas sucesivas donde los Estados gozarían de distintos derechos; el espacio aéreo se extendería hasta donde es posible los vuelos aerodinámicos, luego vendría una zona intermedia, especie de "zona contigua" y luego el espacio libre accesible a todos los vehículos.

Las teorías que proponen como criterio un límite basado en el efectivo control del Estado subyacente, han adoptado como base criterios similares a los que llevaron a la creación de los conceptos de mar territorial y del espacio aéreo, es decir la defensa y la seguridad nacional. Esta doctrina ha sido sugerida por John C. Cooper, aunque cree que en tal caso la altura debe ser uniforme para todos los Estados.⁸⁰

⁷⁵ O. Schacter, *Legal Aspects of Space Travel*, Journal of the British Interplanetary Society, 1952, pág. 14; Jessup and Taubenfeld, *Control for Outer Space and the Antarctic Analogy*, New York, 1959, pág. 207.

⁷⁶ A. G. Haley, *Space and Government*, New York, 1963, págs. 97-107.

⁷⁷ International Law Association, *Report of the Fifty-Third Conference*, Buenos Aires, 1969, pág. XXII.

⁷⁸ J. C. Cooper, *The legal problems of upper space*, 23 Journal of Air Law and Commerce, 1956, pág. 308.

⁷⁹ E. Castren, *Situation juridique de l'espace atmospherique en droit international*, Hommage d'une generation des juristes au Président Basdevant, 1960, pág. 75.

⁸⁰ J. C. Cooper, *High Altitude Flights and National Sovereignty*, International Comparative Law Quarterly, 1951, págs. 411-418.

Otros estudios han propuesto un límite definido, entre 20 a 800 km. y aún más.⁸¹

Los autores que favorecen el enfoque funcional han sugerido distintos límites de acuerdo con las actividades que se realicen en el espacio. Se tienen en cuenta más el tipo de actividad y los objetivos que se persiguen que el establecimiento de una línea fija.⁸²

En cuanto a los Estados, éstos han tomado, hasta ahora, posiciones cautelosas no definitivas, en el curso de las discusiones en el seno de la Subcomisión Jurídica de la Comisión de Naciones Unidas.

Como bien lo establece M. Lachs⁸³ la falta de una frontera definida no ha creado dificultades, así como tampoco ha sido, hasta ahora, obstáculo para que comenzaran a desarrollarse los principios y normas que rigen el espacio ultraterrestre.

107c. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE. — Estos principios fueron adoptados por la Asamblea General en dos instrumentos sucesivos: a) la "Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre", aprobada unánimemente por Resolución 1962 (XVIII) de 1963 y b) el "Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes"⁸⁴, aprobado por Resolución 2222 (XXI), de 1966 y abierta a la firma en 1967.

Aunque no es el momento de considerar los efectos jurídicos de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puede deducirse de la conducta de los Estados, de sus declaraciones oficiales y de las posiciones adoptadas en organismos internacionales, que muchos de los principios contenidos en la Declaración de 1962 y luego en el Tratado eran ya normas de carácter consuetudinario al aprobarse estos instrumentos.

⁸¹ R. T. Murphy, *Air Sovereignty Considerations in terms of Outer Space*, Alabama Lawyer, 1958, pág. 11; Draft, *Code of Rules on the Exploration and uses of outer space*, David Davies, Memorial Institute of International Studies, Londres, pág. 7.

⁸² Ch. Chaumont, *Le droit de l'espace*, Paris, 1960, pág. 147; N. Mateesco Matte, *Aerospace Law*, London, 1969, pág. 44; J. F. Mc. Mahon, *Legal Aspects of outer Space*, B.Y.I.L., 1962, pág. 356.

⁸³ M. Lachs, *The law of outer Space*, Leiden, 1972, pág. 58.

⁸⁴ *Vid.* Ruda, José Maria, *Instrumentos Internacionales*, págs. 295 a 300.

Los principios básicos incluidos en la Declaración de 1963 y en el Tratado de 1966 son *mutatis mutandi* similares. A los efectos de no complicar la enunciación de los principios con la mención de normas paralelas, nos referiremos, en esta exposición, sólo al Tratado, por ser posterior en el tiempo y más detallado.

Los principios básicos del régimen jurídico del espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes son: 1. No apropiación por ningún Estado; 2. Libre exploración y utilización; 3. Libre investigación científica y 4. Explotación para beneficio e interés de todos los Estados.

El principio de no apropiación está establecido en el artículo 2º del Tratado que dice: "El espacio ultraterrestre incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni ninguna otra manera". En consecuencia, ningún derecho exclusivo de soberanía, es admitido con relación a ninguna parte del espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes; la regla romana *cuius est solum eius est usque ad coelum et ad sidera* adoptada en alguna forma por el derecho internacional clásico, deja de tener validez más allá del espacio aéreo. Por supuesto que la prohibición de la adquisición de un título absoluto, no significa que los Estados no puedan ejercer otros derechos sobre estas áreas, como veremos a continuación. Uno de los problemas que se presenta es la cuestión de la facultad de apropiarse de los recursos de los cuerpos celestes, sin reivindicar soberanía.

El artículo 1º, segundo párrafo, del Tratado, reconoce así la libertad de acción de todos los Estados: "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estará abierto para su exploración y utilización a todos los Estados sin discriminación alguna en condiciones de igualdad y en conformidad con el derecho internacional y habrá libertad de acceso a todas las regiones de los cuerpos celestes". El ejercicio de esta libertad, expresada en términos tan amplios, está sujeto a ciertas limitaciones generales y específicas expresadas en otras cláusulas del Tratado. El artículo 3º expresa que estas actividades "deberán realizarse... de conformidad con el derecho internacional, incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales". Además de esta limitación general, existen en el Tratado limitaciones específicas.

El artículo 4º contiene algunas limitaciones con referencia a los usos militares del espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, a las que nos referiremos con algún detalle.

El Tratado en el artículo citado prohíbe a los Estados colocar en órbita o en el espacio ultraterrestre o en cuerpos celestes objetos portadores de armas nucleares o de destrucción en masa. También se prohíbe establecer en los cuerpos celestes instalaciones y fortificaciones militares, ensayar armas y realizar maniobras militares, agregando que "la Luna y los demás cuerpos celestes se utilizarán exclusivamente con fines pacíficos". Esto no significa en primer lugar, que todas las actividades militares o ejecutadas por militares están prohibidas; el propio artículo 4º no prohíbe "la utilización de personal militar para investigaciones científicas ni para cualquier otro objeto pacífico", ni "la utilización de cualquier equipo o medios necesarios para la exploración de la Luna y de otros cuerpos celestes con fines pacíficos". En segundo lugar, el Tratado sólo se refiere a armas nucleares, es decir, tiene el propósito de "desnuclearizar", pero no prohíbe la colocación de otros tipos de armas, aunque hay que reconocer que fuera del armamento nuclear las demás no podrían por el momento causar efecto en la Tierra. Finalmente, el artículo 4º se refiere sólo a la Luna y otros cuerpos celestes y no al espacio ultraterrestre con relación a la utilización con fines pacíficos, en consecuencia las actividades militares en dicho espacio son legítimas; las principales que ciertos Estados llevan a cabo en el espacio hoy las realizan los satélites de reconocimiento, que permiten observar con gran detalle el territorio de otros Estados. También son indispensables para las comunicaciones militares y la navegación.

Otra limitación específica a la libertad de exploración y utilización, tiene por objeto impedir la contaminación ambiental. Dice el artículo 9º del Tratado: "Los Estados Partes en el Tratado harán los estudios e investigaciones del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, y procederán a su exploración de tal forma que no se produzca una contaminación nociva ni cambios desfavorables en el medio ambiente de la Tierra como consecuencia de la introducción en él de materias extraterrestres, y cuando sea necesario adoptarán las medidas pertinentes a tal efecto".

El artículo 1º, párrafo 3º, del Tratado, reconoce el principio de la libre investigación científica: "El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, estarán abiertos a la investigación científica, y los Estados facilitarán y fomentarán la cooperación internacional en dichas investigaciones".

El principio de explotación para beneficio e interés de todos los Estados está establecido en el artículo 1º, párrafo 1º: "La exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos

celestes, deberán hacerse en provecho y en interés de todos los Estados, sea cual fuere su grado de desarrollo económico y científico e incumben a toda la humanidad". Como derivación de este principio el Tratado establece diferentes normas específicas de conducta para los Estados.

De acuerdo con el artículo 9º, las actividades en el espacio ultraterrestre "deberán guiarse por el principio de la cooperación y la asistencia mutua" y "deberán tener debidamente en cuenta los intereses correspondientes de los demás Estado Partes en el Tratado". Además de la prohibición de contaminación masiva a la que ya nos hemos referido, el mismo artículo 9º señala que si un Estado cree que sus actividades pueden ser obstáculo o perjudicar a la exploración o utilización de otros Estados, deberá celebrar consultas. Por el contrario, si un Estado cree que las actividades de otro lo pueden perjudicar podrá pedir la celebración de dichas consultas.

De acuerdo también con este principio de beneficio e interés común, los Estados podrán solicitar, conforme con el artículo 9º, la oportunidad de observar el vuelo de objetos espaciales, lo que se determinará por acuerdo entre los Estados interesados. Asimismo, los Estados convienen conforme al artículo 11 en informar, "en la mayor medida posible dentro de lo viable y factible", al Secretario General de Naciones Unidas, sobre sus actividades, quien deberá difundirlas. Además, de acuerdo con el artículo 2º sobre la base de reciprocidad, las estaciones, instalaciones, equipos y vehículos espaciales situados en la Luna y otros cuerpos celestes, no se menciona la Tierra, serán accesibles a representantes de otros Estados.

Las actividades en el espacio ultraterrestre pueden ser realizadas no sólo por Estados, sino también en forma conjunta por organizaciones internacionales. Por ello, el artículo 13 del Tratado prevé que sus disposiciones serán aplicables a las actividades de dichas organizaciones. En Europa occidental se creó la ESRO (European Space Research Organization) con el propósito de promover la cooperación entre científicos de los diez países miembros, operar centros científicos y tecnológicos y una base de lanzamiento de vehículos autopropulsados y programar el lanzamiento de satélites. Otra institución similar se estableció también entre seis países de Europa occidental, llamada ELDO (European Organization for the Development and Construction of Space Vehicles Launchers), con el propósito de desarrollar y construir vehículos autopropulsados para el lanzamiento de satélites y otros vehículos espaciales para usos pacíficos.

En mayo de 1975, diez países europeos occidentales (Bélgica, España, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos, República Federal de Alemania, Suecia y Suiza) decidieron reemplazar ESRO y ELDO por una nueva organización denominada European Space Agency (ESA), con el objeto principal de coordinar la investigación espacial y el desarrollo tecnológico entre sus miembros.

107d. ASISTENCIA A ASTRONAUTAS Y RESTITUCIÓN DE OBJETOS LANZADOS AL ESPACIO ULTRATERRESTRE. — Los artículos 5º y 8º in fine del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre, establecen las normas básicas sobre ayuda y devolución de astronautas y objetos lanzados al espacio ultraterrestre. Estas normas básicas han sido desarrolladas en detalle en el Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre**, aprobado por Resolución 2345 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1967.

En cuanto a los astronautas, el artículo 5º del Tratado establece que los Estados Partes los considerarán "como enviados de la humanidad". Además, de acuerdo con el sistema que surge de ambos instrumentos, se establecen en síntesis los siguientes deberes. El Estado que sepa que un vehículo espacial en su territorio ha sufrido un accidente, se encuentre en peligro o haya sufrido un aterrizaje forzoso involuntario lo notificará a la autoridad de lanzamiento y al Secretario General de las Naciones Unidas (art. 1º del Acuerdo), le prestará toda la ayuda necesaria y notificará las medidas que adopte al Secretario General y la autoridad de lanzamiento (arts. 5º del Tratado y 2º del Acuerdo), si fuere útil la asistencia de la autoridad de lanzamiento ésta cooperará bajo la dirección del Estado en cuyo territorio se hayan producido los problemas (art. 2º del Acuerdo). Si el accidente tiene lugar en alta mar o "en cualquier lugar no colocado bajo la jurisdicción de ningún Estado", las Partes Contratantes asumen también la obligación de prestar asistencia e informar (arts. 3º del Acuerdo y 5º del Tratado). La tripulación deberá ser devuelta sin demora (arts. 4º del Acuerdo y 5º del Tratado). Esta obligación de prestar asistencia se extiende a las actividades en el espacio ultraterrestre y no sólo en la Tierra (art. 5º del Tratado). Los Estados Partes deberán informar sobre cualquier fenómeno que pueda constituir un peligro para los astronautas (art. 5º del Tratado).

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 301-304.

En cuanto a la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, el artículo 8º in fine del Tratado prevé la obligación de devolverlos al Estado de registro, cuando hayan caído fuera de sus límites. Por su parte, el artículo 5º del Acuerdo detalla en mayor medida los deberes que entraña el cumplimiento de esta obligación. El Estado que sepa o descubra la existencia de objetos lanzados al espacio y que han vuelto a la Tierra y que caigan en su territorio, alta mar o "en cualquier otro lugar colocado bajo la jurisdicción de ningún Estado", deberán notificarlo al Estado de lanzamiento y al Secretario General de las Naciones Unidas; deberá también aquel Estado tomar medidas para su recuperación, a pedido de la autoridad de matrícula y con su asistencia, si se estimare necesario solicitarla. A requerimiento, los objetos deben ser restituidos. Si fueren de naturaleza peligrosa o nociva, tal característica será notificada a la autoridad de lanzamiento, para que elimine el posible peligro de daños. Los gastos de rescate y restitución estarán a cargo de la autoridad de lanzamiento.

107e. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR DAÑOS CAUSADOS POR OBJETOS ESPACIALES. — Este ha sido uno de los temas más intensamente debatido en el seno de la Subcomisión Jurídica de la Comisión del Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas, luego que el Tratado de 1966 fijó algunas normas básicas. La discusión de un instrumento específico sobre responsabilidad llevó varios años; recién en noviembre de 1971, la Asamblea General aprobó por Resolución 2777 (XXVI) el Convenio sobre la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales***

El Tratado de 1966 establece en su artículo 7º la responsabilidad internacional por daños causados por Estados que lancen o promuevan el lanzamiento de objetos al espacio ultraterrestre, así como de aquellos desde cuyo territorio sean lanzados, ya sea que los daños tengan lugar en la Tierra, el espacio aéreo, el espacio ultraterrestre, la Luna u otros cuerpos celestes. Dicha responsabilidad se extiende por el artículo 6º, a actividades nacionales de organismos gubernamentales o no gubernamentales, debidamente autorizadas; cuando se trate de una organización internacional, dicha responsabilidad corresponde a la organización internacional y los Estados que pertenecen a ella.

La Convención de 1971 contiene algunas normas novedosas en materia de responsabilidad que merecen ser analizadas con cierto detalle.

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 313-317.

El derecho internacional general tradicional se basa en el principio que sólo los actos ilícitos de los Estados dan lugar a responsabilidad internacional. Sin embargo, algunas actividades basadas en la tecnología moderna, han dado lugar a ciertas excepciones a este principio, establecidas taxativamente en tratados. Así, por ejemplo, la Convención de 1952 sobre daños causados por aeronaves extranjeras a terceros en la superficie, establece que cualquier persona que los sufra, tiene derecho a compensación, sólo con la prueba de que el daño causado fue provocado por una aeronave en vuelo o por persona u objeto que caiga de ella. En el campo de la energía nuclear se han adoptado principios similares en la Convención de 1960 sobre responsabilidad de terceros, la Convención de 1962 sobre responsabilidad de operadores de barcos nucleares o la Convención de 1963 sobre responsabilidad civil por daños nucleares.

La Convención sobre responsabilidad por daños causados por objetos espaciales ha adoptado en su artículo 2º también el principio de la responsabilidad del Estado objetiva ("absoluta") por daños "causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o las aeronaves en vuelo". Según el artículo 4º, inciso 1º *a*), la responsabilidad será no sólo absoluta, sino también mancomunada, cuando los daños que sufra un tercer Estado en la superficie de la Tierra o en aeronaves sea, a su vez, el resultado de daños sufridos por un objeto espacial o personas a bordo que hayan sido originados por otro Estado de lanzamiento.

Sin embargo, siempre que las actividades de lanzamiento hayan sido conducidas conforme con el derecho internacional, dicho Estado puede obtener exoneración de la responsabilidad objetiva, conforme con el artículo 6º del Convenio, en la medida en que haya existido negligencia grave o actos de omisión cometidos por el Estado demandante. Además, el principio de responsabilidad objetiva no se aplica, de acuerdo con el artículo 3º, cuando se tratara de daños sufridos fuera de la Tierra por un objeto espacial a otro objeto espacial de otro Estado de lanzamiento, en cuyo caso sólo habrá responsabilidad en caso de culpa. También se aplicará el principio de culpa, si se trata de daños cometidos por dos Estados, fuera de la Tierra, a un objeto espacial de un tercer Estado, conforme con el artículo 4º, inciso *b*). En este caso, la indemnización se repartirá según el grado de culpa y si no es posible determinarla, por partes iguales (art. 4º, inc. 2º).

No existirá responsabilidad del Estado de lanzamiento si los daños son causados a nacionales de países extranjeros invitados a participar u observar un lanzamiento (art. 7º del Convenio).

Por otra parte, si dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial, serán solidariamente responsables por los daños, según el artículo 5º. Se considera como participante en un lanzamiento conjunto al Estado desde cuyo territorio se lanza el objeto. Esta norma del artículo 5º, se aplica independientemente de que la responsabilidad solidaria, según el caso, sea "absoluta" o por culpa.

La Convención establece un procedimiento para solucionar los reclamos que puedan presentarse por daños. Sólo los Estados pueden presentar la reclamación, conforme al artículo 7º, ya sea en caso de tratarse de personas físicas o morales por sus nacionales, o en su defecto, el Estado donde estas personas han sufrido el daño. Si ninguno de los dos actúa podrá demandar el Estado donde aquéllas tienen su residencia permanente.

Para presentar el reclamo se debe usar la vía diplomática o por intermedio del Secretario General de las Naciones Unidas (art. 9º). El procedimiento debe ser puesto en movimiento hasta un año después de producido el daño o que llegue éste a conocimiento del Estado reclamante (art. 10).

A diferencia del derecho internacional consuetudinario sobre responsabilidad del Estado, el Convenio establece que no es necesario el agotamiento de los recursos locales para presentar la reclamación (art. 11), pero que en caso de iniciarse la reclamación ante los tribunales u órganos administrativos locales, el Estado reclamante no podrá ampararse en este Acuerdo, para dejar de lado la jurisdicción local.

La indemnización, según el artículo 12, se determinará conforme "con el derecho internacional y los principios de justicia y equidad" a fin de que se repongan las cosas a la condición que hubieran tenido, de no haber ocurrido daños.

En caso de no llegar a acuerdo por la vía diplomática dentro de un año, se establecerá una comisión de reclamaciones, compuesta de 3 miembros, cuya decisión será firme y obligatoria.

Finalmente si los daños producidos por el objeto espacial, constituyen un peligro "en gran escala" para la población de un Estado, las Partes de este Acuerdo y en especial el Estado de lanzamiento proporcionarán una asistencia apropiada y rápida, si así fuera solicitada.

107f. REGISTRO DE OBJETOS LANZADOS AL ESPACIO ULTRATERRESTRE. — El artículo VIII del Tratado de 1966 establece que el Estado retendrá "la jurisdicción y control" sobre el objeto lanzado al espacio ultraterrestre, así como el personal que vaya en él, mientras se encuentre

en el espacio ultraterrestre o en un cuerpo celeste y que el derecho de propiedad no sufrirá allí ninguna alteración, ni en su retorno a la Tierra. Para ello, el Estado deberá registrar tal objeto. El registro es importante para establecer la responsabilidad por daños y la restitución en caso de ser encontrado el vehículo fuera de los límites nacionales del Estado de lanzamiento. Para que todo el sistema legal establecido en los diferentes convenios opere, es necesario saber a quién pertenece el objeto espacial y a quién responde su tripulación; por ello, en su XXIX Período de Sesiones la Asamblea General aprobó a fines de 1974 el Convenio sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre***.

El Convenio prevé la creación de dos registros, el del Estado de lanzamiento y el del Secretario General.

El contenido del registro nacional y las condiciones en que será llevado será determinado por cada Estado, conforme con el artículo 2º. El registro del Secretario General deberá contener la información que taxativamente menciona el artículo 4º y que deberá proporcionar "en cuanto sea factible" el Estado que lance un objeto espacial y que sea parte de este Convenio.

En el caso del registro nacional, el Estado que lo establece sólo asume la obligación de notificar su creación al Secretario General (art. 1º), pero es para su propio uso. Por el contrario, en el registro de Naciones Unidas la información consignada tendrá un acceso "pleno y libre" (art. 3º).

Si no es posible por aplicación de las normas del Convenio, establecer la identidad de un objeto que haya causado daño o pueda ser peligroso o nocivo, los Estados Partes, en especial los que posean instalaciones de observación y rastreo, responderán a una solicitud formulada a efectos de identificar el objeto, pero "los arreglos según los cuales se prestará tal asistencia serán objeto de acuerdo entre las partes interesadas" (art. 6º).

*** *Vid*, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 313 a 315.



Capítulo VIII

LAS PERSONAS HUMANAS

I. LA NACIONALIDAD

108. NOCIONES GENERALES. —La nacionalidad es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye según el derecho interno y el derecho internacional.

La nacionalidad no debe ser confundida con la ciudadanía: ésta comprende a una parte de los nacionales, es decir, a los calificados legalmente para ejercer los derechos políticos, pero hay nacionales que por razones de edad, de sexo u otras causas pueden no ser ciudadanos.

Puesto que define a los miembros de la comunidad política formada por el Estado, la nacionalidad es un vínculo establecido por el derecho interno, en otros términos, corresponde a cada Estado legislar sobre la adquisición, la pérdida y la readquisición de la nacionalidad.¹ Algunos puntos han sido reglados a veces por medio de tratados. Debe observarse que las disposiciones de derecho interno sobre la nacionalidad son reconocidas por los demás Estados en la medida en que ellas no afectan los tratados o la costumbre internacional. De ahí que no sean pocas las dificultades y conflictos en materia de nacionalidad.

En el caso de los Decretos de Nacionalidad en Túnez y Marruecos,² a los que ya nos hemos referido al tratar el tema del "dominio reservado" del Estado,³ la C.P.J.I. dio una opinión consultiva, a pedido del Consejo de la Sociedad de las Naciones, en una disputa entre Gran Bretaña y Francia a raíz de ciertos decretos franceses que consideraban, bajo ciertas circunstancias, como nacionales franceses a personas nacidas en cualquiera de estos dos protectorados, por lo que se atribuía la nacionalidad francesa a hijos de súbditos ingleses. Francia sostuvo que el asunto era de su jurisdicción interna y Gran Bretaña, por su parte, dijo

¹ En cuanto a la República Argentina, véanse la Constitución (art. 67, inc. 11) y la recién sancionada ley 21.795, del 18 de mayo de 1978 que derogó la ley 346, de 1868.

² *Série B*, núm. 4.

³ *Supra*, núm. 30.

que, en el caso, no se podía imponer una nacionalidad a una persona, sin darle el derecho de opción. Francia contestó que en caso de conflicto de leyes nacionales que sostenían el *jus soli* y el *jus sanguinis*, respectivamente, la primera debe prevalecer. La Corte sostuvo, como ya lo hemos señalado, que si bien las cuestiones de nacionalidad pertenecen al dominio reservado del Estado, pero este dominio está limitado por las obligaciones que se hayan asumido respecto a otros Estados. Sin embargo, es importante destacar nuevamente que la Corte manifestó: "en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones de nacionalidad pertenecen, en opinión de la Corte, en principio, a este dominio reservado". La controversia se solucionó al otorgarse a los interesados el derecho de opción. Pero es importante destacar a los efectos de este capítulo, que, en consecuencia, dentro de los límites de las obligaciones internacionales asumidas, cada Estado es libre de determinar en su propia legislación las personas que tienen derecho a la nacionalidad de ese Estado.

Debe también recordarse, entre estas nociones generales, que en el caso *Nottebohm*,⁴ al que ya nos referimos al tratar del dominio reservado del Estado,⁵ la Corte reconoció que internacionalmente, si bien cualquier Estado es libre de establecer los requisitos para otorgar la nacionalidad, aun contra la voluntad de la persona, debe existir una suficiente conexión para que pueda internacionalmente ser considerado nacional y, en consecuencia, ejercer la protección diplomática a su favor. Los pormenores del caso ya han sido referidos, sólo debemos recordar el pensamiento de la Corte sintetizado en esta cita: "La nacionalidad es un vínculo legal que tiene su base en el hecho social del enraizamiento, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de deberes y derechos recíprocos. Se puede decir que constituye la expresión jurídica del hecho que el individuo al que le es conferida, ya sea por ley o como resultado de un acto de las autoridades, está de hecho más íntimamente conectado con la población del Estado que confiere la nacionalidad que con cualquier otro Estado". La Corte sostuvo que los lazos entre *Nottebohm* y *Liechtenstein* no eran suficientemente fuertes como para considerar que hubieran establecido una nacionalidad "real y efectiva".

La Conferencia de Codificación del Derecho Internacional que se reunió en 1930 en la Haya abrigaba el propósito, entre otros, de reglar en una convención colectiva todo lo concerniente a la nacionalidad; pero,

⁴ C.I.J., *Reports*, 1955, pág. 4.

⁵ *Supra*, núm. 30.

al comprobar la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre ciertos puntos fundamentales, se concretó a elaborar cuatro instrumentos, subscritos el 12 de abril, que son una convención sobre determinadas cuestiones relativas a conflictos de leyes sobre la nacionalidad y tres protocolos: uno referente a las obligaciones militares en ciertos casos de doble nacionalidad; otro relativo a ciertos casos de apatridia y un protocolo especial referente a la apatridia.⁶

Bajo los auspicios de las Naciones Unidas se han celebrado varias convenciones referentes a nacionalidad, a saber: la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada del 29 de enero de 1957**, la Convención para reducir los casos de apatridia del 30 de agosto de 1961, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas del 28 de septiembre de 1954*, el Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad, adoptado el 8 de abril de 1961** conjuntamente con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* y el Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad adoptado el 24 de abril de 1963**, conjuntamente con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.⁷

1. La nacionalidad tiene efectos en el derecho público interno y en el derecho internacional, que pueden concretarse como sigue: *a)* confiere a determinadas personas los derechos políticos y señala sus deberes militares; *b)* habilita para desempeñar las funciones públicas o algunas de ellas, o ciertas profesiones, así como para ejercer determinados derechos o actividades que generalmente están vedados a los extranjeros; *c)* habilita para obtener pasaporte, retornar al país y en caso de indigencia para ser repatriado por el Estado; *d)* habilita para obtener la protección diplomática del propio país, en ciertos casos en que los derechos de las personas son lesionados en el extranjero.

Además, en gran número de Estados la nacionalidad tiene efectos en el derecho privado; los países de Europa continental (entre otros España, Francia, Italia, etc.) y no pocos americanos (entre ellos Costa Rica, Cuba

⁶ Los tres instrumentos entraron en vigor en 1937; el último no ha entrado en vigor por no haber alcanzado el número necesario de diez ratificaciones o adhesiones.

⁷ Todos ellos han entrado en vigor con excepción de la Convención para reducir los casos de apatridia.

** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, págs. 377 a 380; para el Protocolo facultativo sobre adquisición de la nacionalidad adjunto a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, págs. 129 a 130; para el Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad adjunto a la Convención sobre Relaciones Consulares, págs. 224 a 225.

y Venezuela), aplican a las personas que se hallan dentro de su jurisdicción la ley civil de su país de origen cuando se trata de regir su capacidad, su estado civil y ciertas relaciones del derecho de familia y del derecho sucesorio. Es así como, en virtud de este "sistema de la nacionalidad", o, dicho de otro modo del "estatuto personal", al argentino que se encuentra en Francia las autoridades locales le aplican la ley civil argentina para determinar su capacidad, su estado civil, etc. En cambio, en los países que han adoptado el "sistema del domicilio" (República Argentina, Dinamarca, Estados Unidos, Gran Bretaña, etc.) dichas materias se rigen por la ley del lugar en que la persona está domiciliada, cualquiera que sea su nacionalidad: al español, al francés, al italiano, etc., domiciliado en la República Argentina se le aplica al respecto la ley civil argentina.

Conviene observar que en la República Argentina la nacionalidad ha tenido, según la Constitución, el efecto de autorizar el fuero federal en las acciones judiciales cuando el demandado tuviese nacionalidad extranjera.

2. Los efectos que la nacionalidad tiene en el derecho público interno e internacional, y en muchos países, además, en el derecho privado, son esenciales para la organización y la subsistencia del Estado, así como para la vida de las personas. El individuo sin nacionalidad es un paria dondequiera que se encuentre. Por todo ello el Instituto de Derecho Internacional (sesión de Cambridge, 1895), ha expresado, a la manera de un axioma jurídico, que "toda persona debe tener una nacionalidad" y ha complementado la fórmula agregando que "no debe tener sino una".

El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*** establece: "1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad; 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad". El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas*** sólo señala en su artículo 24, inciso 3º, que "todo niño tiene derecho a una nacionalidad".

3. En la doctrina, la nacionalidad se divide en dos especies del punto de vista de su adquisición: *a)* nacionalidad de origen, que es la que el Estado atribuye a toda persona física en el momento de nacer; *b)* nacionalidad adquirida, que es la que toda persona física puede obtener

*** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Declaración Universal de los Derechos Humanos, págs. 335 a 340.

más tarde por medio de la naturalización y la mujer como consecuencia del matrimonio.

4. La nacionalidad de origen puede cambiarse como consecuencia de transformaciones territoriales: anexión total del Estado por otro Estado, anexión o cesión parcial y secesión.

5. El vínculo de la nacionalidad se ha hecho extensivo a ciertas entidades que no son personas físicas humanas: a los buques, a las aeronaves y a las personas jurídicas colectivas. Ese vínculo tiene entonces caracteres especiales.

109. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. —En las sociedades primitivas, el grupo social —constituido por el clan y después la tribu— formábanlo cierto número de personas ligadas por el vínculo de la sangre y por el culto que en consecuencia rendían a sus antepasados; y cuando el grupo social llega a erigir la Ciudad-Estado el nexo político que une a sus miembros es todavía un mismo antepasado común, el héroe o semidiós de los antiguos griegos y romanos. Los demás individuos carecen de derechos o sólo poseen algunos limitados. No es ésta, ciertamente, la idea actual de la nacionalidad, pero debe señalarse como su antecedente más remoto.

1. En los pueblos germánicos, el vínculo social-político no se fundó ya en la sangre sino en la afiliación a una tribu determinada. Esos pueblos, cuando invadieron el Imperio Romano, llevaron consigo el estatuto de cada tribu, y por lo tanto al asentarse se rigieron por sus propias leyes: surgió así sistema de la "personalidad de la ley". Más tarde, una vez que los señores feudales lograron implantar su poderío y que los habitantes quedaron bajo su amparo, rigió para todos una sola ley: es el sistema de la "territorialidad de la ley". En la Edad Media y en la época de las grandes monarquías, el individuo es *vasallo* del señor feudal o *súbdito* del soberano como consecuencia del hecho, según el *jus soli*, de haber nacido en su territorio, y a ese señor o soberano está sometido toda la vida. El vínculo es perpetuo. Más aún: le está prohibido emigrar, so pena de severísimas sanciones. La Revolución Francesa, reaccionando contra ese régimen, estableció en la Constitución de 1791 la libertad de salir y entrar en el país como uno de los derechos del hombre.

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 351 a 368.

El Código Napoleón (1804) legisla sobre la nacionalidad adoptando para su adquisición la regla del *jus sanguinis*: es francés el hijo de francés, sea cual fuere el territorio en que aquél haya nacido; la nacionalidad está reglada por el Código Civil porque se entiende que ella no solamente comporta derechos y deberes de carácter político entre el Estado y el individuo sino que también rige ciertas relaciones del derecho privado, ya que el "sistema de la nacionalidad" es la pauta para determinar el estado civil y la capacidad de las personas y reglar el derecho de familia y el derecho sucesorio. Y la mayor parte de los países de Europa occidental, al sancionar poco después sus códigos civiles, se inspiran en el modelo francés y adoptan aquella doble fórmula: la regla del *jus sanguinis* y el "sistema de la nacionalidad". No obstante, Gran Bretaña, Dinamarca y Noruega, permaneciendo fieles a la "territorialidad de la ley", mantienen el *jus soli* para la adquisición de la nacionalidad y el "sistema del domicilio" para regir el estado civil y la capacidad de las personas, etc., y ambas normas son adoptadas oportunamente por Estados Unidos y la República Argentina.⁸

2. La adquisición de la nacionalidad por medio de la naturalización en país extranjero conociase desde antiguo; pero era un acontecimiento raro y casi siempre una liberalidad con que el soberano honraba y distinguía a determinada persona extranjera. La naturalización no importaba el cambio de una nacionalidad por otra: permanecía intacta la nacionalidad de origen, porque era un vínculo perpetuo entre un soberano y su súbdito, y el agraciado con la naturalización venía a tener dos nacionalidades.

Esta situación de cosas comenzó a modificarse en 1868, como consecuencia del "derecho de expatriación" sostenido por los Estados Unidos a causa de ciertos hechos de notoria importancia.

A partir del primer tercio del siglo XIX, levantada paulatinamente la prohibición de salir del propio país, causas diversas originaron una corriente emigratoria desde la Europa occidental hacia los Estados americanos. Esa corriente se hizo particularmente intensa desde los países germánicos hacia los Estados Unidos una vez que la Asamblea de Frank-

⁸ Dalmacio Vélez Sársfield, al redactar en 1865 el Código Civil argentino, abandonó el "sistema de la nacionalidad", establecido en las leyes españolas, para adoptar el "sistema del domicilio", existente en los países anglosajones y sostenido por Savigny y por Story. Siendo la República Argentina país de inmigración, respondió el codificador a una sagaz intuición, en consonancia con las reformas que en 1860 se habían introducido a la Constitución Nacional en el sentido de que la adquisición de la nacionalidad argentina debía inspirarse en el *jus soli*.

fort de 1848 adoptó aquella política liberal. Sucedió, entretanto, que muchos germanos, después de haber residido largo tiempo en los Estados Unidos y de haber obtenido naturalización, se veían compelidos a cumplir obligaciones militares si por acaso entraban en su país de origen. El Secretario de Estado, James Buchanan, afirmaba en 1845 que las personas que habían obtenido naturalización en los Estados Unidos poseían los mismos derechos que los nacionales de origen, y por lo tanto debían ser protegidos en el exterior de igual modo que éstos. La cuestión hizose cada vez más aguda a causa del considerable incremento de la inmigración. Los sucesores inmediatos de Buchanan en el Departamento de Estado limitaron el alcance de aquella tesis, pues entendieron que la naturalización obligaba a ejercer la protección diplomática en el exterior, pero con excepción del país de origen del individuo naturalizado si éste se colocaba voluntariamente dentro de su jurisdicción. En 1859, siendo Buchanan Presidente de los Estados Unidos y habiéndose exigido a otros germanos naturalizados en la Unión el cumplimiento de las obligaciones militares al llegar a su país de origen, el gobierno de Washington dio instrucciones a su representante en Berlín para obtener el reconocimiento del "derecho de expatriación", no ya solamente en el sentido de que el nacional podía emigrar y establecerse en otro país, sino también en el de admitir que la nueva nacionalidad obtenida en él por medio de la naturalización disolvía el vínculo anterior. La Guerra de Secesión paralizó tales gestiones, pero fueran reanudadas después. El 28 de febrero de 1868, George Bancroft y el conde Bismarck subscribían en Berlín un tratado, en nombre de los Estados Unidos y de la Confederación Alemana del Norte, según el cual los nacionales respectivos que después de cinco años de residencia obtuvieran naturalización en el otro Estado contratante serían reconocidos como habiendo adquirido una nueva nacionalidad. El Congreso de Washington prestó su apoyo a la política iniciada con respecto al "derecho de expatriación", dictando una ley el 27 de julio de 1868 por la cual autorizaba al Presidente a proteger del mismo modo en el exterior a los naturalizados y a los nacionales de origen y a emplear todos los medios a su alcance, que no fuesen actos de guerra, para obtener que los naturalizados fueran liberados de las obligaciones que se les imponían. Entre 1868 y 1872, el gobierno de Washington logró concertar más "tratados Bancroft": con otros Estados germánicos (Baden, Baviera y Hesse) y con Bélgica, Suecia y Noruega, Austria-Hungría, Gran Bretaña, Ecuador y Dinamarca.

Después de 1872 no pudo el gobierno de Washington obtener otros acuerdos similares. Había países que admitían, ciertamente, que la natu-

ralización significaba adquirir una nacionalidad, pero no obstante entendían que dejaba subsistente el vínculo anterior; y Rusia, por ejemplo, castigaba la naturalización en el extranjero con la pérdida de los derechos civiles y la prohibición de volver al país. Con todo, la verdad es que los "tratados Bancroft" abrieron profunda huella en la noción jurídica de la nacionalidad del punto de vista internacional. Gran Bretaña, que había mantenido la idea de que la nacionalidad constituye un vínculo perpetuo, sancionó en 1870 una ley dando paso a la naturalización de sus nacionales.

Debemos señalar ahora otro aspecto del problema. Los "tratados Bancroft" tenían en vista solamente el retorno al país de origen como un evento ocasional y transitorio, pero no consideraban la situación de los que, habiéndose naturalizado en país extranjero, regresaban al de origen para establecerse definitivamente; y esto se prestaba a abusos, porque no eran pocos los individuos que volvían inmediatamente después de haber obtenido la naturalización. El nuevo problema fue resuelto por medio de convenciones especiales, acordándose que la persona naturalizada que retorna a su país de origen con la intención de permanecer en él, lo cual se presume salvo prueba en contrario cuando han transcurrido dos años de residencia, pierde la nacionalidad adquirida por naturalización, y a veces se agrega que en tal caso recupera la nacionalidad de origen.

La nacionalidad, que hasta mediados del siglo XIX había sido un vínculo indisoluble e inflexible, cambió de carácter en la segunda mitad de ese siglo. Ciertamente es que todo Estado atribuye una nacionalidad al individuo desde el momento en que nace, y sobre este punto subsiste entre los Estados una divergencia todavía irreductible en cuanto a la norma básica para conferir entonces la nacionalidad; pero hoy es indudable que, en determinadas circunstancias, todo individuo puede adquirir otra nacionalidad, puede perder la de origen y aun puede recuperar a ésta. La nacionalidad, que era un privilegio de grupo racial en las sociedades antiguas y una rígida sumisión al príncipe desde la época feudal, se ha amoldado a las exigencias de la vida contemporánea, que muchas veces obligan al hombre a trasladarse a otro país y vincularse definitivamente al nuevo medio social.

3. La reseña histórica que antecede permite consignar a continuación las reglas que en materia de nacionalidad dominan en el ámbito internacional, por más que en máxima parte sea asunto regido por el derecho interno de cada Estado.

110. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD DE ORIGEN. —La atribución de una nacionalidad a toda persona física en el momento de nacer⁹ —esto es la nacionalidad de origen— tiene por base principal las siguientes normas: a) el *jus sanguinis*, según el cual la persona tiene la nacionalidad de sus padres, cualquiera que sea el país en que nazca; b) el *jus soli*, que asigna a la persona la nacionalidad del territorio en donde nace, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

Estas normas no se aplican de modo exclusivo. El *jus sanguinis* y el *jus soli* aparecen siempre combinados en diversa medida, predominando, según los países, aquél sobre éste o a la inversa. Es de notar que generalmente los países densamente poblados o de emigración se inclinan de preferencia hacia el *jus sanguinis* y los países de población escasa o de inmigración hacia el *jus soli*; pero es erróneo afirmar que el primero es propio de los países europeos y el segundo es característico de los países americanos; por ejemplo, Gran Bretaña toma por base principal el *jus soli* y Francia adopta el *jus sanguinis* pero asigna función importante al *jus soli*; en los países americanos siguen principalmente el *jus sanguinis* Costa Rica, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y Panamá, y algunos, como México y Venezuela, adoptan por igual las dos normas.

1. En la República Argentina, la Constitución (art. 67, inc. 11) adoptó como base fundamental el *jus soli*. La reciente ley 21.795, de 1978, dispone que son argentinos nativos los nacidos en el territorio de la República, sus aguas jurisdiccionales o espacio aéreo, en representaciones diplomáticas, aeronaves y buques de guerra argentinos y en alta mar o zona internacional bajo pabellón argentino. Dicha ley admite además el *jus sanguinis*, estableciendo que son argentinos nativos los nacidos en el extranjero, de padre o madre argentinos nativos, a pedido de quien ejerza la patria potestad, presentado ante los tribunales federales dentro de cinco años del nacimiento o del interesado dentro de los tres años posteriores a los dieciocho años, con dos años de residencia. No son argentinos los hijos de miembros extranjeros de un servicio oficial extranjero o de organizaciones internacionales.

Además, el artículo 91 de la ley 20.957 del Servicio Exterior de la Nación de 1975 dispone que “son argentinos nativos los hijos de los

⁹ En la Ciudad del Vaticano, la nacionalidad no se adquiere en el momento del nacimiento, sino por el ejercicio de un cargo oficial o por la autorización expedida para residir en su territorio.

funcionarios del Servicio Exterior de la Nación o de cualquier funcionario argentino de carácter nacional, provincial o municipal, o dependiente de un organismo internacional, que nazcan en el extranjero en ocasión de la prestación de servicios por parte de los padres". Con anterioridad la ley 17.692, del 29 de marzo de 1968, había asimilado al régimen de nacionalidad de los hijos de funcionarios argentinos prestando servicios en el exterior, a los hijos de los argentinos que prestaban servicio en las organizaciones internacionales en las cuales la Argentina era miembro.

La ley 16.569 estableció "que los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio político que hubieran sufrido sus padres, son argentinos en absoluta igualdad jurídica con los que hubieran nacido en el territorio nacional".

2. Las Conferencias de Viena de 1961 y 1963 sobre Relaciones Diplomáticas* y Relaciones Consulares,* respectivamente, aprobaron, conjuntamente con las correspondientes convenciones, sendos Protocolos Facultativos sobre Adquisición de Nacionalidad que establecen, en sus artículos 2º, que los miembros de estas misiones que no sean nacionales del Estado receptor y los miembros de sus familias que formen parte de su casa, no adquieren la nacionalidad de dicho Estado por el solo efecto de su legislación. La Argentina es paradójicamente parte del Protocolo Facultativo* en el caso de las relaciones diplomáticas y no en el caso de las relaciones consulares.

III. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR MEDIO DE NATURALIZACIÓN. —Una persona adquiere una nueva nacionalidad usando el procedimiento de la naturalización, que requiere esencialmente una manifestación de voluntad por parte de la persona y una concesión, también voluntaria, por parte del Estado que la otorga.

1. Para obtener la naturalización, la persona debe reunir ciertas condiciones que especifican las leyes respectivas. Tienen ellas generalmente por objeto comprobar la vinculación de la persona con el país (residencia durante determinado tiempo, conocimiento del idioma, etc.); su capacidad y honestidad (edad mínima, buenos antecedentes de conducta, aptitud para el trabajo o poseer medios de subsistencia, juramento de fidelidad a las instituciones y a las leyes locales, etc.), y a veces se exigen otros requisitos, tales como la pérdida de la nacionalidad anterior y no haber adquirido otra nacionalidad por medio de naturalización. Estas condiciones —que varían de un Estado a otro— son requisitos indispensables; pero no bastan por sí solos, porque la naturalización no es una dádiva sino una concesión que el Estado otorga a quien desea y merece ser miembro de la sociedad política que él constituye.

En la mayoría de los Estados, sólo el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo son competentes para conferir la naturalización, porque se considera que es asunto esencialmente político; en algunos esa función pertenece al Poder Judicial y en otros se sigue un procedimiento mixto, correspondiendo conjunta o sucesivamente a distintos poderes.

2. En muchos Estados, la naturalización del hombre casado implica la naturalización de la esposa y de los hijos bajo su patria potestad, pero a veces la naturalización de la esposa esta subordinada a ciertas condiciones, tales como su consentimiento o el domicilio en el país; en otros Estados la naturalización es únicamente individual.

3. La naturalización confiere a la persona la condición de nacional, pero no la coloca en absoluta identidad de derechos con el nacional de origen. Generalmente, el naturalizado no es elegible para el desempeño de los más altos cargos públicos; en algunos países no puede desempeñar empleos públicos sino después de transcurrido cierto número de años de obtenida la naturalización.

4. Como causas de revocación de la naturalización pueden señalarse las siguientes: el hecho de permanecer el naturalizado cierto tiempo fuera del país; la comisión de determinados delitos o simplemente la inconducta manifiesta; en caso de guerra, cuando el naturalizado ha tenido, como nacionalidad de origen, la del Estado ahora enemigo.

5. La Convención sobre Nacionalidad, suscripta en la Séptima Conferencia Interamericana de Montevideo, en 1933, ratificada por pocos Estados, estableció algunos principios generales, a saber, que la naturalización lleva consigo la pérdida de la nacionalidad de origen, que esta naturalización queda sin efecto respecto a la pérdida de nacionalidad cuando las personas renueven su residencia permanente en el Estado de origen, tal como había sido establecido en la Convención de Río de 1906* a la que nos referimos más adelante, que en caso de transferencia de territorio la nueva nacionalidad no se adquiere salvo mediando opción expresa, que la naturalización, así como la pérdida de la nacionalidad así adquirida, afecta sólo a la persona en cuestión y que ni el matrimonio ni su disolución afecta la nacionalidad del marido, la esposa o los hijos.

6. En la Argentina se establecen de acuerdo con la Constitución y la ley 21.795, de 1978¹⁰ los siguientes requisitos para ser argentino natura-

¹⁰ Constitución (art. 20); ley 21.795 (art. 5°).

lizado: ser mayor de 18 años; tener dos años de residencia continuada en la República; poseer buena conducta; tener medios honestos de vida; conocer el castellano; conocer los principios de la Constitución; no ser sordomudo que no se pueda dar a entender por escrito o demente; no haber sido condenado en el extranjero por delitos con pena mayor de tres años; no integrar grupos que propicien el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios de la Constitución; no estar procesado por delitos previstos en la legislación nacional; no ser, ni haber sido nacional de un país en guerra con la Argentina.¹¹

Luego de adoptarse distintas disposiciones con diversas variantes, la reciente ley 21.795, de 1978, ha dispuesto, en su artículo 15, que los tribunales nacionales en lo federal son los que tienen jurisdicción para conocer en las cuestiones regidas por esta ley, salvo los casos de readquisición de la nacionalidad, en los que entenderá el Poder Ejecutivo. En consecuencia, los tribunales federales son los que intervienen en los problemas referentes a la naturalización de extranjeros.

El naturalizado adquiere la nacionalidad argentina y no solamente la ciudadanía. A este respecto, la Constitución (art. 21), autorizó al naturalizado a no prestar servicio militar durante diez años a contar desde el día de su naturalización.

La naturalización argentina ha sido revocada, según la jurisprudencia, por causas de indignidad, así como por haber sido obtenida mediante fraude o por uso de la nacionalidad de origen. Estas normas quedaron consagradas en el decreto 6605/43 y ampliadas en la reciente ley 21.795, de 1978. La nacionalidad adquirida puede revocarse por naturalización en Estado extranjero y por traición a la patria, causas también aplicables a los argentinos nativos, así como por las otras causas establecidas en el artículo 8º de la mencionada ley.¹² Además, en virtud de un tratado

¹¹ Por el art. 1º del decreto núm. 6605/43 del 27 de agosto de 1943, se suspendió el otorgamiento de toda naturalización mientras durase la guerra. Más tarde, por el decreto núm. 13.684/46, esa suspensión quedó limitada a los alemanes y a los japoneses. Este decreto fue derogado en 1950 por el decreto 713, autorizando a residentes alemanes y japoneses a gestionar sus cartas de ciudadanía.

¹² El art. 8º de la ley 21.795 dispone que la nacionalidad adquirida será cancelada, además de por las causas arriba mencionadas relativas a los argentinos nativos, por realizar actos que comporten el ejercicio de la nacionalidad de origen, dentro o fuera del país; por negarse a cumplir el servicio militar, en la oportunidad que les corresponda; por la prestación del servicio militar en país extranjero, sin previa autorización y cuando no hubiere tratados que reglamenten esta situación; por aceptar funciones políticas u honores

vigente con Suecia y Noruega, de 1885, y de la convención subscripta en la III Conferencia Internacional Americana* (Rio de Janeiro, 1969)¹³ también vigente para la República Argentina, la naturalización de individuos pertenecientes a los Estados contratantes queda sin efecto cuando ellos renuevan residencia permanente en el Estado de origen, lo que puede presumirse después de dos años.

En 1969 y en 1971, la Argentina celebró Convenios con España* e Italia*, respectivamente, que comentaremos en el número 114, por los que los argentinos, españoles e italianos nativos que adquieran la nacionalidad del otro país, mantendrán la anterior, con suspensión de los derechos inherentes a esta última.

112. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR LA MUJER COMO CONSECUENCIA DEL MATRIMONIO. — En el siglo XIX rigió, según muchas legislaciones, la regla de que la mujer adquiere la nacionalidad del marido por el hecho del matrimonio. Introducida en 1804 por el Código Napoleón, esa norma respondía a la necesidad de mantener la unidad jurídica del matrimonio, que se hacía sentir en los países que han adoptado el "sistema de la nacionalidad" para regir el estado civil y la capacidad de las personas. En los Estados Unidos, una ley dictada en 1907 dispuso que la mujer norteamericana que se casa con extranjero adopta la nacionalidad del marido, pero reasume su nacionalidad de origen cuando cesa el vínculo matrimonial.

Después de la conflagración de 1914-18, esa regla fue modificada en diversos países (Unión Soviética, Bélgica, Estados Unidos, Francia, etc.), que dictaron leyes según las cuales la mujer no adquiere necesariamente la nacionalidad del marido, aunque a veces puede adquirirla en ciertas

sin autorización; por violación del juramento de lealtad a la República, su Constitución y sus leyes; por integrar grupos que por su doctrina o acción aboguen el empleo ilegal de la fuerza o la negación de los principios establecidos en la Constitución; por ofensa a los símbolos nacionales; por reincidencia en delitos dolosos, cuando alguna de las condenas fuera superior a tres años; por ausentarse del territorio nacional con ánimo de no volver, intención que se presume por dos años de ausencia continuada, salvo que el naturalizado declara ante un cónsul argentino su voluntad de mantener la naturalización, manifestación que tendrá una validez de dos años y que no podrá ser renovada, salvo que se trate del cumplimiento de una misión de carácter oficial.

" La Convención de 1906 que fija la condición de los ciudadanos naturalizados que renuevan su residencia en el país de origen, estaba en vigor el 30 de septiembre de 1976 entre la República Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Honduras, Nicaragua y Panamá.

condiciones. Así, por ejemplo, en cuanto a la mujer nacional que se casa con extranjero, los Estados Unidos dispusieron (1922), que no perdía la nacionalidad sino en caso de que fijase domicilio en el exterior; y Francia estableció (1927) que la mujer francesa no perdía la nacionalidad sino en caso de que antes de la celebración del matrimonio expresara su voluntad de adquirir la nacionalidad del marido y a condición de que, según la ley del Estado de origen de éste, le correspondiera esa nacionalidad por el hecho del matrimonio. Y en cuanto a la mujer extranjera que se casa con nacional, los Estados Unidos dispusieron (1922) que no adquiere la nacionalidad del marido; y Francia estableció en 1927 igual regla, salvo que la mujer expresara antes de la celebración del matrimonio su voluntad de adquirir la nacionalidad del marido, o bien en caso de que la ley del Estado de origen de la mujer la desnacionalizara por el hecho del matrimonio.

Factores diversos determinaron la reforma. En primer lugar, influyó el otorgamiento en esa época y en la mayoría de los países del ejercicio de los derechos civiles a la mujer casada y de los derechos cívicos a la mujer: se observó entonces que la obtención de los derechos civiles por la mujer casada hacía innecesaria la unidad jurídica del matrimonio en cuanto a los bienes y se sostuvo que la obtención de los derechos cívicos implicaba la necesidad de atribuir independencia política a la mujer con respecto al marido. También influyeron en la reforma ciertos hechos acaecidos durante la guerra de 1914-18: los Estados Unidos se propusieron impedir que la mujer nacional de origen se viese perjudicada por las medidas que en caso de guerra se adoptan con respecto a los bienes enemigos; Francia quiso evitar que las mujeres extranjeras de origen que realizaran actividades contrarias a la defensa nacional o al orden público no pudieran ser expulsadas porque habían adquirido la nacionalidad francesa como consecuencia del matrimonio.

La aplicación de algunas de estas leyes vino a demostrar en la práctica que eran demasiado rígidas: no todas tenían en cuenta la voluntad de la mujer y además ocurría a menudo que ésta perdía la nacionalidad de origen sin adquirir por ello la nacionalidad del marido y en otros casos sucedía que la mujer venía a tener dos nacionalidades.

Para obviar estos inconvenientes, en la convención elaborada en La Haya en 1930 sobre ciertas cuestiones referentes a conflictos de leyes de nacionalidad se estipuló (arts. 8º a 11) que la pérdida de la nacionalidad de origen por la mujer casada está subordinada a la condición de que adquiera la nacionalidad del marido: que la adquisición ulterior de otra

nacionalidad por el marido mediante la naturalización no implica que la mujer cambie de nacionalidad sin su consentimiento; y que la mujer que por la ley de su país pierde su nacionalidad de origen por el hecho del matrimonio no recupera ésta al disolverse el vínculo sino previo su consentimiento y de conformidad con la ley de su país, y si recupera la nacionalidad de origen pierde la que había adquirido por el hecho del matrimonio.

La Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada**, aprobada por la Asamblea General y abierta a la firma el 29 de enero de 1957, dispone que la nacionalidad de la mujer no podrá quedar afectada automáticamente, ni por la celebración o la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni por el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio (art. 1º). También establece que si uno de sus nacionales adquiere voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o renuncia a su nacionalidad, no es impedimento para que la cónyuge conserve la nacionalidad del marido (art. 2º). Finalmente, de acuerdo con la Convención, la mujer extranjera casada podrá adquirir la nacionalidad del marido, mediante procedimiento especial de naturalización privilegiada, si así lo solicita. Las disposiciones de la Convención no podrán interpretarse como que afecten la legislación o la práctica judicial por la que una mujer extranjera puede adquirir la nacionalidad del marido.

La Séptima Conferencia Interamericana, celebrada en Montevideo, en 1933, adoptó la Convención sobre la nacionalidad de la mujer*, contemplando el problema más general de la discriminación por sexo y estableciendo que la legislación o la práctica de las Partes Contratantes no deben establecer distinciones con respecto a la nacionalidad, basadas en el sexo.

1. En la República Argentina nada estableció la ley 346 con respecto a esta materia. La Corte Suprema, llamada a pronunciarse sobre el punto con motivo de casos planteados acerca de la procedencia del fuero federal, entendió durante más de veinte años, ajustándose a la doctrina generalizada en esa época, que la mujer casada tiene la nacionalidad del marido mientras subsista el matrimonio. Sin embargo, un fallo dictado en 1891 introdujo cierta confusión al expresar que de la regla establecida no se desprendía que la mujer perdiera su nacionalidad y adquiriese otra por el hecho del matrimonio, sino que aquella regla "se refería solamente al fuero". Indudablemente, la Corte debía pronunciarse sobre la nacionali-

dad de la mujer casada en cuanto se refería a la procedencia del fuero, porque tal era la cuestión sometida al tribunal; pero esto no significa que la posible adquisición de la nacionalidad del marido tenga ese solo efecto. La declaración aludida, aun consignada al margen de la *litis*, no era aceptable, porque si una persona posee la nacionalidad a los efectos de la competencia federal debía poseerla también para todos los demás fines de la vida jurídica.

En 1944, en el caso Aslori y Rossetto Humberto (t. 199, pág. 165), la Corte Suprema consideró que la mujer casada no pierde su nacionalidad por matrimonio. El Tribunal dijo que sería incompatible con el artículo 2º, inciso 7º, de la ley 346 que la mujer argentina casada con extranjero adquiriera la nacionalidad del cónyuge y pierda la de origen ya que el casamiento con mujer argentina da derecho al marido extranjero a pedir la nacionalidad argentina. Sin embargo, la Corte estima que la mujer argentina casada con extranjero tiene derecho al fuero federal, criterio que no convence porque no parece apropiado crear una nacionalidad especial a los efectos exclusivos del fuero judicial.

La Argentina es parte de la Convención sobre nacionalidad de la mujer casada. La reciente ley 21.795 no dispone nada al respecto.

Desde luego, la nacionalidad tiene efectos jurídicos de mayor importancia que la atribución de un fuero judicial: son los concernientes a la protección de los nacionales en el exterior y al ejercicio en el país de los derechos civiles y de los derechos y deberes cívicos.

En cuanto a la protección en el exterior, sólo existen decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo autorizando a los cónsules argentinos a proteger y expedir pasaporte a la mujer extranjera que fuese esposa o viuda de argentino y a repatriar a las indigentes.¹⁴

El artículo 199, inciso c), del Reglamento Consular actual atribuye a los cónsules la función de otorgar, renovar o prorrogar pasaportes a "la mujer extranjera esposa o viuda de ciudadano argentino".

¹⁴ En 1914, el estallido de la guerra en Europa vino a plantear de modo apremiante el problema de proteger y repatriar a considerable número de mujeres que, siendo casadas con argentinos, o sus viudas, encontrábanse allá sin recursos.

Las disposiciones adoptadas desde entonces señalan cierta evolución: 1º por circular de 1914, el Poder Ejecutivo autorizó a inscribir en los registros consulares como argentina a la mujer argentina casada con extranjero y a la mujer extranjera casada con argentino, aunque en este último caso sin expresar que posea nacionalidad argentina, y otra circular de 1918 autorizó a los funcionarios consulares a expedir pasaporte argentino a la mujer

El ejercicio en la República de los derechos civiles por la mujer casada no se ve afectado por la nacionalidad que posea, pues todo lo concerniente a la capacidad civil está regido por la ley del domicilio. Eliminados estos dos factores subsisten sin embargo otros problemas en cuanto a la nacionalidad de la mujer casada, como por ejemplo los derechos y deberes cívicos que no sean esencialmente políticos, las obligaciones relativas a la defensa nacional, al derecho a ejercer funciones públicas, y el recurso a la protección diplomática en el exterior, que interesa especialmente en caso de viudez o de abandono con hijos menores.

113. **PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD.** — Se pierde la nacionalidad por disposición de la ley del Estado de origen, fundada en ciertas causas que importan la desvinculación de la persona con respecto a ese Estado. Esas causas son diversas y han variado con el tiempo.

Mientras la nacionalidad fue asunto legislado teniendo en mira casi exclusiva el "estatuto personal", se dispuso la pérdida de la nacionalidad para los que se instalaban en el extranjero de modo que podía considerarse definitivo: así, el Código Napoleón, de 1804, estableció que perdían la nacionalidad francesa los que dejaban el país sin ánimo de retornar, y las leyes de Alemania y de Austria dispusieron que la pérdida de la nacionalidad produciase una vez transcurridos diez y cinco años, respectivamente, de residencia en el exterior.

Después de la primera mitad del siglo XIX, los Estados Unidos — que no legislaba sobre la nacionalidad del punto de vista del "estatuto personal", porque habían adoptado el "sistema del domicilio" — abandonaron la norma, heredada de Inglaterra, según la cual la nacionalidad era un vínculo indisoluble, e igual decisión adoptó en 1870 esta misma. Y en tanto en ambos países anglosajones como en los demás entró a dominar la idea de que la nacionalidad se pierde por el hecho de obtener naturalización en el extranjero.

extranjera casada con argentino o viuda de argentino; 2º el decreto reglamentario de la ley consular 4712, dictado en 1926, autorizó a los cónsules (art. 371) a expedir pasaporte argentino a la mujer argentina casada con extranjero, aun encontrándose ausente el esposo, así como a la viuda argentina, con o sin hijos argentinos, que tuviere domicilio en la República; 3º finalmente, el decreto del 7 de mayo de 1947 estableció que los funcionarios consulares expedirán pasaporte a la mujer extranjera que sea esposa o viuda de argentino y a la mujer argentina casada con extranjero; 4º el actual Reglamento Consular, que concretó estas reglas del modo indicado.

Más tarde, factores de índole política, especialmente el extraordinario incremento de la emigración y la implantación de la "paz armada", que exigía mantener enormes ejércitos movilizables en cualquier momento, indujeron a algunos Estados a conservar incólume el número de sus nacionales, aunque se establecieran en el exterior. Con tal propósito, dictaron leyes aboliendo la pérdida de la nacionalidad por el hecho de residir largo tiempo en el extranjero: así procedieron Francia en 1889, Italia en 1912 y Alemania en 1913.

Sin embargo, en el transcurso del siglo XX se ha admitido por lo general que el hecho de obtener naturalización en país extranjero importa la pérdida de la nacionalidad anterior; pero hay Estados especialmente los de emigración, que subordinan esta pérdida a determinadas condiciones y algunos requieren la obtención de un "permiso de expatriación", a fin de prevenir que sus nacionales eludan ciertas obligaciones, especialmente la de prestar servicio militar. Además, la mayor parte de las leyes actuales disponen la pérdida de la nacionalidad por el hecho de prestar ayuda al enemigo y algunas por el de aceptar empleo público en el extranjero.

Debe observarse que en las últimas décadas motivos de intolerancia política originaron en algunos países una grave regresión, que importa la desnacionalización en masa: la Unión Soviética dejó sin nacionalidad a los rusos que emigraron a raíz de la revolución de 1917; Alemania impuso igual medida, desde 1933, a los alemanes judíos e Italia a los emigrados que discrepaban con el régimen fascista.

1. En la Argentina la ley 346 prohibió solamente el ejercicio de los derechos cívicos a los que aceptaren empleos u honores extranjeros sin permiso del Congreso. Ello significaba la pérdida de la ciudadanía y no la de la nacionalidad. La ley 21.795 establece causas para la pérdida de la nacionalidad, ya referidas en el número 112.6.

En virtud del tratado vigente con Suecia y Noruega, de 1885, y de la convención interamericana de 1906, antes citada, pierde la nacionalidad extranjera adquirida por naturalización el argentino que renueve residencia en la República con la intención de establecerse permanentemente, lo que se presume salvo prueba en contrario cuando han transcurrido dos años de residencia en ella.

114. READQUISICIÓN. — La nacionalidad perdida por naturalización en el extranjero puede readquirirse, según algunas legislaciones, mediante ciertos requisitos que implican el retorno al país y a veces el domicilio durante algún tiempo, acompañado o no de una manifestación de voluntad y de renuncia a la nacionalidad adquirida.

En la República Argentina nada dispuso sobre el punto la ley de 1869. Sin embargo, en virtud de la mencionada convención interamericana de 1906, el argentino nativo que habiéndose naturalizado en alguno de los demás Estados contratantes renueva su residencia en la República Argentina sin intención de regresar a aquél (lo que se presume, salvo prueba en contrario, si reside en ella más de dos años) pierde la nacionalidad adquirida por naturalización y readquiere la nacionalidad de origen.

Con España* y con Italia* se han firmado en 1969 y en 1971 Convenios sobre Nacionalidad que establecen que los nacionales de las respectivas partes contratantes podrán adquirir la nacionalidad de la otra, de acuerdo con la legislación que corresponda, pero "manteniendo su anterior nacionalidad con suspensión del ejercicio de los derechos inherentes a ésta última" y quedando sometida a la legislación del Estado que le ha otorgado la nueva nacionalidad. El ejercicio de los derechos públicos y privados, la protección diplomática, el otorgamiento de pasaportes, los derechos políticos, civiles, sociales y laborales, y el cumplimiento de las obligaciones militares se regirán por las leyes del país que otorga la nueva nacionalidad, salvo que ya hubiera cumplido los deberes militares en el país de origen. Si la persona beneficiada con este convenio regresa al país de origen, ello implica "la recuperación de todos los derechos y deberes inherentes a su anterior nacionalidad". Si se traslada a un tercer país, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, el último que tuvo en el territorio de una de las partes contratantes. Los beneficios de estos Convenios se extienden a los nacionales de las partes contratantes que, con anterioridad al mismo, hubieran adquirido la nacionalidad de la otra parte.

Según la ley 21.795 la nacionalidad podrá readquirirse, a pedido del interesado, transcurridos cinco años de su pérdida o cancelación y volverá a ser acordada por el Poder Ejecutivo.

115. LA DOBLE O MÚLTIPLE NACIONALIDAD. — Se da con frecuencia el caso de que una persona tenga a la vez dos nacionalidades, adquiridas en el momento del nacimiento o después de él. Lo primero ocurre, por ejemplo, con la persona nacida en un país que toma por base el *jus soli* y cuyos padres son nacionales de un país que sigue el *jus sanguinis* (es el caso de los nacidos en la República Argentina de padres españoles, franceses, italianos, etc.); lo segundo se produce con la persona que se naturaliza en el extranjero y las leyes de su país no disponen que por tal hecho pierde la nacionalidad originaria (es el caso de la República

Argentina y Uruguay). Y puede ocurrir que exista triple nacionalidad como consecuencia de la combinación, entre otras, de las situaciones referidas: así, por ejemplo, el uruguayo *jure soli* que siendo hijo de español se naturaliza argentino es a la vez uruguayo, español y argentino.

La doble o múltiple nacionalidad es un absurdo jurídico, pues una persona no puede ejercer derechos ni cumplir deberes en varios Estados a la vez, y se ve colocada en situaciones incompatibles y aun opuestas, tanto en lo moral como en lo material; además, es una incongruencia política, una fuente de serias dificultades para muchas personas y de rozamientos internacionales, especialmente con motivo de la imposición de obligaciones militares y del ejercicio de la protección diplomática.¹⁵

Ciertos intereses políticos, considerados unilateralmente, han impedido resolver el problema de la doble nacionalidad. No obstante, comienza a precisarse la orientación necesaria, tomando como base el hecho de que la persona ejerza derechos inherentes a una de las dos nacionalidades,¹⁶ o bien considerando como determinante el hecho del domicilio, según lo veremos en seguida.

1. En cuanto a la cuestión relativa a las obligaciones militares, se han celebrado convenios estipulando, con respecto a las personas que tienen a la vez la nacionalidad de los Estados contratantes, que el cumplimiento de las obligaciones militares impuestas por la ley de uno de ellos exime de cumplir, en tiempo de paz, las obligaciones exigidas por la ley del otro. La República Argentina ha suscripto acuerdos de esta especie: convenio con Francia del 26 de enero de 1927; convenio con

¹⁵ Al propósito de evitar la doble nacionalidad, en el caso de producirse como consecuencia de la naturalización, responde la mencionada convención interamericana suscripta en Río de Janeiro en 1906.

¹⁶ En 1912, en el caso de la reclamación de Italia contra el Perú con motivo de perjuicios sufridos por Rafael Canevaro, una decisión arbitral, dada por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, resolvió que el gobierno del Perú tenía derecho a denegar a aquél la calidad de reclamante, porque, aun cuando era italiano según las leyes de Italia y peruano según las leyes del Perú, Rafael Canevaro habíase comportado en varias oportunidades como peruano, pues había sido candidato a senador y había solicitado del gobierno de Lima la autorización necesaria antes de aceptar el cargo de cónsul general de los Países Bajos.

La misma norma ha entrado en el derecho internacional positivo: el Estatuto de la C.I.J., de 1945,* dispone lo siguiente en el art. 3º, párr. 2º: "Toda persona que para ser miembro de la Corte pudiera ser tenida por nacional de más de un Estado, será considerada nacional del Estado donde ejerza ordinariamente sus derechos civiles y políticos".

Italia del 8 de agosto de 1938;¹⁷ protocolo adicional al convenio con España del 18 de octubre de 1948; convenio con Bélgica del 11 de junio de 1963; con Dinamarca del 28 de noviembre de 1962; con Finlandia del 13 de septiembre de 1963; con Francia del 30 de marzo de 1927; con Gran Bretaña del 12 de septiembre de 1963; con Italia del 8 de agosto de 1938; con España el protocolo adicional del 18 de octubre de 1948; con Noruega del 10 de marzo de 1961; con Suecia del 16 de enero de 1959; con Suiza del 31 de octubre de 1957, y los recientes convenios sobre nacionalidad con España e Italia, 1969 y 1971, respectivamente, para el caso de naturalización.

En un protocolo elaborado en La Haya el 12 de abril de 1930 se ha adoptado otra solución: de conformidad con el artículo 1º, la persona que, poseyendo la nacionalidad de dos o más Estados contratantes, reside habitualmente en uno de ellos y a él está más vinculada, queda exenta de todas las obligaciones militares en el otro Estado, siendo entendido que esta exención puede implicar la pérdida de la nacionalidad en este Estado; el artículo 2º agrega que, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 1º, la persona que posea la nacionalidad de dos o más Estados y, según la ley de uno de éstos, tenga el derecho, al alcanzar la mayoría, de renunciar o declinar la nacionalidad de ese Estado, estará exenta de servicio militar en ese Estado durante su minoridad. El protocolo de 1930 se funda principalmente en el hecho del domicilio como índice demostrativo de vinculación real, y sus efectos comprenden las obligaciones militares tanto en tiempo de paz como de guerra.

2. Con respecto a la protección diplomática, se plantea un conflicto cada vez que un Estado intenta ejercer ese derecho ante otro Estado que a su vez considera a la misma persona como nacional suyo.

Con referencia a este problema se ha acordado en la convención concerniente a determinadas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, elaborada en la Haya el 12 de abril de 1930 (art. 4º), que un Estado no puede ejercer la protección diplomática en beneficio de un nacional suyo contra otro Estado cuya nacionalidad posea también la misma persona. Y para el caso de que la persona que tenga

¹⁷ Italia, según ley del 24 de diciembre de 1928, obligaba a prestar servicio militar a los hijos de italianos que hubieran nacido en el extranjero; y sólo eximía del servicio militar, en tiempo de paz, a los que teniendo residencia fuera de Italia permanecieran en el país un tiempo menor de un año si procedían de país transoceánico, de seis meses si procedían de países pertenecientes a la cuenca del Mediterráneo y de tres meses si su residencia estaba en otros países de Europa.

más de una nacionalidad se encuentre en jurisdicción de un tercer Estado, la mencionada convención colectiva establece (art. 5º) que esa persona será tratada como si tuviese una sola nacionalidad, y a este efecto el tercer Estado reconocerá exclusivamente en su territorio, entre las nacionalidades que la persona posee, ya sea la nacionalidad del país en que reside de modo habitual y principal, o bien la nacionalidad del país con el que, según las circunstancias, aparezca de hecho más estrechamente ligada. En la opinión consultiva sobre "reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas", la Corte Internacional de Justicia se refirió a "la práctica ordinaria por la cual un Estado no ejerce la protección diplomática a favor de uno de sus nacionales contra un Estado que lo considera como su propio nacional".¹⁸ En la sentencia del caso *Nottebohm entre Liechtenstein v. Guatemala* la Corte dijo que "los arbitrajes internacionales han... en... numerosos casos de doble nacionalidad, donde la cuestión surgió con referencia al ejercicio de la protección, dado su preferencia a la nacionalidad real y efectiva".¹⁹

3. Se han realizado esfuerzos para no sólo reducir los casos de apatridia como veremos, sino también los casos de múltiple nacionalidad. Normas con este objeto estaban contenidas en la Convención de la Haya de 1930, a la que ya nos hemos referido.

"Bajo los auspicios del Consejo de Europa se celebró en 1963 la Convención europea para reducir los casos de múltiple nacionalidad y sobre obligaciones militares, vigente desde 1968, que establece que los nacionales de los Estados contratantes que adquirieran de propia voluntad, mediante naturalización, la nacionalidad de otro Estado, perderán la anterior (art. 1º, inc. 1º). Otra norma importante de este instrumento es, que una persona puede renunciar a una de sus nacionalidades con la autorización del Estado cuya nacionalidad desea terminar y, que esta autorización no puede ser rehusada en el caso de una persona que tenga su residencia habitual y principal en el exterior (art. 2º).

116. LA APATRIDIA. — Se llama así — y también *Heimtilosat* o apolidia — al hecho de que una persona carezca de nacionalidad, lo cual ocurre principalmente por las siguientes causas: *a)* por la pérdida de la nacionalidad originaria sin haber adquirido otra nacionalidad; *b)* en los países cuya legislación se basa en el *jus sanguinis*, por ser hijo de padre apátrida o de padre desconocido.

¹⁸ I.C.J., *Reports*, 1949, pág. 174.

¹⁹ I.C.J., *Reports*, 1955, pág. 4.

La apatridia es una situación anormal que tiene serias consecuencias legales para la persona y el Estado. En los países que siguen el "sistema de la nacionalidad" para la determinación del estado civil y la capacidad de las personas, el apátrida puede verse imposibilitado de ejercer los derechos civiles, y a fin de evitar tal extremo las leyes locales han debido disponer que para esos individuos rige la ley del domicilio. Pero subsisten otras consecuencias no menos graves: aquellas personas, puesto que carecen de nacionalidad, no pueden obtener pasaporte ni pueden ser objeto de protección diplomática, y en caso de expulsión sucede a menudo que no encuentran país que las admita.

El número de apátridas era relativamente pequeño antes de la conflagración de 1914, porque la pérdida de la nacionalidad operábase individualmente y en casos excepcionales; pero hoy los apátridas suman millones, dispersos en todo el mundo, a causa de que algunos gobiernos, implantados en ciertos países europeos después de la primera guerra mundial, dispusieron la desnacionalización colectiva por motivos raciales o de cuantos habían encontrado refugio en el exterior para substraerse al régimen imperante. Esta situación originó un serio problema social y político.

1. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó, en 1951, una Conferencia que adoptó la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, que entró en vigor en 1954. Define al apátrida como "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación" (art. 1º). El apátrida tiene la obligación de acatar las leyes y reglamentos del país donde se encuentra (art. 2º) y a su vez el Estado contratante, con reserva de las disposiciones más favorables previstas en la Convención, le otorgará el mismo trato que otorga a los extranjeros en general (art. 7º). La Convención prevé el mismo tratamiento que se da a los nacionales con respecto a religión (art. 4º), derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 14), acceso a los tribunales (art. 16), racionamiento (art. 20), enseñanza elemental (art. 22), asistencia y socorros públicos (art. 23), legislación del trabajo y seguros sociales (art. 24), y cargas y gravámenes fiscales (art. 25). La Convención otorga a los apátridas un trato tan favorable como sea posible y, en todo caso, no menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general, en cuanto al derecho de asociarse a asociaciones no políticas y sindicatos (art. 15), a empleo remunerado (art. 17), a adquirir bienes muebles e inmuebles (art. 13), a trabajar por cuenta propia (art. 18), a ejercer una profesión liberal (art.

19), a vivienda (art. 21), a la educación que no sea elemental (art. 22), a elegir libremente el lugar de su residencia y a viajar libremente por él (art. 26). Las Partes contratantes se comprometen a expedir documentos de identidad y documentos de viaje a los apátridas que se encuentren en su territorio (arts. 27 y 28) y a no expulsarlos, a menos que existan razones de seguridad nacional o de orden público (art. 31); se comprometen, además, a facilitar su naturalización (art. 32).

La Convención relativa al estatuto de los apátridas, de 1954*, contiene disposiciones similares al Estatuto de los Refugiados.

2. Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional, a solicitud del Consejo Económico y Social, preparó en 1953 dos proyectos uno sobre la supresión de la apatridia en el porvenir y otro sobre Reducción de los Casos de Apatridia, tendientes a facilitar la adquisición de la nacionalidad, con motivo del nacimiento dentro de sus fronteras y, por la otra, evitar la pérdida de la nacionalidad salvo el caso de adquisición de otra. En 1959 y en 1961 se reunió, bajo los auspicios de Naciones Unidas una conferencia que aprobó una Convención para Reducir los Casos de Apatridia, que ha entrado en vigor en 1973 con 6 ratificaciones. La base de la Convención consiste en que todo Estado contratante concederá su nacionalidad a toda persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida y por otra parte no privará de la nacionalidad a un individuo cuando por este hecho se vuelva apátrida.

117. LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COLECTIVAS.

— Dos criterios opuestos se han mantenido con respecto a la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas colectivas, es decir, a ciertas entidades que, no siendo personas físicas, gozan de personalidad en el derecho privado. Según muchos autores y las leyes de gran número de países, las personas jurídicas colectivas tienen una nacionalidad, pero sólo una; según otro grupo de autores, aquéllas no tienen nacionalidad sino domicilio.²⁰

²⁰ Bernardo de Irigoyen, siendo ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, sostuvo esta tesis en nota dirigida el 23 de junio de 1876 al representante de Gran Bretaña, que había formulado una reclamación con motivo de medidas adoptadas por las autoridades de la provincia de Santa Fe con respecto a una sucursal del Banco de Londres y América del Sur establecida en la ciudad de Rosario. En esa oportunidad, expresó el ministro que las personas morales o jurídicas "deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza y por consiguiente ellas no son nacionales ni extranjeras..."; que la persona moral o jurídica es una persona "distinta de los individuos que la forman y, aunque ella sea exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros, no

El problema no se plantea solamente en las relaciones de derecho internacional privado sino también en las de derecho público. Y en estas últimas asume hoy extraordinaria importancia, porque esas entidades, habiendo adquirido gran desarrollo bajo la forma de sociedades anónimas, disponen de enormes capitales, tienden a monopolizar la producción y el intercambio, ejercen acción e influencia por encima de las fronteras políticas mediante filiales que funcionan en diversos países y, aunque hayan obtenido personalidad jurídica en cada Estado, integran en realidad un solo consorcio económico.

Ciertamente, la nacionalidad no puede tener en las personas jurídicas colectivas los mismos efectos que en las personas físicas, pues no se conciben en aquellas los derechos y deberes cívicos, ni la repatriación. No obstante, la verdad es que el problema se presenta en todos los Estados por motivos de carácter interno y externo. En primer lugar, todos ellos, movidos por razones económicas y administrativas, distinguen a las personas jurídicas colectivas que autorizan a funcionar en su territorio, dividiéndolas en *nacionales* y *extranjeras* a los efectos de los derechos que pueden ejercer y de las obligaciones a que están subordinadas, a fin de acordar a las sociedades nacionales derechos más amplios que a las extranjeras y fijar para éstas reglas de fiscalización más estrictas para asegurar su solvencia y funcionamiento regular. En segundo lugar, razones económicas y políticas inducen a los Estados a ejercer, en ciertos casos, su protección diplomática con respecto a los capitales invertidos en el exterior bajo la forma de empresas bancarias, comerciales, industriales, mineras, de transportes, de obras públicas, etc.; y también sucede que el Estado en que se hallan instaladas las referidas personas jurídicas colectivas puede verse obligado, en ciertas circunstancias extraordinarias como el estado de guerra, a adoptar medidas de defensa, ya sea como beligerante con relación a las que tengan la nacionalidad del enemigo, o bien como neutral con respecto a las que tengan la nacionalidad de Estados beligerantes. Indudablemente, el hecho de dividir a las personas jurídicas colectivas en *nacionales* y *extranjeras* no implica atribuir a estas últimas una nacionalidad determinada; pero esto es necesario definirlo en el caso de protección diplomática como también en el relativo a las medidas de defensa impuestas por el estado de guerra.

tiene derecho a la protección diplomática". Y agregaba: "No son las personas las que se unen; son simplemente los capitales bajo forma anónima, lo que significa, según el sentido de la palabra, que ellas no tienen ni nombre, ni nacionalidad, ni responsabilidad individual" (*M.R.E.*, 1877, t. I, págs. XL, 389-404, 410).

Diversas fórmulas se han presentado en la doctrina para definir la nacionalidad de las personas jurídicas colectivas. Es indudable que algunas de esas fórmulas deben ser desechadas: la nacionalidad de la mayoría de sus miembros, porque toda sociedad constituye un ente distinto a los miembros que la componen y porque sería prácticamente imposible aplicar esta fórmula a las sociedades anónimas, que son las más importantes; debe desecharse también la nacionalidad del lugar de constitución de la entidad, porque éste es un acto fugaz que puede ser accidental y puede ser elegido con un fin intencionado. Más se aproximan a la realidad las fórmulas que tienen en mira la sede social, o las personas que controlan la sociedad, o el lugar de explotación. Esta última sería aceptable en el caso de que ese lugar estuviera situado en un solo país; pero resulta inadecuada cuando la explotación se halla distribuida en varios países o se trata de una compañía de navegación. La fórmula relativa a la sede social, es decir, al centro en donde se han establecido sus órganos directivos, presenta la ventaja de la certeza, pero se presta a la simulación, porque la sede puede establecerse en un lugar carente de toda vinculación con el lugar de explotación.

Para definir la nacionalidad de una persona jurídica colectiva debe investigarse dónde está el vínculo de asociación y de dependencia existente, por una parte, entre las personas que la controlan y sus capitales y por otra parte el régimen legal y los intereses económicos del Estado en donde realiza actividades. Para esa investigación son útiles los elementos antes señalados: la sede social, las personas que controlan la sociedad y el lugar de explotación; pero debe observarse que todos ellos obran en diversa medida, según las circunstancias, y ninguno por sí solo. Por lo tanto, parece indudable que precisar aquel vínculo es una cuestión de hecho que, tomando por base los referidos elementos, debe resolverse en cada caso.

1. En general, las leyes nacionales sobre nacionalidad no contienen normas sobre nacionalidad de las personas jurídicas colectivas; sin embargo, la legislación interna en numerosas oportunidades hace referencia a tal nacionalidad en disposiciones referentes, por ejemplo, al derecho constitucional, al derecho fiscal o al derecho internacional privado.

En el derecho internacional, muchos tratados contienen normas que definen como nacionales, para diversos propósitos, a estas personas jurídicas. Ejemplo de ello son los tratados de comercio que establecen "standards" de tratamiento para compañías o sociedades nacionales de

las partes contratantes, los tratados de doble imposición, los tratados de transporte aéreo internacional, los tratados de paz, de reparación de daños de guerra, de cesión, de compensación en caso de nacionalización. El artículo 58 que creó la Comunidad Económica Europea, prescribe que las personas jurídicas colectivas creadas de acuerdo con la ley de un Estado miembro y que tenga su sede o administración central o principal establecimiento dentro de la Comunidad serán consideradas, a los efectos del capítulo sobre el derecho de "establecimiento", como individuos que sean nacionales (*ressortissants*) del Estado miembro.

Estos tratados varían en los criterios que emplean, ya sea la sede social, la fuente nacional del verdadero control, el lugar de creación, etcétera.

El Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia de La Habana, en 1928, contiene el principio, en su artículo 9º, que cada Estado aplicará su propio derecho para determinar la nacionalidad de origen "de toda persona individual o jurídica", para luego determinar, en su artículo 18, qué sociedades civiles, mercantiles o industriales, que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, en su caso, el lugar donde radicarán habitualmente su gerencia o dirección principal. En el caso de las sociedades anónimas, según el artículo 19, su nacionalidad se determinará "por el contrato social y, en su caso, por la ley del lugar en que se reúne normalmente la Junta General de accionistas y, en su defecto, por la del lugar en que radique su principal Junta o Consejo directivo o administrativo". Pero el Código Bustamante, por otra parte, dispuso en el artículo 21 que "las disposiciones del artículo 9º, en cuanto se refieran a personas jurídicas y la de los artículos 16 a 20 no serán aplicadas en los Estados contratantes que no atribuyan nacionalidad a dichas personas jurídicas". A pesar de ello, Argentina, Paraguay, Colombia, Costa Rica y República Dominicana formularon una reserva señalando "que no entendían para nada, aprobar directa o indirectamente las disposiciones que son contrarias a la regla de que las personas jurídicas deben su existencia a la ley del Estado que las autoriza y que, en consecuencia no son nacionales ni extranjeras". Argentina no es parte del Código Bustamante.

El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional*, de Montevideo de 1970, establece en su artículo 6º que "la ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad", agregando el artículo 7º que dicha ley rige "el contenido del contrato social, las relaciones jurídicas entre los socios, entre éstos y la

sociedad y entre la misma y terceros". El artículo 8º, referente a las sociedades mercantiles, también las hace regir por la ley del Estado de domicilio, añadiendo la importante norma que dichas sociedades "serán reconocidas de pleno derecho por los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio". Sin embargo, las sociedades mercantiles, para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado, en el cual intenta realizarlos, según el mismo artículo 8º. Por domicilio comercial el Tratado entiende, en el artículo 5º, "el lugar donde el comerciante o la sociedad comercial tiene el asiento principal de sus negocios"; pero si se establecen, en otros Estados, establecimientos sucursales o agencias, "se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí se practiquen".

2. La C.P.J.I., en 1933, en el caso de la Universidad Pazmany²¹ reconoció a dicha entidad como persona jurídica bajo la ley húngara y en consecuencia como nacional húngara a los efectos de someter una reclamación para obtener la restitución de una propiedad, bajo el Tratado de Trianon.

En el reciente caso de la Barcelona Traction²² entre Bélgica y España, en 1970, la C.I.J. consideró que una sociedad constituida en Canadá, en la que el 88% de las acciones estaban en manos belgas, debía ser considerada como una sociedad canadiense, a los efectos de la protección diplomática. La Corte dijo:

"Cuando se trata de establecer un vínculo entre una sociedad y tal o cual Estado, a los efectos de la protección diplomática, el derecho internacional se basa, pero sólo hasta cierto límite, en una analogía con las reglas que gobiernan la nacionalidad de los individuos. La regla tradicional atribuye el derecho de ejercer la protección diplomática de una sociedad al Estado bajo cuyas leyes fue constituida y en cuyo territorio tiene su sede. Estos dos criterios han sido confirmados por una larga práctica y por numerosos instrumentos internacionales. A pesar de esto, otros o diferentes vínculos han sido, a veces, considerados necesarios para que pueda existir el derecho a la protección diplomática. Así, ha sido la práctica de

²¹ *Serie A/B*, núm. 61, págs. 228-230. Ver también el caso de los Intereses Alemanes en la Silesia Superior, *Serie A*, núm. 7, págs. 73, 74, 75 (1926).

²² I.C.J., *Reports*, 1970, pág. 42.

ciertos Estados de acordar a una sociedad constituida bajo sus leyes protección diplomática únicamente cuando tiene su sede social o dirección o centro de control en su territorio, o cuando una mayoría o una parte substancial de sus acciones pertenecen a nacionales del Estado en cuestión. Solamente entonces, se ha sostenido, existe entre la sociedad y el Estado en cuestión un vínculo efectivo como aquel que es bien conocido en otras ramas del derecho internacional. Sin embargo, en el campo específico de la protección diplomática a personas jurídicas, ningún criterio absoluto de vínculo efectivo ha encontrado aceptación general. Estos vínculos tal como han sido aplicados son de naturaleza relativa, y algunas veces los lazos con un Estado deben ser valorados contra los lazos existentes con otros. A este respecto referencias se han hecho al caso *Nottebohm* que las Partes han mencionado frecuentemente en él en el curso de este asunto. Sin embargo, dado los aspectos de derecho y de hecho que presenta la protección en ese asunto, la Corte opina que no existe analogía entre las cuestiones expuestas o la decisión dada en aquel caso."

"En el caso actual, no está en disputa que la sociedad fue constituida en Canadá y tiene su sede en dicho país. La constitución de la sociedad bajo la ley de Canadá fue un acto de libre elección. No sólo los fundadores de la sociedad buscaron su constitución bajo la ley canadiense sino que permanecieron regidos por esa ley por más de 50 años. Ha conservado en Canadá su sede, su contabilidad y el registro de sus accionistas. Reuniones de directorio se han celebrado allí durante muchos años; ha estado inscrita en los registros fiscales de las autoridades canadienses. De esta manera se ha establecido una conexión permanente y estrecha, fortalecida durante más de medio siglo. Esta conexión no ha sido debilitada por el hecho que la compañía a realizò desde el comienzo actividades comerciales fuera de Canadá, porque éste era su propósito declarado. Los lazos de la *Barcelona Traction* con Canadá son, pues, múltiples."

Este fallo fue adoptado por la totalidad de la Corte, con la excepción del juez ad hoc designado por el gobierno belga.

3. Con motivo de las dos guerras mundiales de este siglo se extendieron las leyes dictadas con respecto a confiscación o secuestro de bienes de personas individuales enemigas, a sociedades controladas por súbditos enemigos.

La Argentina aplicó esta doctrina del control a bienes de propiedad del Estado o de nacionales de Alemania y Japón en el decreto n° 11.599 del 25 de abril de 1946, basado en las recomendaciones de la Tercera Reunión de Consulta, celebrada en Río de Janeiro, en 1942, de la Conferencia Interamericana sobre sistemas de control económico y financiero, de Washington, en 1942 y de la Conferencia Interamericana sobre los problemas de la guerra y de la paz, de México, en 1945. En el artículo 3° del decreto de 1946 se fijaban como criterios para establecer el carácter enemigo de la propiedad el origen de su capital, la participación de las autoridades directivas en el capital de la sociedad, la relación entre la sociedad en cuestión y otras que tengan el carácter de propiedad enemiga, la distribución de ganancias o retribuciones a personas domiciliadas en los países enemigos, la existencia de reservas anómalas o sospechosas, la ayuda que hubieren prestado a otras entidades radicadas en países enemigos o sospechadas de pertenecer a enemigos. Este decreto n° 11.599 creó la "Junta de Vigilancia y Disposición de la Propiedad Enemiga".

II. LOS EXTRANJEROS

118. NOCIONES GENERALES. — Exigencias de orden público obligan al Estado a ejercer su acción sobre todas las personas y las cosas que se hallan en su territorio, ya sea permanentemente o de paso y cualquiera que fuere su nacionalidad; por consiguiente, la persona y los bienes del extranjero están sujetos a la jurisdicción del Estado en que se encuentran.²³ Se exceptúa de esta norma únicamente a los extranjeros que

²³ Esta regla, puesto que fue enunciada por los glosadores y más tarde por Grocio, proviene de épocas en que raramente salían las personas del territorio propio; y se formulaba expresando que el extranjero era *subditus temporarius*, esto es, que mientras permaneciese bajo otra soberanía se hallaba en situación análoga a la del súbdito: las leyes del lugar regían para él en su plenitud. El calificativo de "súbdito temporario" (o el equivalente inglés *temporary allegiance*) no es hoy del todo exacto, pues la sumisión, aunque voluntaria, no es siempre meramente temporaria. Sea esto como fuere, lo indudable es que



desempeñan una misión oficial, porque es menester que gocen de entera independencia con respecto al poder público local: tales son los jefes de Estado, los agentes diplomáticos y ciertos funcionarios internacionales, como los magistrados de la Corte Internacional de Justicia y quienes ejercen cargos superiores en la Organización de las Naciones Unidas.

Recíprocamente, el extranjero dispone de la protección que acuerdan a todos los habitantes las instituciones y las leyes locales, y en ciertos casos —según lo veremos al tratar de la responsabilidad internacional del Estado— puede disponer subsidiariamente de la protección diplomática de su Estado de origen.

1. Se desprende de lo expuesto que, en principio, el derecho aplicable al extranjero es el que rige en la comunidad política en que vive. Pero debe observarse que, especialmente desde comienzos del siglo XIX, todos los Estados han venido reconociendo ciertos derechos a los extranjeros, ya sea mediante sus leyes internas o conviniendo un régimen jurídico en los tratados, casi siempre sobre la base de reciprocidad y con respecto a determinados derechos: entrar, salir, domiciliarse, practicar el propio culto, trabajar, ejercer la industria, el comercio, acudir a los tribunales de justicia, etc. o bien estipulando igualdad con los nacionales del Estado local en cuanto a los derechos y obligaciones que no son de naturaleza política, es decir, a los derechos civiles, a los impuestos, etc.²⁴ o simplemente estableciendo que tendrán los derechos de la nación más favorecida.²⁵

desde mediados del siglo XIX los autores más calificados declaran que el extranjero que transitoria o permanentemente se encuentra en otro Estado está subordinado a las instituciones, las leyes y el modo de ser de éste, antes que a los de su país de origen (véanse, por ejemplo: Bluntschli, J. K., *Droit international codifié*, Paris 1868, § 388; Pradier-Fodère, P., *Traité de droit international public*, Paris, 1885-1906, t. I, § 403; Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, Paris, 1887-96, t. III, §§ 1278 y sig. y t. VI, pág. 256; Fiore, P., *Droit international codifié*, Paris, 1890, § 173; Borchard, E. M., *Diplomatic protection of citizens abroad*, New York, 1915, §§ 6, 41, 44 y 133).

Muchos autores no tocan este punto, posiblemente porque lo consideran obvio; entretanto, ninguno lo ha puesto en duda. Y en la vida de relación internacional la jurisdicción del Estado local es reconocida como una regla consuetudinaria.

²⁴ Véanse los tratados de la República Argentina con Gran Bretaña (1825), Estados Unidos (1853), Alemania (1857), España (1863), Bolivia (1868) y Suecia y Noruega (1885).

²⁵ Pertenecen a este tipo los tratados de la República Argentina con Francia (1853), Brasil (1856), Alemania (1857), España (1863), Suecia y Noruega (1885) e Italia (1894).

Esos tratados son generalmente bipartitos. De carácter multipartito podemos mencionar las convenciones interamericanas sobre derechos de extranjería (México, 1902); sobre condición de los extranjeros* (La Habana, 1928), esta última proyectada por el autor del presente libro en la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos (Rio de Janeiro, 1927)²⁶ y sostenida como ponente en la VI Conferencia Internacional Americana (La Habana, 1928),²⁷ y en la Convención Europea sobre Establecimiento (European Convention on Establishment).

A fines de 1929 se reunió en París una conferencia internacional para reglar la condición de los extranjeros especialmente en lo relativo al comercio y a los impuestos, pero no pudo llegar a ningún resultado concreto.

Los miembros del Consejo de Europa firmaron en 1955 la Convención sobre Establecimiento (European Convention on Establishment), con excepción de Gran Bretaña e Irlanda. Las Partes se obligan a acordar a los nacionales de las otras partes el mismo tratamiento que se acuerda a sus propios ciudadanos. El instrumento está dividido en tres partes. La primera concierne a admisión, tratamiento y expulsión de nacionales de otros miembros, asumiendo el compromiso de tratarlos sobre una base de igualdad y asegurándoles el goce de los derechos civiles y la protección jurídica de su propiedad y su persona. La segunda garantiza los mismos derechos económicos que los nacionales, salvo la práctica del comercio o profesión que esté restringida a los nacionales por serios motivos económicos o raciales en el caso de ciertas personas que no llenen las condiciones de residencia. Se garantizan iguales beneficios sociales y tratamiento impositivo. No se aplica el Tratado, de acuerdo con un Protocolo especial, en el caso de restricciones de cambio y moneda. En la tercera parte se establece el mecanismo para supervisar y administrar la Convención por intermedio de un Comité.

²⁶ *Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, Reunión de 1927* (Rio de Janeiro, 1927). t. II, págs. 294-314.

²⁷ La convención de 1902 hallábase en vigor el 30 de septiembre de 1976 entre Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana.

La convención de 1928 regía el 30 de septiembre de 1976, entre la República Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Estados Unidos (r.), Guatemala, Haití, México (r.), Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

2. Con tratados o sin ellos, puede afirmarse que existen hoy en el derecho internacional ciertas normas que rigen a los extranjeros con carácter suficientemente generalizado, al menos en cuanto a los puntos fundamentales.²⁸

119. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. — En la antigüedad, los pueblos extranjeros eran considerados bárbaros o enemigos y a las personas provenientes de ellos se les denegaba todo derecho. Sin embargo, en Atenas hizose necesario crear una jurisdicción especial para los extranjeros, que se encomencó a un *polemarca*, magistrado encargado de dirigir la guerra y las relaciones con el enemigo. Roma, desde que en el siglo III a. J. C. hubo conquistado la parte meridional de la península, que estaba poblada por griegos, admitió que esos extranjeros (*peregrini*) tuvieran, en cuanto a sus relaciones privadas, ciertos derechos al margen del *jus civile*, todavía exclusivo de los romanos que poseyesen la categoría de ciudadanos (*cives*); aquellos derechos, aplicados y desarrollados por un magistrado especial, el *praetor peregrinus*, eran las normas que comúnmente regían en la generalidad de los pueblos civilizados, y el conjunto de reglas así establecidas por los edictos de los pretores vino a constituir el *jus gentium*, que el *Digesto* definió luego de la siguiente manera: "*Jus gentium est, quod gentes humanae utuntur*".

Caído el Imperio Romano, las tribus germánicas invasoras se regieron por sus propias leyes en los territorios en que se asentaron: este sistema, que se conoce con el nombre de "personalidad de la ley", importaba someter al hombre a sus leyes de origen durante toda la vida, aunque por acaso se hallara en el extranjero. Más adelante, con la fijación de las tribus, facilitada por el desarrollo de la agricultura, y ante la dificultad de conocer en cada caso la ley personal, el Imperio Germánico estableció una sola ley para todos los que vivieran en su suelo, sin distinción de razas ni de procedencias: es el sistema de la "territorialidad de la ley". Desde el siglo VIII al siglo XIII los señores feudales aplicaron a todos los habitantes los estatutos, fueros y costumbres locales con exclusión de toda otra ley: *leges non valent extra territorium*. La noción de la

²⁸ Véase el fallo del árbitro Max Hüber en la cuestión relativa a los bienes británicos en Marruecos español (1925) y la sentencia de la C.P.J.I. en el litigio entre Alemania y Polonia a causa de ciertas expropiaciones de bienes alemanes en la Alta Silesia (1926). La Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo en el caso *Hines v. Davidowitz* (312 U.S. 52) que "ha crecido en el campo de las relaciones internacionales un cuerpo de costumbres definiendo con mayor o menor certeza los deberes que deben todas las naciones a los residentes extranjeros".

“personalidad de la ley” renació como consecuencia del comentario de los textos del Derecho Romano, realizado por los glosadores en los siglos XII y XIII y los estatutarios del siglo XV, y ciertas relaciones jurídicas de los extranjeros rigiéronse por su ley personal. No obstante, hasta fines del siglo XVIII se aplicaron a los extranjeros algunas leyes muy duras: según el *jus albinagii*, al fallecer un extranjero, el señor feudal o monarca confiscaba los bienes muebles e inmuebles que dejase; el *jus detractus* implantó en lugar del anterior, un impuesto especial a la salida de los bienes hereditarios, y el *jus naufragii* autorizaba a apoderarse de los bienes de los náufragos extranjeros arrojados a las costas.

Entretanto, desde el siglo XII los mercaderes naturales de algunas ciudades italianas habían obtenido en Constantinopla la facultad de residir en determinados barrios de la ciudad y ejercer ciertos derechos con magistrados propios. Esa franquicia fue extendiéndose a otras regiones de Levante y llegó a ser consolidada por medio de tratados especiales, llamados “capitulaciones”.

Desde comienzos del siglo XIX se generalizaron en las leyes de los principales países europeos y de las nuevas repúblicas americanas los principios difundidos por la Revolución de la Independencia de los Estados Unidos, de 1776, y la Revolución Francesa de 1789, según los cuales corresponden ciertos derechos a todos los hombres con abstracción de su nacionalidad. La emigración europea, desarrollada intensamente desde mediados de aquel siglo como consecuencia de la abrogación de las leyes que prohibían salir del propio país y de la facilitación de las comunicaciones, determinó el transporte de millones de hombres a los países nuevos —principalmente Estados Unidos, República Argentina, Brasil, Canadá y Australia—, en donde la mayor parte constituyeron su familia y se arraigaron definitivamente. Los países de emigración intentaron retener el vínculo político con esos hombres y sus descendientes, mediante la regla del *jus sanguinis* para la adquisición de la nacionalidad y el “sistema de la nacionalidad” para determinar el estado civil y la capacidad de las personas. Ambos no eran sino el reflejo de la antigua “personalidad de la ley”; pero ya hemos visto cómo hacia 1870 el vínculo de la nacionalidad dejó de ser perpetuo e inflexible. Al mismo tiempo se afirmaba la regla de que los extranjeros quedan sometidos, en primer lugar, a la protección de las leyes y a la jurisdicción del país de su elección. Desde entonces, por medio de las leyes y eventualmente de los tratados, los derechos de los extranjeros han venido a formar una tupida red que liga a todo el mundo.

120. ADMISION. — Ningún Estado podría denegar en absoluto, sin encerrarse en una política de aislamiento hostil, la entrada de extranjeros en su territorio. Además, esto se halla asegurado en muchos casos por la vía contractual. Pero todo Estado ejerce el derecho, fundado en motivos de orden público, de reglamentar las condiciones de entrada, permanencia y tránsito de los extranjeros.

Dicha reglamentación tiene en vista impedir que la admisión de individuos no vinculados al país constituya una carga para la comunidad o un desequilibrio social o político. Por ello se prohíbe generalmente la entrada de los inhabilitados legalmente (los extranjeros expulsados con anterioridad); la de los físicamente incapaces (enfermos contagiosos o crónicos, ancianos, etc.) y la de los inhabilitados moralmente (delincuentes, proxenetes, prostitutas, agitadores, mendigos, indigentes, vagos, gitanos, etc.). El calificativo de "no deseables", dado a esos individuos, se ha hecho extensivo, en algunos países, a ciertas razas.

El fenómeno migratorio, que desde mediados del siglo XIX ha alcanzado considerable importancia, ha sido reglamentado desde dos puntos de vista diversos: los Estados afectados tomaron en cuenta una sola faz del fenómeno, ya fuese la primera, que es la emigración, o bien la segunda, es decir, la inmigración; y es así como la reglamentación, realizada por el derecho interno de unos y de otros, no ha sido siempre coincidente. Unos Estados tienen en mira proteger al emigrante, a fin de impedir que sea víctima de engaños y asegurar que viaje en condiciones higiénicas; pero también, especialmente en las últimas décadas, han procurado restringir y aun impedir la emigración. En cambio, los países de inmigración se proponen facilitar y aun fomentar la llegada de nuevos habitantes útiles, excluyendo por ello a los que presentan fallas físicas o morales, o bien adoptan la política de restringir o impedir la entrada de los que pertenecen a ciertas razas.

Los beneficios que aseguran a los emigrantes las leyes internas o los convenios internacionales hacen necesario determinar quiénes son los emigrantes o inmigrantes, en su caso, distinguiéndolos de los demás viajeros. En el comienzo pareció suficiente señalar como determinante un solo elemento subjetivo, que es la salida del propio país sin ánimo de retornar a él. Pero, siendo éste un elemento difícil de precisar en la práctica, se propuso tomar en cuenta otro, que es la constitución del domicilio. Este elemento es más concreto, pero sólo puede ser precisado una vez que el individuo se ha establecido en el país. La Conferencia de Emigración e Inmigración reunida en Roma en 1924 propuso como defi-

nición la siguiente fórmula: "Se considera emigrante al que sale de su país con el fin de hallar trabajo o al que acompaña a su cónyuge, ascendientes o descendientes, y también hermanos o hermanas, tíos y tías, sobrinos y sobrinas, o sus cónyuges respectivos, o vaya a reunirse con ellos, emigrados ya con el mismo fin, o regrese en las mismas condiciones al país en donde ya hubiese emigrado anteriormente. Desde ese momento se encuentra sometido a las leyes, reglamentos y convenciones de dicho país y le corresponden las definiciones siguientes: a) se considera inmigrante a todo extranjero que llega a un país en busca de trabajo y con la intención explícita o presumible de establecerse en él de manera permanente; b) se considera tan sólo como trabajador a todo extranjero que llega a un país con el único objeto de trabajar en él temporariamente".

Sea como fuere, la inmigración ha sido objeto, en muchos países, de restricciones que han tenido por fin asegurar una selección racial. Esas restricciones consisten en prohibir la entrada de individuos pertenecientes a ciertas razas, o bien adoptan el método de fijar una cuota anual a la entrada de individuos de cada nacionalidad como número máximo admisible, establecida en proporción al número de habitantes de esa nacionalidad existente en el país en determinada fecha, con lo cual se llega indirectamente al mismo resultado de selección racial.

El primer procedimiento se inició con un impuesto a la entrada de chinos en Australia y Canadá; luego, a partir de 1882, siguió con la sanción en los Estados Unidos de leyes para la exclusión de inmigrantes chinos. Los países centroamericanos adoptaron análoga prohibición y la hicieron extensiva a los sirios, árabes, armenios, turcos, hindúes y gitanos. Más tarde, los Estados Unidos vedaron entrar a los japoneses. Canadá a los asiáticos y Venezuela a todos los que no fuesen de raza blanca.

En 1922, los Estados Unidos implantaron el método de las cuotas, fijando como límite máximo anual para la inmigración extranjera (con excepción de los provenientes de Canadá y de los países latinoamericanos). Este sistema fue reemplazado en el Acta del Congreso de 1965, aprobada por el Presidente Johnson, por un "sistema de selección".

En los últimos años, algunos países que necesitan inmigrantes calificados, han suscripto convenios con otros que desean fomentar en ciertas condiciones la emigración de sus nacionales.²⁹

²⁹ En 1948, la República Argentina suscribió convenios de esta especie con Italia y con España, hoy denunciado, y en 1961 con Japón. Con España se volvió a firmar otro nuevo convenio de Migración en 1960.

En la República Argentina la Constitución Nacional impone al gobierno federal la obligación de fomentar la inmigración europea y prohíbe restringir, limitar o gravar con impuestos la entrada de extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar industrias e introducir y enseñar las artes y las ciencias. Todo el gran proceso migratorio se rigió por la ley 817. Actualmente el régimen de admisión, permanencia y expulsión de extranjeros está regulado en el decreto-ley número 4805 de 1963 y la ley 18.653, de 1970.

121. EL RÉGIMEN DE LOS PASAPORTES. — El pasaporte es un documento que el Estado otorga a sus nacionales —casi siempre de carácter individual y a veces colectivo— con el objeto de habilitarles para salir del país y regresar a él eventualmente, y que a la vez habilita, previa visación por el cónsul respectivo, para entrar en territorio extranjero. Las personas que habitan en país extranjero y desean salir de él usan análogo documento, expedido por su propio cónsul y visado por las autoridades locales.

Con ese instrumento cada Estado controla, y a veces restringe o impide, la salida de los nacionales así como la entrada de los extranjeros.

Este régimen, existente en los Estados europeos desde el siglo XVI —en algunos aun para pasar de un lugar a otro dentro del mismo Estado—, había sido abolido desde mediados del siglo XIX, en casi todos ellos, salvo en ciertos casos de guerra. La conflagración de 1914-18 vino a restablecerlo de un modo general y desde entonces ha subsistido en todos los Estados. Excepcionalmente, se ha convenido la supresión de pasaporte entre algunos países limítrofes, y a veces únicamente para el tráfico fronterizo o el turismo.

1. Los "pasaportes diplomáticos" —que otorga el Estado a los nacionales a quienes inviste con una función representativa en el exterior, o confieren ciertas instituciones internacionales a determinados funcionarios— tienen el mismo objeto y además habilitan para hacer valer las inmunidades correspondientes ante las autoridades aduaneras del país de destino y de los de tránsito.

2. Grave situación planteó, especialmente en los países de Europa Central, la presencia de gran número de refugiados rusos a causa de la revolución de 1917. Se trataba de no menos de dos millones de personas que, habiendo huido de su país, fueron acogidas por razones de humanidad y allí se encontraban sin recursos y sin que pudieran trasladarse a otros países por haber perdido la nacionalidad y carecer de documento

de identidad personal. Esa situación fue obviada mediante los "Certificados Nansen", creados por convenio internacional subscrito en Ginebra el 5 de julio de 1922. Los Estados contratantes podían expedir a dichas personas certificados de identidad personal y de tránsito que las habilitaba para entrar en los demás países contratantes; siendo entendido que ese régimen no derogaba la legislación local referente a la policía de los extranjeros ni implicaba el derecho, para el refugiado, de invocar protección diplomática ni de retornar sin autorización especial, y deja de tener valor cuando el portador penetraba en la Unión Soviética. En virtud de convenios ulteriores el régimen de los "Certificados Nansen" se hizo extensivo a los refugiados armenios, asirio-caldeos y turcos.

Tanto el Estatuto de los Apátridas* de 1954, vigente desde 1960, como el Estatuto de los Refugiados* de 1951 prevén que los Estados Partes expedirán documentos de identidad a todo apátrida y a todo refugiado que se encuentre en el territorio de estos Estados y no posea documento válido de viaje. También les expedirán documentos de viaje que les permita trasladarse fuera del territorio. Los Estados contratantes también podrán expedir documentos de viaje a cualquier otro refugiado que se encuentre en el territorio de tales Estados y tratará con benevolencia a los refugiados que en el territorio de tales Estados no pueden obtener un documento de viaje del país en que se encuentren legalmente. Los documentos de viaje expedidos a refugiados, conforme con acuerdos internacionales previos, es decir los certificados Nansen, serán considerados como expedidos conforme con las nuevas normas.

3. La existencia de apátridas o de extranjeros que carecen en el país de agentes diplomáticos o consulares que pudieran otorgarles pasaporte, ha inducido a algunos Estados a expedir un pasaporte *ad hoc* a esas personas no nacionales, cuando desean salir del país.³⁰

³⁰ En la República Argentina, un decreto del 14 de noviembre de 1931 autorizó al Ministerio del Interior a otorgar un pasaporte cruzado con las palabras "no argentino" a los extranjeros que no tengan en el país representación diplomática o cónsules y cuya protección no esté encomendada a los agentes de un tercer Estado; ese pasaporte autoriza a salir del país y regresar dentro del plazo de un año, pudiendo ser renovado por seis meses en un consulado argentino. Por decretos núm. 35.950, del 20 de noviembre de 1948, y núm. 8630, del 12 de abril de 1949, ese método se hizo extensivo a los apátridas y a los que estén imposibilitados de obtener la documentación concerniente a la nacionalidad.

122. DERECHOS ESENCIALES. — En la generalidad de los países se reconocen a las personas humanas ciertos derechos básicos: el derecho a la vida, que se manifiesta substancialmente por la libertad individual; el derecho a los bienes, que consiste en la posibilidad de adquirir y disponer de valores, al menos los mobiliarios y casi siempre los inmuebles, aunque éstos con ciertas restricciones a veces; y el derecho a la justicia, esto es, la igualdad ante la ley y la protección ejercida por las instituciones locales. Todos ellos son reconocidos como “derechos esenciales” para la vida en sociedad, garantías que no pueden negarse al individuo sin destruir la comunidad civilizada; y, puesto que su ejercicio no implica acción colectiva ni actividades políticas, pertenecen a toda persona en su carácter de tal, con abstracción de su calidad de nacional o de extranjero.

1. Los “derechos esenciales”, antes de traducirse en normas del derecho positivo, fueron una noción ideal. Enunciada en Roma por el *jus naturale* de los filósofos estoicos, el Cristianismo la difundió como doctrina. Desconocida esa noción en la época feudal, renació en la filosofía política del siglo XVIII; y proclamada por la Revolución de los Estados Unidos de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, hizo su camino aboliendo la servidumbre y la esclavitud hasta afirmar el principio de la igualdad civil en el derecho positivo de cada Estado. Los “derechos esenciales”, generalizados desde comienzos del siglo XIX por el derecho interno en la gran mayoría de los Estados, pasaron al derecho internacional por obra de los tratados,³¹ de la jurisprudencia y de la doctrina.³² Analizaremos el tema de la protección internacional de los derechos humanos al final de este capítulo.

2. Es obvio que los derechos políticos no están comprendidos en los “derechos esenciales”. Aquéllos pertenecen únicamente a los ciudadanos, es decir a los nacionales calificados con fines electorales, ejer-

³¹ Sin contar los numerosos tratados bipartitos del siglo XIX en que esos derechos se especifican y aseguran sobre la base de la reciprocidad, cabe señalar la convención interamericana sobre condición de los extranjeros (La Habana, 1928), en cuyo art. 5º se ha estipulado lo que sigue: “Los Estados deben reconocer a los extranjeros domiciliados o transeúntes en su territorio todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus propios nacionales y el goce de los derechos civiles esenciales, sin perjuicio, en cuanto concierne a los extranjeros, de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías”.

³² Por ejemplo: Heffter, A. W., *Droit international public de l'Europe* (Berlin, 1844), § 58; Bluntschli, J. K., *Droit international codifié* (Paris, 1868), §§ 360, 367, 370-372, 381, 385-386 y 392-393.

ciéndolos cada uno en su propio Estado porque tienen por objeto organizar las instituciones y designar a las personas que han de desempeñar los poderes públicos.

3. Corresponde a cada Estado hacer efectivo en su territorio los "derechos esenciales", tanto para los nacionales como para los extranjeros, y reglamentarlos en las leyes ajustándolos al modo de ser peculiar de la sociedad local, aunque desde luego sin desnaturalizarlos.

A estos efectos suele clasificarse a los extranjeros en tres categorías: *transeúntes*, los que se hallan solamente como viajeros; *residentes*, los que se han instalado temporariamente; y *domiciliados*, los que han establecido en el país el centro principal de su habitación y actividad personal.

4. Debe observarse que durante el estado de guerra los "derechos esenciales" de las personas de nacionalidad enemiga pueden verse afectados en cierta medida, porque entonces priva la obligación en que se encuentra el Estado beligerante de prevenir o impedir toda acción de aquéllas contra su existencia nacional.

123. DERECHOS CONTINGENTES. — Ciertos derechos, aunque importantes, no son imprescindibles para la existencia, no pueden considerarse como inherentes a la persona humana: así el derecho a ocupar empleos públicos; a ejercer la navegación, la enseñanza, las profesiones liberales; a adquirir propiedades inmuebles, etc. Tales actividades podrían trascender hasta afectar el orden público, y por ello o bien son denegadas al extranjero o le son concedidas con restricciones, en la medida que el Estado lo juzgue deseable. Son, pues, derechos contingentes.

Hasta la guerra de 1914 notábase una tendencia universal en el sentido de acordar a los extranjeros casi todos estos derechos contingentes; la condición jurídica de los extranjeros aproximábase así a la del nacional, con excepción naturalmente de los derechos políticos. Durante aquella conflagración y después de ella, especialmente a causa de la crisis económica mundial de 1930, se introdujeron restricciones que vinieron a importar un movimiento regresivo.

La extensión con que se concede cada uno de esos derechos contingentes varía de Estado a Estado. Sin embargo, pueden señalarse, de manera general, ciertos derechos que se confieren a los extranjeros del mismo modo que a los nacionales; otros que se acuerdan con algunas restricciones, y finalmente algunos que se les deniegan.

1. Generalmente, se acuerdan a los extranjeros, del mismo modo que a los nacionales, los derechos civiles, es decir, los que rigen las relaciones de familia, los contratos, las sucesiones, etc., y todo ello pura y simplemente o bien bajo condición de reciprocidad legislativa, diplomática o de hecho.

2. Se acuerdan con ciertas restricciones los siguientes derechos: los derechos públicos, es decir, los que aseguran la libertad de tránsito y de circulación, de pensamiento, de culto, de idioma, de educación, pero todo ello siempre que el ejercicio de esos derechos no implique realizar actividades de carácter político; el derecho al trabajo, aunque en algunos países se reserva determinado porcentaje a los trabajadores nacionales; el ejercicio del comercio y de la industria, pero a veces se excluye a los extranjeros de las funciones directivas en las instituciones bancarias, financieras o de servicios públicos, etc.; el derecho a la propiedad de inmuebles, pero algunas veces este derecho está vedado a los extranjeros en absoluto o sólo con respecto a los inmuebles situados a corta distancia de la frontera o de las costas; el derecho a la defensa en juicio, aunque a veces es admitido en cuanto a las acciones reales y también en las acciones personales cuando el extranjero es demandado, pero no así cuando se trata de una cuestión exclusivamente entre extranjeros, y otras veces se exige una caución para asegurar las costas judiciales (*cautio judicatum solvi*) en toda acción en que sea parte un extranjero.

3. Por lo general, deniégase a los extranjeros el ejercicio de funciones o empleos públicos, el de la pesca y la navegación de cabotaje y el de profesiones liberales; y, salvo reciprocidad, la hospitalización gratuita³³ y las indemnizaciones por accidentes del trabajo.³⁴

³³ La República Argentina tiene vigentes tratados de reciprocidad sobre asistencia médica y hospitalaria gratuita con los Países Bajos, Bélgica y Dinamarca.

³⁴ En la República Argentina se han puesto en vigor tratados por los que se asegura, sobre la base de reciprocidad, el pago de los accidentes del trabajo con los siguientes países: España, Italia, Bélgica, Austria, Dinamarca, Suecia, Yugoslavia, Gran Bretaña, Checoslovaquia, Polonia, Lituania, Hungría, Bulgaria y Chile.

En una convención elaborada en Ginebra el 24 de julio de 1925* se ha estipulado que todo miembro de la O.I.T. que ratifique esa convención se obliga a acordar a los nacionales de cualquier otro miembro que también la ratifique y que sean víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en su territorio, el mismo tratamiento que al respecto asegure a sus propios nacionales.

4. En la República Argentina el extranjero goza en general de los derechos civiles, así como de los derechos públicos, a la par de los nacionales,³⁵ y en algunas localidades se le ha otorgado, cuando reúne ciertos requisitos, derecho de voto en las elecciones municipales.

Según la Constitución, el extranjero demandado judicialmente posee el privilegio del fuero federal y el extranjero que obtenía carta de naturalización puede optar entre prestar o no el servicio de las armas durante el término de diez años.

124. DEBERES. — El extranjero no debe inmiscuirse en actividades políticas, ya sea con relación al Estado en que se halla ni con respecto a su Estado de origen; sólo le está permitido constituir y mantener asociaciones que tengan exclusivamente por objeto fines religiosos, culturales, recreativos o de beneficencia. Si viola estas normas le son aplicables las sanciones establecidas por las leyes locales y si participa en una lucha civil pierde el derecho que pudiera tener a una reparación por los daños que sufra.³⁶

A fin de fiscalizar sus actividades en muchos países se ha implantado un registro de extranjeros en que deben inscribirse y hacer constar los sucesivos cambios de domicilio.

1. Los impuestos gravan por igual a todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, porque tienen por objeto proveer al bienestar común. En algunos tratados generales de amistad y comercio suscriptos en el siglo XIX se ha estipulado que los nacionales de la contraparte están exentos de las contribuciones extraordinarias, empréstitos forzosos y requisiciones de cosas, gravámenes que a veces se imponen en circuns-

³⁵ Existen sin embargo dos limitaciones, que se refieren a las sucesiones y a la adquisición de inmuebles en las fronteras.

El art. 3470 del Código Civil establece: "En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales".

Un decreto del 13 de junio de 1944 declara de conveniencia nacional que los bienes ubicados en las zonas de seguridad pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos y dispone que en una franja comprendida dentro de 150 kilómetros de la frontera terrestre y 50 kilómetros de la marítima no puede realizarse ninguna venta, transferencia o locación de bienes sin conformidad de una comisión especial. Un decreto reglamentario ulterior establece la inconveniencia de que los titulares de tales derechos sean nacionales del país limítrofe respectivo.

³⁶ *Infra*, núm. 233.

tancias graves y excepcionales. La cláusula concerniente aparece redactada de dos maneras: una que exime de toda imposición de esa especie y otra que libera de las que no se apliquen a la generalidad de la población.³⁷ Sin embargo, cuando se investiga la materia del punto de vista histórico, puede comprobarse que tanto una como otra fórmula han respondido al propósito de impedir que se hagan discriminaciones contra los extranjeros en general o contra los que pertenezcan a determinada nacionalidad, y no al deseo de crearles una situación de privilegio con respecto a los demás habitantes.³⁸ En consecuencia y a fin de esclarecer esta materia para lo futuro, en la convención interamericana sobre condición de los extranjeros* (La Habana, 1928) se ha estipulado lo siguiente: "Artículo 4º: Los extranjeros están obligados a las contribuciones ordinarias o extraordinarias, así como a los empréstitos forzosos, siempre que tales medidas alcancen a la generalidad de la población".

2. Los extranjeros, puesto que no poseen derechos políticos, no tienen el deber correlativo de prestar servicio militar. Sin embargo, en caso de catástrofes o estragos que afectan por igual a todos los habitantes —como por ejemplo terremotos, inundaciones, epidemias o grandes incendios—, o para contener la irrupción de tribus salvajes, y aun en caso de bombardeos aéreos, los extranjeros domiciliados o residentes (lo cual excluye a los simplemente transeúntes) pueden ser obligados a servir, en la localidad de su domicilio o residencia, del mismo modo que los nacionales, en la policía, bomberos u otras fuerzas organizadas para la defensa pasiva.³⁹

³⁷ En los tratados que tiene vigentes la República Argentina se encuentra la fórmula absoluta con Brasil (1856, art. 8º), con España (1863, art. 9º) y con Bolivia (1868, art. 8º); la fórmula condicional con Gran Bretaña (1825, art. 9º), con Estados Unidos (1853, art. 10) y con Suecia y Noruega (1885, art. 10).

³⁸ Véase Podestá Costa, L. A., *El extranjero y la imposición de servicio militar o de prestaciones pecuniarias con carácter extraordinario o forzoso* (Buenos Aires, 1927), págs. 27-43.

³⁹ *Ibidem*, págs. 4-27. Véase también *Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos. Reunión de 1927* (Rio de Janeiro, 1927), t. II, págs. 307-310.

Proviene de estos antecedentes el art. 3º de la convención interamericana sobre condición de los extranjeros (La Habana, 1928), que fue redactado como sigue: "Los extranjeros no pueden ser obligados al servicio militar; pero los domiciliados, a menos que prefieran salir del país, podrán ser compelidos, en las mismas condiciones que los nacionales, al servicio de policía, bomberos o milicia para la protección de la localidad de sus domicilios contra catástrofes naturales o peligros que no provengan de guerra".

Después de la Segunda Guerra Mundial la legislación interna de algunos países resolvió convocar a prestar servicio militar a extranjeros. Los Estados Unidos resolvieron, en 1951, en la ley sobre Entrenamiento y Servicio Militar Universal, que sus autoridades podían requerir a extranjeros con residencia permanente a servir en sus fuerzas armadas y que el extranjero en tales condiciones que se negara a prestar dicho servicio militar quedaría descalificado, en forma permanente, para adoptar la nacionalidad norteamericana. Francia y Alemania, respectivamente, decidieron que si sus nacionales fueran obligados en ciertos países a prestar servicios militares, se aplicaría el principio de reciprocidad. Entre la Argentina y los Estados Unidos está vigente el artículo 10 del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, de 1853, que dice: "Los ciudadanos de la Confederación Argentina residentes en los Estados Unidos y los ciudadanos de los Estados Unidos residentes en la Confederación Argentina, serán exentos de todo servicio militar obligatorio, ya sea por mar o por tierra, así como a todo empréstito forzoso, requisiciones y auxiliar militares; ni serán compelidos por ningún pretexto que sea, a pagar ninguna cargas ordinarias, requisiciones o impuestos mayores que los que pagan los ciudadanos naturales de las partes contratantes respectivas".

125. EXPULSIÓN. — La expulsión de los extranjeros en masa importaría un acto de xenofobia, y como tal es inadmisibles. En caso de guerra se ha procedido a veces a expulsar en masa a las personas de nacionalidad enemiga; pero esa medida no se aplica ya por resultar inconveniente.

Según lo ha establecido la costumbre internacional, todo Estado puede expulsar de su territorio al extranjero cuya presencia sea perjudicial para la seguridad o el orden público, disponiendo que el retorno sin permiso está sujeto a pena.

La Argentina ha celebrado convenios sobre servicio militar con Bélgica (1963), con Dinamarca (1962), con Finlandia (1963), con Francia (1927), con Gran Bretaña (1963 y 1967), con Italia (1938), con Noruega (1961), con Suecia (1959) y con Suiza (1957). Además contiene cláusulas relativas al servicio militar el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Bolivia (1868), el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Brasil (1856), el Convenio de Nacionalidad con España (1969), el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Estados Unidos (1853) ya mencionado, el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Japón (1961), el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Paraguay (1876) y el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con Perú (1874).

1. El derecho interno de cada Estado legisla sobre la expulsión de extranjeros. Generalmente tiene en vista a los espías, conspiradores, delincuentes consuetudinarios, agitadores sociales y a los que se inmiscuyen en actividades políticas. En algunos países la expulsión es un accesorio de una condena penal cumplida.

En la generalidad de los países, es competente para ordenar la expulsión el Poder Ejecutivo; pero en algunos se sigue un procedimiento con intervención del Poder Judicial.⁴⁰

2. El derecho de expulsión puede estar, sin embargo, reglamentado en un tratado, como por ejemplo el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que establece: "El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, al menos que razones imperiosas de necesidad se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas". Otro tratado, también de naturaleza multilateral, que reglamenta la expulsión de extranjeros, en ciertos puntos es la convención interamericana de 1928, sobre la condición de extranjeros*, a la que nos hemos referido.

⁴⁰ En la República Argentina la ley 4144, llamada "ley de residencia", autorizó al Poder Ejecutivo a expulsar al extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público, así como al condenado o procesado por tribunales extranjeros a causa de delitos comunes.

Esta ley fue derogada en 1958. El decreto-ley N° 4805 de 1963, sobre admisión, permanencia y expulsión de extranjeros, establece que la Dirección Nacional de Migraciones podrá disponer la expulsión de un extranjero cuyo ingreso o permanencia se considere ilegal por haber entrado al país sin someterse al control migratorio o por lugar no habilitado o que permanezca en la República vencido el plazo autorizado. Este decreto-ley fue modificado, en lo referente a la documentación que se solicita a los "residentes permanentes" para regresar al país, por la ley 18.653 del 10 de abril de 1970.

Además de estos instrumentos legales, la ley 18.235 de 1969 establece otras causales para la expulsión de extranjeros, a saber: a) si el extranjero ha ocultado una condena a las autoridades de admisión, siempre que los hechos en cuestión constituyan delito doloso para la legislación argentina, b) cuando el extranjero haya sido condenado por delito doloso, por un tribunal argentino, c) cuando realice actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público.

Por otra parte, la condena penal por los delitos de actividad comunista tipificados en ley 17.401, trae aparejado accesoriamente para los extranjeros la expulsión del país al término de la condena y para los naturalizados la pérdida de la ciudadanía y la expulsión al término de la condena.

3. En cuanto al lugar de destino del individuo expulsado, es evidente que el Estado de origen tiene el deber moral de acogerle.

Para asegurar este deber por medio del derecho internacional positivo, se ha estipulado en la convención interamericana de 1928 sobre condición de los extranjeros* (art. 6º) la obligación de recibir a los nacionales que, expulsados por la otra parte contratante, se dirijan a su territorio. De conformidad con las normas internacionales que inspiran la extradición, esa cláusula contractual lleva implícita la obligación del Estado de origen de no aplicar al individuo expulsado sanciones pendientes por motivos políticos.

III. LA EXTRADICION

126. NOCIONES GENERALES. — La extradición es el procedimiento en virtud del cual un Estado entrega determinada persona a otro Estado, que la requiere para someterla a su jurisdicción penal a causa de un delito de carácter común por el que le ha iniciado proceso formal o le ha impuesto condena definitiva.

En la antigüedad y la Edad Media entregábanse a veces a otro soberano las personas que habían incurrido en delito de lesa majestad o de herejía o las que habían emigrado del país. Desde el siglo XVIII se empezó a concertar tratados de extradición; pero ellos tenían en mira únicamente la entrega de delincuentes políticos y de desertores. En el curso del siglo XIX se invirtió la norma: la extradición fue pactada para los reos de delitos comunes y con exclusión de los delitos políticos. Esta actitud, sostenida por Inglaterra en 1815 y luego por Suiza, Bélgica y Francia, se generalizó en los tratados de extradición a partir del primer tercio del siglo XIX.

1. La extradición constituye un régimen jurídico entre dos o más Estados cuando se hallan ligados por un tratado sobre la materia.⁴¹ Existe hoy gran número de tratados de extradición concertados en forma bipartita. Pero hay también varios de carácter colectivo: son las estipulaciones consignadas en el tratado de derecho penal internacional concertado en Montevideo en 1889* (arts. 19 a 46), que ha sido revisado en 1939-40; la Convención centroamericana de 1907, renovada en 1923 y 1934; las

⁴¹ La Argentina tiene en vigor tratados de extradición con los siguientes Estados: Bélgica (1886), Brasil (1961), España (1881 y 1935), Estados Unidos (1972), Gran Bretaña (1889 y 1890), Italia (1886), Países Bajos (1893), Suiza (1906) y con Australia, Canadá, Paquistán, San Vicente y Sudáfrica, como sucesoras en el tratado con Gran Bretaña.

estipulaciones contenidas en el "Código Bustamante" (La Habana, 1928), artículos 344 a 381,⁴² y la Convención interamericana sobre extradición subscripta en la VII Conferencia Internacional Americana (Montevideo) el 23 de diciembre de 1933, que fue formulada por el autor del presente libro;⁴³ el Tratado de extradición de 1952 entre los Estados árabes y la Convención Europea de Extradición de 1957. El Comité Jurídico Interamericano aprobó en febrero de 1973, un proyecto de Convención Interamericana de Extradición, que está a estudio actualmente de la O.E.A.

Si no hay tratado, la extradición sólo se concede eventualmente y a condición de reciprocidad. Pero hay países —por ejemplo Estados Unidos y Gran Bretaña— que en tal caso no la conceden.

2. Como es obvio, las leyes sobre extradición rigen la materia en el derecho interno, especialmente a falta de tratado internacional;⁴⁴ si existen tratados con el Estado requirente, debe tenerse en cuenta, para la aplicación de la ley interna, lo que en éstos se ha pactado.

Además, la Argentina es parte en los siguientes tratados multilaterales: Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 y Convención sobre Extradición, adoptada en 1933, en la Séptima Conferencia Internacional Americana. Otros tratados en los que es parte la Argentina y que contienen cláusulas relativas a extradición son: Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena de Nueva York (1950), Convención Unica sobre Estupeficientes de Nueva York (1961), Convenio sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves de Tokio (1963), Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de la Haya (1970) y Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de Montreal (1971).

⁴² En vigor, el 1 de diciembre de 1973, entre Bolivia (r.), Brasil, Chile (r.), Costa Rica (r.), Cuba, República Dominicana (r.), Ecuador (r.), El Salvador (r.), Guatemala, Haití (r.), Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela (r.).

⁴³ La convención de 1933 estaba en vigor el 30 de septiembre de 1976 entre República Argentina, Chile (r.), Colombia, República Dominicana, Ecuador (r.), El Salvador (r.), Estados Unidos (r.), Guatemala, Honduras (r.), México (r.), Nicaragua y Panamá.

⁴⁴ En la República Argentina está vigente la ley 1612 de extradición, dictada en 1885.

3. Las estipulaciones de los tratados y las reglas establecidas por el derecho interno han generalizado en la vida internacional una serie de normas que constituyen un derecho relativo a la extradición, y este derecho puede ser concretado en la doctrina según lo veremos en seguida.

127. NORMAS REFERENTES AL HECHO DELICTUOSO. — Para que proceda la extradición es menester que el Estado requirente impute a la persona reclamada la comisión de un delito, ya sea como autor, cómplice o encubridor. Pero la imputación debe reunir ciertas condiciones: 1º debe tener por causa un hecho que tanto el Estado requirente como el Estado requerido consideran delito, y éste debe ser de relativa importancia; 2º debe tratarse de un delito de carácter común y no de carácter político; 3º es menester que la acción penal subsista.

1. Los primeros tratados de extradición respondieron sin duda al propósito de no dejar impunes los "grandes crímenes". Por ello se adoptó la práctica de estipular como susceptibles de extradición tales o cuales delitos de importancia, que se indicaban específicamente.

A comienzos del siglo XIX señalábanse con ese objeto tres o cuatro delitos, casi siempre el homicidio, el robo, la falsificación y el incendio. Luego se agregaron más y más delitos, con lo cual la enumeración taxativa llegó a formar listas que en algunos tratados pasan de treinta delitos expresos, y esas listas diferían de un tratado a otro.⁴⁵

El sistema de la enumeración taxativa origina en la práctica ciertos inconvenientes. El más serio proviene de la terminología, porque a menudo acontece que la denominación asignada a un hecho delictuoso tiene contenido y alcance distintos según los países, y ello suscita divergencias en la interpretación del tratado; además, aquella enumeración, siendo limitativa, exige concertar nuevas estipulaciones, cada vez que se hace necesario incluir un delito no especificado.

Muchos Estados, a fin de subsanar estas deficiencias, abandonaron la enumeración taxativa y adoptaron como base única la pena aplicable; y es así como, deseando excluir a los delitos menores — porque la extra-

⁴⁵ En el Tratado firmado por la República Argentina con los Estados Unidos de América, el 21 de enero de 1972, se enumeran treinta figuras delictivas; entre las que se mencionan están, además de las tradicionales, la fabricación, uso, distribución, suministro, adquisición o posesión de bombas, aparatos capaces de liberar energía nuclear, la piratería en buques o aeronaves, la introducción, exportación, etc., de estupefacientes y atentado contra la autoridad.

dición es un procedimiento oneroso y pesado—, estipularon entre sí que la extradición procedería siempre que correspondiese al inculpado pena de prisión durante un periodo de tiempo que se fija como mínimo, según los tratados, en un año o en dos.

Esta fórmula simple facilitó la concertación de tratados colectivos. No obstante, ha venido a originar otra cuestión. Habiéndose estipulado que la referida pena mínima sería la fijada por las leyes del Estado requirente, surgió un problema doctrinario y de gran importancia práctica: el de la "doble incriminación" como característica esencial de la extradición; es decir, la necesidad de que el hecho imputado esté calificado como delito tanto en las leyes del Estado requirente como en las del Estado requerido.

La "doble incriminación" es notoria cuando dos Estados convienen que son susceptibles de extradición tales o cuales delitos específicos: ambos coinciden en señalar determinados hechos que sus leyes penales califican como delito. En caso de que la procedencia de la extradición esté indicada solamente por medio de un mínimo de pena aplicable, la "doble incriminación" existe todavía si se añade que el hecho debe estar calificado como delito por las leyes del Estado requirente y también por las del Estado requerido. Pero no hay "doble incriminación" cuando en el tratado se estipula que la pena mínima es la fijada por las leyes del Estado requirente.

No es este último el método aconsejable. Sin duda, la calificación de los delitos corresponde al derecho interno de cada Estado en cuanto se propone asegurar el propio orden local. Pero en el ámbito internacional el problema es distinto. La extradición obedece a la necesidad de cooperar por medio de la asistencia judicial entre los Estados; pero es evidente que esta ayuda no puede ser instrumento de los intereses unilaterales y menos aún de las pasiones políticas que en un momento dado imperen en un Estado extranjero. En principio, todo Estado puede conceder la extradición a causa de un hecho que él mismo considera delito, porque la persona reclamada ha trasgredido, aunque dentro de otra jurisdicción, las reglas que también rigen el orden social en el medio en que vive; pero, si el Estado entregase una persona reclamada por un hecho que él no considera delito, violaría el asilo que le ha acordado al amparo de sus leyes.

2. Los delitos de carácter político no son susceptibles de extradición. Es ésta una norma internacional firmemente establecida desde el primer tercio del siglo XIX por la costumbre, los tratados y la doctrina.

No es fácil, sin embargo, precisar las características del delito político. En un comienzo se tomó en cuenta el motivo del hecho, pues se consideraba delito político el realizado como paso necesario para alcanzar un propósito de esa naturaleza. Ulteriormente, estimándose demasiado amplia esa norma subjetiva, se entendió que un hecho lesivo era de carácter político cuando tenía por objeto alterar las instituciones del Estado; pero con esta fórmula resultaba que no constituían delito político la traición, el espionaje al servicio del extranjero, la inteligencia con el enemigo, etc. Lo cierto es que, ya se adopte en el derecho penal interno un criterio subjetivo o un criterio subjetivo-objetivo para definir los caracteres del delito político, este último significa siempre un atentado contra la subsistencia del Estado o contra sus instituciones, y no importa necesariamente, como en los delitos comunes, un ataque a los derechos privados, contra el derecho a la vida, al honor, a la libertad o a los bienes de las personas. En otros términos, el delito político se presenta como un atentado contra un Estado en su carácter de entidad político-jurídica.

Esta característica es esencial cuando se considera el delito político del punto de vista internacional. En consecuencia, el fundamento de la no extradición de los delincuentes políticos está, a nuestro juicio, en el hecho de que ellos no constituyen substancialmente un peligro en otro medio social, a diferencia de los individuos inculcados de delitos comunes, que son un peligro potencial en toda sociedad humana, sin distinción de fronteras. El delincuente político es punible por el propio Estado afectado; pero los Estados extranjeros no podrían entregarlo sin injerirse en el orden interno de aquél.

La cuestión se torna más difícil cuando aparecen los delitos *conexos* o *complejos*, esto es, cuando el delito político envuelve un delito común: por ejemplo, el homicidio o las lesiones corporales producidos como medio para lograr un fin político, o el incendio o el saqueo en el curso de una rebelión, etc. Por lo general, los tratados internacionales y las leyes internas establecen que los delitos conexos no son susceptibles de extradición. En reemplazo de esta fórmula, demasiado rígida, se han seguido entre otras las siguientes: a) acordar la extradición sólo cuando el delito importa un hecho especialmente grave dirigido contra la vida o la propiedad; b) no conceder extradición cuando existe una rebelión o insurrección y el hecho imputado constituye tan sólo una incidencia en la revuelta. A esta última fórmula se añade, según una práctica adoptada en Suiza, que en el hecho imputado debe predominar el elemento político antes que la infracción del derecho penal común.



Sea cual fuere la solución que se adopte, corresponde exclusivamente al Estado requerido determinar si se trata o no de un delito político, y esa decisión está regida finalmente por las circunstancias particulares de cada caso.

A veces se establece en los tratados y en la leyes que no constituye delito político el atentado contra la vida del jefe del Estado o de los miembros de su familia. Esta fórmula proviene de la "cláusula del atentado", consignada en una ley belga de 1856 a raíz de un complot frustrado contra la vida de Napoleón III.

Desde fines del siglo XIX se ha estipulado en algunos tratados que los "delitos antisociales" son pasibles de extradición. Trátase de hechos de violencia con respecto a personas o cosas, pero esos hechos, aunque se realicen con motivo o en ocasión de las circunstancias políticas locales, se proponen destruir o perturbar toda organización social. Del punto de vista internacional, no son delitos políticos sino comunes porque sus autores —ya se titulen anarquistas, terroristas, comunistas, etc.—. delinquen igualmente en cualquier país y por lo tanto son peligrosos dondequiera que se hallen.

Las Convenciones de La Haya**, del 16 de diciembre de 1970 y de Montreal**, del 23 de septiembre de 1971, sobre Represión del apoderamiento ilícito de aeronaves y Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, respectivamente, celebradas con motivo del abuso de los actos de piratería aérea, en tiempos recientes, han estipulado que, si no procede la extradición, el delincuente será sometido a las autoridades competentes a los efectos de su enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia que el delito haya sido o no cometido en su territorio (art. 7º). Por otra parte, los delitos se considerarán incluidos entre los que den lugar a la extradición en todo tratado de extradición celebrado entre las Partes Contratantes, comprometiéndose, además, a incluir los delitos en los tratados que celebren entre sí en el futuro. Si un Estado contratante subordina la extradición a la existencia de un tratado y recibe un pedido por los delitos contemplados de otro Estado con quien no tiene tratado, podrá aplicar las Convenciones como la base jurídica necesaria para la extradición. Si, por el contrario, el Estado requerido no subordina la extradición a la existencia de un tratado, reconocerá los delitos como caso de extradición (art. 8º). La anterior

** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Convención de La Haya, págs. 282-287; para la Convención de Montreal, págs. 288-293.

Convención de Tokio**, del 14 de septiembre de 1963, sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, establecía que ninguna de las disposiciones de la Convención podía interpretarse como creando una obligación de conceder la extradición, aunque las infracciones cometidas a bordo serían consideradas, a los efectos de la extradición, "como si se hubiesen cometido, no sólo en el lugar en que hayan ocurrido, sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave" (art. 16).

La Convención sobre el Genocidio de 1948**, establece expresamente que dicho delito no debe ser considerado delito político a los efectos de la extradición. La Asamblea General en su Resolución 3 (I), del 13 de febrero de 1946 señaló que los criminales de guerra deberían ser extraditados a los países donde cometieron sus crímenes. Bajo las Convenciones Humanitarias de Ginebra de 1949, los Estados Contratantes están obligados a juzgar a quienes violen gravemente sus disposiciones o entregarlos para ser juzgados a otro Estado interesado, que tenga serias acusaciones en su contra. La Convención para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo, aprobada en la Asamblea de la OEA, en 1971, somete a la extradición, de acuerdo con los tratados de extradición en vigor entre las Partes, o en caso de Estados que no hagan depender la extradición de la existencia de tratados, de acuerdo con sus propias leyes, el secuestro, el homicidio y otros atentados contra la vida o la integridad personal de las personas a las que el Estado tiene deber especial de proteger de acuerdo con el derecho internacional. Se trata fundamentalmente de diplomáticos.

Además, la Convención sobre Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas***, incluyendo Agentes Diplomáticos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1973, establece que si los delitos señalados en su artículo 2º no están enumerados entre los extraditables en las convenciones vigentes sobre extradición, serán considerados como incluidos en ellas. Las partes se obligan, asimismo, a incluirlos en cualquier tratado que celebren en el futuro. Si no existe tratado de extradición y la parte condiciona la entrega de la persona en cuestión a la existencia de este tipo de convenio, la

** y *** *Id.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Convención de Tokio, págs. 273 a 281; para la Convención de Genocidio, págs. 373 a 376; para la Convención sobre Prevención y Castigo de Crímenes contra Personas Internacionalmente Protegidas, págs. 155 a 159

Convención podrá ser tomada como base para la extradición; si por el contrario la parte no basa dicha entrega en la existencia de este tipo de convenio, ella reconoce que dichos delitos son extraditables; sujetos a las condiciones establecidas por la legislación interna. Los delitos en cuestión son el homicidio, secuestro o ataque a la persona o a la libertad de una persona internacionalmente protegida o un ataque violento contra la residencia oficial o privada o los medios de transporte de tales personas. Se consideran personas internacionalmente protegidas los jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de Relaciones Exteriores o miembros de sus familias, cuando estén en el extranjero y cualquier representante oficial de un Estado u organización internacional que tenga derecho a protección de acuerdo con el derecho internacional.

Por su parte, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad determina, en su artículo 3º, que los Estados Partes se obligan a adoptar las medidas para hacer posible la extradición, "de conformidad con el derecho internacional", de las personas acusadas de los delitos tipificados en este tratado.

Debe recordarse, finalmente, entre los tratados multilaterales que han estipulado ciertos delitos específicos como susceptibles de extradición, la Convención para la Supresión y Castigo del Delito del Apartheid, adoptada por resolución 3068 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, cuyo artículo 11 considera que dicho delito no será considerado delito político, a los efectos de la extradición. Las Partes se comprometen a conceder la extradición "de acuerdo a la legislación y los tratados en vigor".

Ciertos tratados de extradición excluyen a los inculcados de delitos puramente militares; esto es, las infracciones que, como por ejemplo la desertión, la insubordinación, etc., son extrañas al derecho penal común y están inculcadas por una legislación especial aplicable a los miembros de las fuerzas armadas con el objeto de asegurar la disciplina; pero se establece que si el delito militar reúne caracteres que lo hacen pasible de aplicarle el derecho penal común, la entrega de la persona requerida se hará con la salvedad de que será juzgada solamente por el delito común y por la vía de los tribunales ordinarios.

3. La extradición no se concede cuando la acción penal se ha extinguido. Esta situación se presenta cuando el Estado requirente ha amnistiado o indultado al inculcado; o bien porque, en virtud de las leyes del Estado requirente o de las del Estado requerido, se ha operado, antes de la detención del individuo, la prescripción de la acción penal o la de la pena.

128. NORMAS REFERENTES A LA PERSONA RECLAMADA — En cuanto a la persona reclamada, la extradición se rige por dos normas de carácter negativo: *a)* es necesario que la persona no esté procesada o no haya sido juzgada ya por el Estado requerido a causa del mismo hecho que le imputa el Estado requirente; *b)* es necesario, en principio, que la persona no posea la nacionalidad del Estado requerido.

1. De conformidad con un principio general del derecho, vigente en materia penal (*non bis in idem*), una persona no puede ser procesada dos veces por el mismo hecho delictuoso. Por consiguiente, la extradición no corresponde si en el momento en que ella es solicitada, la persona está procesada o ha sido juzgada ya por el Estado requerido a causa del mismo hecho que se le imputa; lo cual puede ocurrir, por ejemplo, cuando esa persona se halla sometida a la jurisdicción del Estado requerido porque éste incrimina cierto hecho cometido en su territorio y ocurre a la vez que la legislación del Estado requirente incrimina el mismo hecho cometido en territorio extranjero.

2. La mayor parte de los Estados deniega la extradición cuando el inculpado posee su propia nacionalidad. Por el contrario, Gran Bretaña y Estados Unidos, considerando que la sanción penal corresponde al Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito, han adoptado como norma general en sus tratados conceder la extradición de los nacionales; sin embargo, a veces han estipulado que la entrega del nacional queda a opción del Estado requerido.⁴⁶

A fin de impedir que el delito permanezca impune a causa de que la extradición es denegada porque el inculpado es nacional, se ha estipulado en el tratado de Montevideo (1933) que en tal caso el Estado requerido está obligado a juzgar a aquél por el hecho que se le imputa, siempre que el Estado requirente tenga jurisdicción y se trate de un delito punible por las leyes de ambos países.

3. La nacionalidad de la persona reclamada no impide la extradición cuando pertenece a un tercer Estado. A este respecto se estipula a veces la obligación de informar al tercer Estado sobre la extradición concedida.

⁴⁶ En los tratados de extradición que tiene vigentes la República Argentina se han adoptado diversas fórmulas: *a)* no entrega de los nacionales: con España (1881), Italia (1886), Bélgica (1886), Países Bajos (1893) y Suiza (1906); *b)* entrega o no de los nacionales, a opción del Estado requerido: con Gran Bretaña (1889) y Estados Unidos (1972); *c)* entrega de los nacionales: tratado de derecho penal internacional (Montevideo, 1889), con Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

Debe observarse que la ley argentina de extradición 1612, de 1885 —aplicable a falta de tratado—, establece que no se concederá extradición cuando el requerido sea argentino.

129. OTRAS NORMAS DE FONDO. — Además de las que anteceden, la extradición está regida por otras normas de fondo que provienen de la costumbre internacional o de los tratados.

1. La persona, una vez entregada, debe ser juzgada por el Estado requirente a causa del delito que le ha imputado y no atribuyéndole otro de naturaleza distinta o que sea anterior a aquél: es ésta la regla de la *especialidad* o del *efecto limitativo* de la extradición. En virtud de esta misma regla, el Estado requirente debe entregar al Estado que concedió la extradición copia de la sentencia definitiva que recaiga en el juicio penal.

2. Como consecuencia de la regla *non bis in idem*, una extradición denegada no puede ser requerida otra vez.

3. En la mayor parte de los tratados se estipula que si antes de presentado el pedido de extradición la persona reclamada ha delinquido en el Estado requerido, la extradición queda en suspenso hasta que sea juzgada en éste y cumpla la sentencia.

4. Puede ocurrir que la extradición de una persona sea requerida por dos Estados extranjeros. Para tal evento se estipulan generalmente las siguientes soluciones: si se trata de un mismo hecho, se da preferencia al pedido del Estado en cuyo territorio se cometió el delito; si se trata de hechos distintos, la extradición se concede al Estado en cuyo territorio se cometió la infracción más grave a juicio del Estado requerido, y si éste la considera de igual gravedad, da preferencia al Estado que primero ha formulado el pedido.

5. Existen tratados de extradición en los cuales se estipula que si correspondiese aplicar al inculpado la pena de muerte, la entrega de la persona reclamada se hará con la condición de que tal pena no sea aplicada.

6. Juntamente con la persona reclamada deben entregarse al Estado requirente los efectos y documentos que se encuentren en poder de aquélla y que puedan ser útiles en el proceso judicial.

130. PROCEDIMIENTO. — El pedido de extradición se formula por escrito utilizando la vía diplomática, y según algunos tratados puede ser presentado por los funcionarios consulares. Deben acompañarse los documentos necesarios para precisar la identidad de la persona reclamada y para hacer conocer la causa determinante de la requisición. En cuanto a esto último, si se trata de una persona condenada es suficiente entregar copia legalizada de la sentencia, acompañada de la declaración

de haber sido ejecutoriada, y copia de las leyes referentes a la prescripción de la pena: si se trata de un procesado o indagado, debe entregarse copia autenticada de la orden de detención o de aprehensión, emanada de juez competente, así como de las leyes penales aplicables al caso y de las leyes relativas a la prescripción de la acción penal y de la pena, y además debe entregarse una relación tan precisa como sea posible del hecho imputado.

En algunos tratados se establece que la extradición puede ser solicitada telegráficamente, pero a condición de formalizar el pedido como corresponde dentro de cierto plazo.

1. El derecho interno del Estado requerido establece cuál es la autoridad competente para determinar la procedencia o no de la extradición. En algunos países es el Poder Judicial, como ocurre en la República Argentina; en otros es el Poder Ejecutivo; y hay países que siguen un sistema mixto, pues se requiere un procedimiento judicial pero la decisión final corresponde al Poder Ejecutivo.

2. Antes de formalizar el pedido de extradición, las autoridades competentes del Estado interesado pueden solicitar que el Estado en que se encuentra la persona imputada adopte, durante un plazo determinado, las medidas preventivas necesarias para impedir la desaparición de la persona así como sus efectos y documentos.

3. Concedida la extradición, la persona queda a disposición del Estado requirente señalándose un plazo para que se haga cargo de ella, y transcurrido ese plazo es puesta en libertad.

IV. PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

130a. ANTECEDENTES. — La esencia misma de la relación individuo-Estado, ha obligado a tomar nuevos enfoques en el campo de la protección de los derechos humanos. Durante siglos, esta relación ha significado que, en caso de violaciones de los derechos humanos que el Estado fue concediendo o reconociendo al individuo, según sea la posición filosófica que nos coloquemos, el propio Estado ha sido juez único del quebrantamiento de estos derechos por él concedidos o reconocidos. En esencia y a pesar del mucho camino andado, la llave para que el individuo gozara o no de los derechos humanos quedaba siempre en manos del Estado, eran sus propios órganos administrativos o judiciales

los que juzgaban las violaciones que podrían haber incurrido las autoridades del propio Estado. Frente a esta paradoja, frente a esta contradicción, surgen las nuevas tendencias para la protección de los derechos humanos, que tratan de romper este círculo.

La ruta fue larga y llena de luchas hasta que finalmente se logró, a fines del siglo XVIII, el reconocimiento constitucional de las libertades y las garantías individuales. Los filósofos jusrnaturalistas y particularmente los enciclopedistas, dieron fundamento conceptual a las ideas que comenzaron a plasrarse en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa y en las enmiendas ("Bill of Rights") de la Constitución de los Estados Unidos. Estos documentos fueron importantes, no sólo porque reconocieron derechos humanos a los ciudadanos franceses o norteamericanos, sino por considerarlos como inherentes al individuo, en cualquier parte.

Esta fue una primera etapa fundamental. Pero el problema que hemos señalado subsistió en la contradicción individuo-Estado y, más aún, el concepto de soberanía absoluta, no permitió vislumbrar la solución de inmediato. Había que superar parcialmente este poderoso obstáculo ideológico para poder comenzar a ver el problema mismo.

Mientras tanto, la conciencia de los Estados europeos occidentales se vio perturbada por los atropellos llevados a cabo contra minorías en distintas partes de Europa y del Imperio Otomano y tales Estados intervinieron para asegurar garantías mínimas a dichas minorías. Los Estados empiezan a no ser ajenos a la suerte de seres humanos en otros Estados y consiguen asegurarles ciertos derechos humanos no ya sólo por medio de la fuerza, sino por tratados, que crean de manera cada vez más sistemática obligaciones jurídicas internacionales.⁴⁷

La Sociedad de las Naciones no hace más que recoger esta experiencia y la transforma en un régimen de minorías, en el que, aunque las obligaciones se encuentran dispersas en diversos tratados, sin embargo, su cumplimiento queda centralizado en el Consejo de la Sociedad, en el que tienen voz y voto países que no son partes de los tratados. Es decir, el sistema de protección de minorías que es una forma de protección de los derechos humanos, tiende a universalizarse y a transformarse, no sólo en la preocupación y en la acción de los directamente interesados, sino también de los miembros de la comunidad internacional organizada.

⁴⁷ El problema de las minorías ha sido considerado en el § 43 del capítulo II.

Las atrocidades de la segunda guerra mundial golpearon profundamente la conciencia de la humanidad y las potencias aliadas sostuvieron como uno de los objetivos principales de la victoria, el reconocimiento de la dignidad humana. Estas promesas se volcaron en los instrumentos que organizaron la postguerra, particularmente en la Carta de las Naciones Unidas. Allí se sentaron las premisas jurídicas básicas de la evolución posterior, al declararse como objetivos de la nueva organización internacional la protección y el estímulo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Pero además y esto es realmente lo importante, Naciones Unidas asumió la obligación internacional de promover el respeto a estos derechos y libertades y los Miembros, a su vez, se comprometieron, también internacionalmente, a tomar medidas, conjunta o separadamente, para realizar este propósito.

Frente a obligaciones tan novedosas para el derecho internacional del momento, surgió un inconveniente que era necesario superar, antes de comenzar la labor de promoción. Había que definir cuáles eran esos derechos humanos que, hasta ese entonces, se encontraban enunciados sólo en constituciones nacionales, aunque no de manera uniforme, pero no en instrumentos de carácter internacional. De allí la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que define *urbe et orbis*, cuáles son estos derechos: es el *minimum* de acuerdo entre los Estados para declarar que determinadas conductas pueden ser consideradas como violatorias de los derechos humanos.

De allí siguió, por casi dos décadas, la tarea lenta y dura de empezar a consolidar en un tratado internacional universal la protección efectiva de estos derechos. Las dificultades estuvieron, primero, aunque en un grado menor en relación con la Declaración, en la definición, dentro de los Pactos, de cuáles iban a ser los derechos protegidos, tratándose ahora de un instrumento de naturaleza obligatoria y, en segundo lugar, en el mecanismo de aplicación, es decir la garantía misma.

En este plano universal, los Estados se han movido tímidamente, temerosos del primer paso concreto y efectivo de protección. Los Pactos no contienen, como veremos, mayores obligaciones asumidas en cuanto a las garantías, sólo un sistema de informes, pero se ha conservado una cierta flexibilidad para aquellos Estados que quieran asumir mayores obligaciones y someterse a un mecanismo internacional de mayor control. Es que en el campo político subsisten grandes desconfianzas; el clima no ha madurado aún lo suficiente para que los Estados, particularmente los nuevos Estados, permitan fácilmente el recurso de sus propios

nacionales ante instancias internacionales por violación de derechos humanos o aún meramente para que sea examinada su conducta o su legislación por organizaciones internacionales. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que la aprobación de los Pactos es un paso importante. Se abre ahora el camino de ir ampliando progresivamente, por medio de convenciones sobre derechos en particular, no sólo en el número de los derechos protegidos, sino, muy en especial, el mejoramiento de las medidas de aplicación, como ha sucedido con la Convención sobre discriminación Racial en que Estados muy reticentes a aceptar dichas medidas, han concedido al individuo un recurso internacional.

El panorama que se abre es amplio y son muchas las alternativas. Todo depende del clima político, pero la dirección está trazada y en tal sentido se debe objetivamente reconocer que no es poco lo hecho por Naciones Unidas en el cumplimiento de uno de los propósitos principales de la Organización.

Si la acción ha sido totalmente exitosa en el campo universal, por las razones señaladas, en las esferas regionales, particularmente en Europa Occidental, los adelantos en la protección de los derechos humanos han sido francamente espectaculares.

La Convención de Roma sobre Derechos Humanos ha demostrado ser un instrumento ágil, flexible y progresista. Sobre bases muy sólidas, que comprende un mecanismo de aplicación bien estructurado, se continúa incorporando progresivamente al sistema de protección de nuevos derechos, que antes se encontraban solamente protegidos por el derecho interno. Pero la gran revolución, el gran cambio en los conceptos, la pauta que marca las nuevas tendencias en la protección de los derechos humanos es el acceso del individuo a una instancia internacional para reclamar ante violaciones de las normas protegidas en la Convención Europea y, más aún, cuando su reclamo, aunque por vía indirecta, puede llegar ante un órgano jurisdiccional, la Corte Europea de Derechos Humanos.

La experiencia europea es alentadora. En América se ha comenzado el esfuerzo en la Convención Interamericana de Derechos Humanos que fue aprobada en Costa Rica en 1969.

130b. DISPOSICIONES DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS HUMANOS. — Las frases “derechos humanos” o “derechos fundamentales del hombre” son mencionadas siete veces en la Carta de Naciones Unidas**: una vez en el preámbulo y seis veces en la parte dispositiva.

1. En el Preámbulo, que marca el espíritu de todo el instrumento, se expresa la determinación de "reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres".

En el artículo 1º de la Carta que trata de los Propósitos de la Organización, se establece como uno de ellos, en el inciso 4º, "realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, racial, cultural y humanitario y en el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

En el Capítulo IV, en la parte correspondiente a las funciones y poderes de la Asamblea General, el artículo 13, inciso 1º, impone a dicho órgano la responsabilidad de promover estudios y hacer recomendaciones para "fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión".

Mientras que el artículo 13 estipula el papel de la Asamblea General en la promoción de los derechos humanos, el artículo 55 se refiere a la obligación que asume Naciones Unidas en general en el campo de la cooperación económica y social. Dice el mencionado artículo, particularmente en relación con los derechos humanos: "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 derecho y libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá . . . c) el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades".

Por el artículo 56 "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".

Además de la Asamblea General el Consejo Económico y Social tiene también entre sus funciones, conforme con el artículo 62, inciso 2º, "hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y la efectivi-

** Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 9-35.

dad de tales derechos y libertades". En virtud del inciso 3º de este artículo, podrá formular, además, proyectos de convenciones, "con respecto a cuestiones de su competencia para someterlas a la Asamblea General", entre las que se incluyen, por supuesto, las enumeradas en el inciso precedente.

Para el mejor desempeño de sus facultades en el campo de los derechos humanos el artículo 68 dispone que el Consejo Económico y Social "establecerá comisiones en el orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos". Este es el origen de la famosa Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

El artículo 76 es el último que menciona los derechos humanos en la Carta. Esta norma dispone acerca de los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria, sucesor del régimen de mandatos de la Sociedad de las Naciones. El artículo 76 declara que "los objetivos del régimen de administración fiduciaria, de acuerdo a los Propósitos de las Naciones Unidas enunciados en el artículo 1º de esta Carta serán: "... c) promover el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción, por motivo de raza, sexo, idioma o religión..."

2. La vaguedad de las estipulaciones de la Carta de las Naciones Unidas*, sobre todo la falta en ella de un mecanismo para asegurar la observancia de los derechos humanos, ha dado lugar a serios problemas de interpretación con referencia a la jurisdicción interna de los Estados, a cuyo campo ha quedado tradicionalmente reservada su protección.

Algunos autores⁴⁸ han sostenido que la Carta ha creado una obligación jurídica a los Miembros de Naciones Unidas de respetar en su territorio los derechos humanos y las libertades fundamentales, en virtud de los términos del artículo 56, cuando dispone que los Miembros "*se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente...*" Se agrega que "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 respetarlos y observarlos ellos mismos".⁴⁹

⁴⁸ Lauterpacht, H., *International Law and Human Rights*, London, 1950, Chapter, 9; Jessup, P., *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, págs. 87-93.

⁴⁹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, pág. 444.

Otros autores,⁵⁰ por el contrario, son partidarios de la tesis que los Miembros de Naciones Unidas no han aceptado ninguna obligación en el campo de los derechos humanos. Se ha recordado que en la Conferencia de San Francisco, que redactó la Carta, no se aceptó una enmienda uruguaya⁵¹ por la que los Miembros se comprometían a "respetar" los derechos humanos y que el Comité II/3 de dicha Conferencia declaró con relación a la frase contenida en el artículo 55 sobre la promoción "del respeto universal de los derechos humanos", que nada de lo mencionado en el Capítulo IX podía ser interpretado como autorizando a la Organización a intervenir en los asuntos internos de otros Estados. Kelsen dice: "Sin someter el Estado a la jurisdicción de un tribunal, no se establecen 'derechos' de los individuos con relación al Estado. La Carta proclama... el principio del respeto por los derechos humanos fundamentales. Pero es difícilmente posible interpretar estas disposiciones como estableciendo obligaciones jurídicas de los Miembros de tratar a sus súbditos de acuerdo a este principio".⁵²

En la práctica y precisamente en virtud de la vaguedad de los términos de la Carta, producto de un compromiso en San Francisco, los órganos de Naciones Unidas, particularmente la Asamblea utilizando su poder general, de acuerdo con el artículo 10, de discutir y hacer recomendaciones sobre cualquier asunto dentro de la esfera de la Carta, ha considerado situaciones de carácter concreto, en muchas ocasiones. Así ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la política del apartheid del gobierno de Sudáfrica y otros que sería largo enumerar.

Tal vez la norma menos discutida en relación a la no intervención y el respeto a los derechos humanos dispone, interpretando el artículo 2º, inciso 7º, de la Carta, que si una violación de los derechos humanos constituye una amenaza a la paz que dé lugar a la aplicación de las medidas coercitivas prescriptas en el Capítulo VII, la adopción de estas medidas por el Consejo de Seguridad no constituye una violación al principio de no intervención.

⁵⁰ Hudson, M., *Charter, Provisions of Human Rights in American Law*, AJIL, 1950, págs. 543 y sig.

⁵¹ UNCIO, vol. VI, pág. 568.

⁵² Kelsen, H., *Principles of International Law*, 2nd. Edition, New York, 1966, pág. 226.

130c. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. — Uno de los primeros actos de las Naciones Unidas fue dar cumplimiento al artículo 68 de la Carta que preveía el establecimiento de una Comisión del Consejo Económico y Social, dedicada a los derechos humanos, que quedó definitivamente establecida en 1946 y que dedicó primordialmente su tiempo, en las primeras épocas, a elaborar la Declaración Universal de los Derechos Humanos***, parte de un proyecto de mayor amplitud, de preparar una Carta Internacional de Derechos Humanos ("International Bill of Human Rights"), integrada por esta Declaración y por una convención sobre aquellos aspectos en que los Estados parecían dispuestos a asumir obligaciones internacionales.

El proyecto de Declaración fue preparado por el profesor René Cassin, de Francia, aprobado por la Comisión y finalmente por la Asamblea General de Naciones Unidas, en 1948, en su Tercer Período de Sesiones.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece un catálogo de derechos reconocidos al individuo por los principales sistemas jurídicos en sus ordenamientos nacionales.

1. La idea básica y central del esquema del Preámbulo es la siguiente. La necesidad de elaborar esta Declaración surgió de que la Carta de Naciones Unidas no define ni precisa cuáles son los derechos humanos cuyo desarrollo y estímulo son uno de sus propósitos. Se recuerda luego el momento histórico en que se redactó la Declaración y la necesidad de promover la amistad entre las naciones, para lo que es esencial que los derechos humanos sean protegidos mediante un régimen de derecho, cuyo respeto universal y efectivo los Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con las Naciones Unidas.

Luego del Preámbulo, la Declaración contiene una pequeña introducción que resume el significado del documento y sus alcances y en que se la califica de "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse".

2. Los dos primeros artículos contienen disposiciones de carácter general. El artículo 1º, inspirado nitidamente en la teoría del derecho natural, reconoce un hecho que "todos los seres humanos nacen libres e iguales". El artículo 2º es su consecuencia obligada, una afirmación

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 335-340.

general del principio de no discriminación, ya contenido en la Carta de Naciones Unidas, para el goce de los derechos y libertades proclamados en la Declaración, agregando a las razones discriminatorias mencionadas en la Carta, el color, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición y la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona.

3. Los derechos civiles comprendidos en la Declaración están descritos en los artículos 3º a 17, inclusive.

Estos artículos y los relativos a los derechos políticos tratan de los derechos que llamaríamos clásicos, elaborados por la doctrina del derecho natural y que, como ya lo hemos dicho, se comenzaron a incorporar masivamente a las legislaciones internas, en 1789, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, llamadas "Bill of Rights".

El artículo 3º proclama los tradicionales derechos básicos a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Los derechos que se enumeran luego en la Declaración son consecuencia de estos derechos fundamentales.

El artículo 4º establece el derecho a no estar sometido a la esclavitud o servidumbre y prohíbe la trata de esclavos en todas formas. El artículo 5º prohíbe las torturas y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El derecho a la personalidad jurídica de todo ser humano quedó reconocido en el artículo 6º. El artículo 7º proclama el derecho a la igualdad ante la ley. El artículo 8º, su consecuencia directa, establece el derecho de acceso a los tribunales y a tener un recurso efectivo contra actos que violen los derechos reconocidos en la constitución o en la ley. Debe señalarse que no se menciona la violación de los derechos proclamados en la propia declaración, sino los establecidos en las legislaciones internas.

El artículo 9º prohíbe ser arbitrariamente detenido, preso o desterrado.

Por el artículo 10 se reconoce el derecho a toda persona a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial, en audiencia pública.

El artículo 11 establece el derecho a ser considerado inocente, mientras no se pruebe la culpabilidad en juicio, con las necesarias garantías de defensa y, además, a no ser condenado sino por actos u omisiones calificadas como delitos antes de cometerse, ni con pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Este artículo dio

lugar a una interesante discusión sobre la legalidad de los, por ese entonces, recientes juicios de Nüremberg.

El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, ni ataques a la honra y a la reputación, fue reconocido en el artículo 12, que agregó, además, el derecho a la protección de la ley contra estas injerencias.

El artículo 13 establece el derecho de tránsito y de elegir su residencia dentro del territorio de su país. Además, se reconoce el derecho de salir de cualquier país, incluso el propio y regresar.

El derecho de asilo territorial fue reconocido en el artículo 14, con la limitación que no podría ser invocado en caso de acciones judiciales por delitos comunes o "por actos opuestos a los propósitos y principios de Naciones Unidas".

El artículo 15 se refiere al derecho de toda persona de tener una nacionalidad, que comprende la prohibición de ser privado de ella arbitrariamente y el derecho a cambiarla.

El artículo 16 consagra el derecho a contraer matrimonio en forma libre y voluntaria, a obtener la protección social y estatal para la familia, así como iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. El artículo reconoce a la familia como el "elemento natural y fundamental de la sociedad".

El artículo 17 reconoce el derecho a la propiedad individual y colectivamente y a no ser privado arbitrariamente de ella.

El artículo 18 proclama la libertad de casamiento, conciencia y religión, incluye el derecho a cambiar de religión o creencia, así como la libertad de manifestarlos, tanto en público como en privado, mediante la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

4. Los derechos políticos, es decir, los derechos que facultan a una persona a participar en la formación de la voluntad estatal, en la vida política del Estado, son reconocidos en los artículos 19, 20 y 21 de la Declaración.

El artículo 19 establece el derecho del individuo a la libertad de opinión y de expresión, a no ser molestado a causa de sus opiniones, de investigar y recibir informaciones, difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El artículo 20 reconoce el derecho de reunión y asociación pacífica y la prohibición de ser obligado a pertenecer a una asociación.

El artículo 21, producto de una difícil negociación, trata del derecho del individuo de participar en el gobierno de su país, el derecho de

acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas y la libertad de voto, mediante elecciones periódicas, en sufragio universal y secreto, que exprese la voluntad del pueblo, como base de la autoridad del poder público.

5. Los derechos económicos, sociales y culturales están comprendidos en los artículos 22 a 27 inclusive de la Declaración Universal.

La proclamación de estos derechos constituye la parte más novedosa del documento, cuyo goce necesita, por encima de todo, buena disposición y capacidad del gobierno para cumplirlo.

El artículo 22 reconoce a toda persona el derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante el esfuerzo nacional e internacional, tomando en cuenta los recursos de cada Estado. El término "seguridad social" debe entenderse como el conjunto de las libertades sociales y económicas que aseguren el bienestar al individuo. La verdadera naturaleza de estos derechos está reflejada en este artículo 22 al hacer depender su goce de la organización y los recursos del Estado, dentro del esfuerzo nacional y la cooperación internacional.

Los artículos 23, 24 y 25 tratan del derecho al trabajo, libremente elegido y en condiciones equitativas y satisfactorias, de los derechos de los trabajadores, de la seguridad social y económica y de la salud y bienestar de toda persona, incluyendo seguridad de alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios, seguros en caso de desempleo, invalidez, viudez y vejez. Se reconoce el derecho a igual salario, por igual trabajo y a una remuneración equitativa y satisfactoria. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a asociarse a sindicatos existentes. Se establece el derecho al descanso y vacaciones pagas.

Muchos de estos derechos habían sido reconocidos en la Declaración de Filadelfia, de 1944, que estableció la orientación y los propósitos de la Organización Internacional del Trabajo.

Los derechos culturales y a la educación fueron proclamados en los artículos 26 y 27.

El artículo 26 establece el derecho de toda persona a la educación y señala las modalidades de la misma. La educación primaria será gratuita y obligatoria; La instrucción técnica y profesional debe ser generalizada, con acceso a los estudios superiores para todos, de acuerdo con sus méritos. El objeto de la educación debe ser el pleno desarrollo de la personalidad humana, el fortalecimiento del respeto de los derechos

humanos, favorecer la comprensión y amistad entre las naciones y grupos étnicos y religiosos y promover el desarrollo de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Se reconoce el derecho preferente de los padres "de escoger el tipo de educación que habrán de darle a sus hijos".

El artículo 27 proclama el derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad, así como gozar de las artes y participar del progreso científico y los beneficios que de él derivan. Se reconocen también los derechos de autor sobre las producciones científicas, literarias y artísticas.

6. Los artículos 28 y 29 se refieren a las relaciones entre el individuo y la sociedad.

El artículo 28 establece el derecho del individuo a un orden social e internacional en el que pueda gozar efectivamente de los derechos proclamados en la Declaración. Se trata sólo de una expresión de anhelos, una fórmula política.

El artículo 29, al contrario, dispone que el individuo tiene deberes hacia la comunidad, pero no define cuáles son. El inciso 2º recoge el principio que el derecho propio termina donde comienza el ajeno. Se refiere a las limitaciones que puedan imponerse al ejercicio de los derechos reconocidos en la Declaración, que deben estar establecidos en la ley, con el fin de asegurar el reconocimiento y respeto a las libertades de los demás y satisfacer las exigencias del orden público, la moral y el bienestar de una sociedad democrática. El inciso 3º señala que el ejercicio de estos derechos no podrá ser en oposición a los propósitos y principios de la Carta, esto es obvio por la mayor jerarquía de esta última, conforme con su artículo 103.

La Declaración termina con una cláusula de salvaguardia en el artículo 30, por la que no podrá interpretarse nada en la Declaración en el sentido de conferir a ningún Estado, ningún grupo o ninguna persona, el derecho a desarrollar actividades tendientes a suprimir los derechos y libertades proclamados en la Declaración.

7. En cuanto a su alcance, la Declaración no es más que, como dice su introducción, un "ideal común por el que todos los pueblos y las naciones deben esforzarse". Su propósito es orientar la acción de Naciones Unidas y de los Estados, no constituye más que una recomendación de la Asamblea General, sin fuerza compulsora. Tampoco se la puede considerar como una interpretación autorizada de los términos "derechos humanos" y "libertades fundamentales" en la Carta.

130d. LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. — El 16 de diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, por voto unánime, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, uno sobre derechos económicos, sociales y culturales y el otro sobre derechos civiles y políticos. Este acontecimiento culminó veinte años de esfuerzos de Naciones Unidas para adoptar convenciones internacionales universales con el objeto de que el "ideal común", ya logrado, representado por la Declaración Universal, se convirtiera en normas jurídicas obligatorias para los Estados que se adhirieran o ratificaran. Los Pactos así como el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ya han entrado en vigor.³³

Los dos Pactos tienen disposiciones sobre los derechos que fueron proclamados en la Declaración, pero no coinciden exactamente con ellas, pues algunos de estos derechos no están contemplados en los Pactos, mientras que estos instrumentos contienen otros, que no fueron incorporados a la Declaración.

Así pues, dentro de la primera categoría, los Pactos no se refieren al importante derecho de toda persona a la propiedad individual o colectiva y a la protección contra la privación arbitraria de la propiedad, ni al derecho de asilo en otro país, ni al derecho de toda persona a una nacionalidad y a no ser privado de ella, aunque el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de todo niño de adquirir una nacionalidad (art. 24, inc. 3º).

En la segunda categoría, es decir derechos no establecidos en la Declaración pero incluidos en los Pactos, debe mencionarse en primer lugar, ya que constituye el artículo 1º de ambos tratados, el reconocimiento del derecho de los pueblos a la libre determinación, con su

³³ En junio de 1976, los siguientes Estados habían ratificado o adherido a ambos Pactos, con excepción de Australia y Filipinas que no eran partes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: Australia, Barbados, Bulgaria, Bielorrusia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Chipre, Checoslovaquia, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Hungría, Irán, Irak, Jamaica, Líbano, Libia, Madagascar, Mali, Mauricio, Mongolia, Noruega, Filipinas, República Federal de Alemania, República Democrática de Alemania, Gran Bretaña, Rumania, Ruanda, Suecia, Siria, Túnez, Ucrania, Unión Soviética, Tanzania, Uruguay y Yugoslavia.

En cuanto al Protocolo Opcional, 13 Estados han ratificado o adherido, a saber: Barbados, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Jamaica, Madagascar, Mauricio, Noruega, Suecia y Uruguay.

consecuencia del derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Ambos artículos 1º son del mismo tenor. Además, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, a diferencia de la Declaración, que no se ocupa del problema de las minorías, dispone en su artículo 27 que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a esas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propio idioma.

Por otra parte, los artículos de los Pactos, por su misma naturaleza obligatoria y no meramente declarativa, son más detallados que la Declaración y, a veces, el fundamento de la norma convencional puede encontrarse en cláusulas de ésta, aunque no estén específicamente mencionados allí los derechos a que se refieren los Pactos. Por ejemplo, la Declaración menciona sólo el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse, pero el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales agrega, en el artículo 8º, el "derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país".

1. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*** se refiere a los siguientes derechos: a trabajar (art. 6º), al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (art. 7º), a fundar sindicatos y sindicarse (art. 8º), a la seguridad social, incluso el seguro social (art. 9º), a la protección de la familia, las madres, los niños y adolescentes (art. 10), a un nivel de vida adecuado (art. 11), a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12), a la educación (arts. 13 y 14), a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico (art. 15).

Algunos de estos artículos merecen un comentario especial. El artículo 8º referente al derecho de fundar sindicatos y a afiliarse a sindicatos de su elección, contiene un inciso para salvaguardar las garantías previstas en el Convenio de 1948 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical. En el artículo 10 sobre los derechos de la maternidad, la infancia, el matrimonio y la familia se agregó al proyecto de la Comisión de Derechos Humanos el reconocimiento de la familia "como elemento natural y fundamental de la sociedad", pero se suprimió una referencia a que "la familia se basa en el matrimonio". El artículo 13 que se refiere al derecho a la educación y su inciso 3º reconoce la libertad de

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 341 a 350.

los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas y de que reciban una educación religiosa y moral, de acuerdo con sus propias convicciones, siempre que satisfagan las normas mínimas que prescribe el Estado en materia de enseñanza.

2. Las disposiciones de fondo del Pacto de Derechos Civiles y Politicos*** se refieren a los derechos tradicionales, en estas materias, que están establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Este Pacto se refiere al derecho a la vida (art. 6º); prohíbe la tortura, las penas y los tratos crueles (art. 7º); prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos, la servidumbre y el trabajo forzoso (art. 8º); reconoce el derecho a la libertad y la seguridad personal y prohíbe la detención o prisión arbitrarias (art. 9º); establece que toda persona privada de libertad debe ser tratada humanamente (art. 10); dispone que nadie puede ser encarcelado por no cumplir una obligación contractual (art. 11); estipula el derecho a circular libremente y escoger su residencia y salir de cualquier país (art. 12); formula limitaciones al derecho de expulsión de extranjeros (art. 13); detalla las condiciones del derecho a la igualdad ante los tribunales, así como las garantías de los juicios penales y civiles (art. 14); prohíbe la retroactividad de la legislación penal (art. 15); reconoce el derecho del ser humano a la personalidad jurídica (art. 16); prohíbe las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia (art. 17); establece el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18); garantiza la libertad de expresión (art. 19); prohíbe la propaganda de guerra y toda apología de odio nacional, racial o religioso (art. 20); reconoce el derecho de reunión pacífica (art. 21); estipula el derecho de asociarse libremente y de fundar y afiliarse a sindicatos (art. 22); protege a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y agrega que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes (art. 23); establece el derecho de todo niño a la protección, un nombre y una nacionalidad (art. 24); dispone que los ciudadanos deben gozar de derechos y oportunidades de participar en los asuntos públicos, votar y ser elegidos, mediante sufragio universal y voto secreto y tener acceso a las funciones públicas (art. 25); declara que todas las personas son iguales ante la ley, tienen derecho a igual protección y prohíbe toda discriminación (art. 26); finalmente se refiere a las minorías y les garantiza su vida cultural, su religión y su idioma (art. 27).

*** *Id.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 351-368.

La formulación de estas importantes normas merece, en algunos casos determinados, una consideración más detallada. Así, el artículo 6º sobre el derecho a la vida, tiene como intención propiciar la abolición de la pena de muerte y se infiere de esta norma que aquellos Estados que ya lo hubieran hecho, no podrán reimplantarla y que los que conserven aún la pena capital, no podrán imponerla sino por los delitos más graves y aplicando la ley vigente al tiempo de cometerse el delito.

Al aprobar el artículo 10 sobre el trato aplicable a personas privadas de libertad, se hizo constar en la Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales el deseo de muchas delegaciones que los Estados tuvieran en cuenta las "Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos", aprobadas en 1955, por la Asamblea General.

El artículo 13 sobre expulsión de extranjeros estableció una serie de garantías procesales, que pueden ser dejadas de lado por "razones imperiosas de seguridad nacional". La Unión Soviética propuso agregar un artículo sobre derecho de asilo, pero la iniciativa no fue aceptada.

El artículo 14 sobre el derecho a proceso conforme a derecho, es el más largo y detallado de los contenidos en los Pactos. Establece la igualdad de todas las personas ante tribunales y cortes de justicia, el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, la presunción de inocencia mientras no se pruebe la culpabilidad del acusado; reconoce la necesidad de diversas garantías mínimas durante el proceso, tales como que el acusado sea informado a la brevedad de la naturaleza y causas de la acusación, que se le conceda tiempo y medios para preparar su defensa, etc.; dispone, además, que debe existir, en caso de juicio criminal, derecho a apelar ante un tribunal superior y el derecho a indemnización cuando una sentencia firme haya sido revocada o exista indulto, por haberse probado la existencia de un error judicial; finalmente dispone que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el que haya sido condenado o absuelto por sentencia firme.

Un interesante debate suscitó la adopción del inciso 2º del artículo 15, sobre retroactividad de la ley penal, cuyo inciso 1º contiene uno de los principios básicos del derecho penal: "*nullum crimine sine lege*". Pero el inciso 2º agrega una norma, por la cual una persona puede ser condenada por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, "fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Esta adición fue criticada sobre la base de que la garantía de la libertad estaba dada en que la norma penal contu-

viera una definición precisa del acto considerado delito, así como del monto de la pena a aplicarse, mientras que la fórmula en cuestión presentaba dudas tanto en cuanto a la precisión de la definición de la conducta delictiva, como en cuanto a la pena aplicable. Pese a esta fuerte crítica el inciso 2º fue incluido en el Pacto, con el propósito de eliminar "*a posteriori*", cualquier duda jurídica que pudiera haber existido sobre la validez de las sentencias de los tribunales de Nuremberg y Tokio.

El artículo 18 acerca de la libertad de pensamiento, conciencia y religión incluye, como la Declaración, el derecho de los padres y tutores a que los hijos reciban una educación religiosa y moral, que esté de acuerdo con sus convicciones.

En el artículo 19 se discutió, al debatirse la libertad de opinión y de expresión, si existía un derecho a "buscar" información o a "recoger" información. Los partidarios de mantener la palabra "buscar", sostuvieron que implicaba el derecho a la pesquisa activa, mientras que "recoger" tenía una connotación pasiva, aceptando solamente las noticias que proporcionara el Gobierno a sus agencias noticiosas. Por el contrario, los que favorecían incluir el verbo "recoger" información, arguyeron que esta expresión impedía inmiscuirse indebidamente en los asuntos de otros y que carecía de las connotaciones agresivas de la palabra "buscar", sin constituir necesariamente una actitud pasiva. El artículo 19 garantiza el derecho a buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole por todos los medios y sin consideración de fronteras, libertad que puede ser restringida únicamente por la ley, con el objeto de asegurar el respeto de los derechos y reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública.

3. Ambos Pactos establecen, en sus artículos 3º, la obligación de los Estados de garantizar la igualdad de hombres y mujeres para el goce de estos derechos.

4. Los derechos establecidos están sujetos a limitaciones.

En el curso del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 4º señala las limitaciones generales que puede imponer el Estado, que deberán quedar determinadas por ley, en la medida compatible con la naturaleza de los mismos "y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

En el caso del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, se dispone en el artículo 4º que en tiempos de emergencia pública, en situaciones

excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación, las Partes podrán suspender las obligaciones asumidas en virtud del Pacto, con excepción de los artículos: 1º (derecho a la vida), 7º (tratos inhumanos y degradantes), 3º incisos 1º y 2º (prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso), 11 (obligaciones contra actuales), 15 (prohibición de la retroactividad de las leyes penales), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión). Esta decisión será comunicada a los Estados Partes, por conducto del Secretario General, indicando las disposiciones suspendidas y el motivo de la suspensión, así como la fecha en que se haya dado por terminada dicha suspensión. La suspensión podrá tener lugar, conforme con este artículo, siempre que no sea incompatible con las demás obligaciones que le impone a las Partes el derecho internacional.

Los Pactos también contienen limitaciones particulares, es decir, que se circunscriben a un derecho en particular. Esto sucede en especial con relación a varios derechos enunciados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que en muchas de sus disposiciones establece que tales derechos no podrán ser objeto de más restricciones que las previstas en la ley y que sean necesarias para la protección de la seguridad nacional, el orden público, la moral, la salud pública o los derechos y libertades de terceros. Debe recordarse que los derechos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18) no están sujetos a restricción alguna, pero sí el derecho a manifestar la religión o las creencias (art. 18, inc. 3º). El derecho a no ser molestado en sus opiniones (art. 19) tampoco está sujeto a limitaciones, a diferencia del derecho a la libertad de expresión (art. 19, inc. 3º).

5. El artículo 2º de ambos Pactos contiene las obligaciones generales básicas que asumen los Estados al llegar a ser partes en estos instrumentos.

En el Pacto de Derechos Económicos y Culturales se establece el compromiso de los Estados de tomar medidas, en forma progresiva, para lograr la efectividad de los derechos protegidos, por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas. Estas pueden ser adoptadas individualmente o con la asistencia y cooperación internacional. La idea básica es que no se puede lograr de golpe la plena efectividad de esos derechos económicos, sociales y culturales y que, dado lo limitado de los recursos de la mayoría de los Estados, es importante que esta obligación sea cumplida en forma progresiva. Aunque el artículo es flexible en cuanto a los métodos, se acentúa entre ellos la adopción de medidas legislativas.

El mismo artículo 2º de este Pacto, luego de referirse al compromiso de no discriminar en el ejercicio de estos derechos, estipula que los países en desarrollo pueden establecer medidas diferentes para garantizar los derechos económicos a personas que no sean nacionales. Esta disposición fue adoptada sobre la base, según surge de los proponentes de su inclusión, de que estos países debían tener una posición privilegiada y que la realidad económica les impedía otorgar a los extranjeros muchos de los beneficios que su legislación otorga a los nacionales.

En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, las Partes se comprometen a respetar y garantizar en su territorio a todos los individuos sin distinción, los derechos reconocidos en el Pacto. Excepto en los casos en que exista suficiente garantía, a través de la legislación vigente o por otros medios, los Estados se comprometen, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a tomar medidas oportunas, de carácter legislativo o de cualquier otro carácter, para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. Además las partes deben garantizar a toda persona un recurso efectivo en caso de violación de los derechos contemplados en el Pacto, aun cuando "hubiera sido cometido por personas que actuaban en el ejercicio de sus funciones oficiales".

6. Los artículos 5º de ambos Pactos contienen cláusulas de salvaguarda casi idénticas, en el sentido que ninguna disposición de ellos podrá ser interpretada como autorizando a reconocer a Estados o individuos, permiso para destruir o limitar los derechos y libertades que se reconocen en estos instrumentos. Los artículos agregan que no se admitirá restricción o menoscabo alguno de ninguno de los "derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos y costumbres, a pretexto que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". Esta norma anula las posibilidades de un conflicto entre el Pacto y aquellas disposiciones de otros instrumentos internos o internacionales que dan una mayor protección a los individuos garantizándoles derechos más amplios que el mismo Pacto.

7. Ambos Pactos contienen normas destinadas a establecer un cierto control o supervisión internacional sobre la aplicación de los artículos substantivos. El éxito de estos Pactos depende de la mayor o menor eficacia de las medidas de aplicación previstas. Los sistemas de los Pactos no son iguales y debemos considerarlos por separado.

Las medidas de aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales están estructuradas fundamentalmente como un sistema de informes.

De acuerdo con el artículo 16, los Estados se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados, al Secretario General, quien transmitirá copias para su examen al Consejo Económico y Social. Copias de estos informes serán también transmitidas a los organismos especializados, en la parte que les corresponde, si el Estado es miembro de dicho organismos.

Estos informes deberán ser presentados "por etapas", conforme con el artículo 17, de acuerdo con un plan preparado por el Consejo Económico y Social dentro del año de la entrada en vigor del Pacto. No es muy claro el concepto de informes por etapas, éstas pueden referirse tanto a plazos, como a materias.

La información proporcionada por los Estados podrá señalar las dificultades y circunstancias que afectan el grado de cumplimiento de las obligaciones del Pacto. Si esta información ya ha sido proporcionada a un órgano de Naciones Unidas o a un organismo especializado, bastará una referencia a ella. El Consejo Económico y Social podrá celebrar acuerdos con los organismos especializados, para que éstos presenten acuerdos relativos al cumplimiento de las disposiciones del Pacto, con la facultad de incluir decisiones y recomendaciones que hayan aprobado dichos organismos.

La función de la Comisión de Derechos Humanos está contemplada en el artículo 19 y consiste en recibir los informes que le podrá transmitir el Consejo Económico y Social, que hayan sido presentados por los Estados o por los organismos especializados para "su estudio y recomendación de carácter general". Estas recomendaciones de carácter general de la Comisión de Derechos Humanos podrán ser objeto de observaciones de los Estados Partes y los organismos especializados, conforme con el artículo 20.

A su vez, por el artículo 21, el Consejo Económico y Social tiene la facultad de presentar, "de vez en cuando", informes a la Asamblea General que contendrán un resumen de las informaciones de los Estados Partes y de los organismos especializados y recomendaciones de carácter general. El "carácter general" de estos informes quedó claramente establecido en el debate sobre el artículo que, en consecuencia, podrán referirse a la aplicación del Pacto en general, pero no podrán referirse a un Estado en particular.

El artículo 22 se refiere a la asistencia técnica. El Consejo Económico y Social podrá señalar a la atención de los órganos de Naciones Unidas o de los organismos especializados que se ocupen de la asistencia

técnica, las partes de los informes que les correspondan por la materia para que se pronuncien acerca de las medidas internacionales que puedan tomarse para contribuir a la aplicación "efectiva y progresiva" del Pacto.

En el artículo 23 se definen los tipos de medidas de orden internacional que pueden ser adoptadas para asegurar el respeto de los derechos contemplados en el Pacto, a saber: convenciones, recomendaciones, asistencia técnica y celebración de reuniones regionales para realizar estudios en cooperación con otros gobiernos interesados. Este artículo fue aceptado en la inteligencia de que proporciona un criterio sobre el alcance de la acción internacional posible.

El artículo 24 contiene una cláusula de salvaguardia por la que ninguna interpretación del Pacto podrá hacerse en menoscabo de la Carta de las Naciones Unidas, y de las constituciones de los organismos especializados.

Finalmente, el artículo 25 dispone que el Pacto no debe interpretarse en menoscabo del derecho de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

En resumen, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece un sistema de medidas de aplicación basado en la obligación de las Partes de informar al Consejo Económico y Social sobre las disposiciones que han adoptado y el progreso alcanzado para lograr la aplicación efectiva de los derechos que el Pacto pretende proteger.

8. Pasemos ahora a analizar el sistema de medidas de aplicación que contiene el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Debemos señalar que el sistema aprobado difiere, en numerosos puntos importantes, del esquema que había estructurado el proyecto de la Comisión de Derechos Humanos.

En su artículo 28 el Pacto establece un Comité de Derechos Humanos, constituido por 18 miembros que actúan a título personal, elegidos por votación secreta de una lista propuesta por los Estados Partes (art. 29). La elección se efectuará en una reunión de estos Estados, convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas, por el mayor número de votos que adquieran la mayoría absoluta de los presentes y votantes (art. 30). Los artículos 31 a 38 establecen que el mandato de estos miembros dura cuatro años y son reelegibles; se refieren luego al sistema para cubrir vacantes en caso de muerte o renuncia, a los vínculos administrativos del Comité con Naciones Unidas en cuanto a emolumentos, personal y servicios y otros detalles de su funcionamiento. El Comité dictará su propio reglamento, pero desde ya se fija, en el artículo 39, doce

miembros para constituir el quórum y que las decisiones del Comité deben tomarse por mayoría.

En cuanto a la composición del Comité el Pacto abandonó la idea de la elección de sus miembros por la C.I.J., como estaba previsto en el proyecto de la Comisión de Derechos Humanos. También fue suprimido, entre los requisitos para ser miembro, tener "experiencia judicial"; en vez de tener "gran prestigio moral" deberán poseer "gran integridad moral". Se eliminó, además, la facultad de los Estados de nombrar candidatos de otros Estados Partes.

Pasemos a las funciones del Comité. En los tres procedimientos establecidos en el Pacto, para la protección de los derechos civiles y políticos, el Comité de Derechos Humanos juega un papel principal. También se crea una Comisión especial de Conciliación. Los tres procedimientos son: 1º) Procedimiento de informes; 2º) Procedimiento opcional interestatal para determinación de hechos y conciliación; 3º) Procedimiento opcional para recibir peticiones individuales, establecido en un Protocolo separado. Analizaremos estos procedimientos en ese orden.

El sistema de medidas de aplicación del proyecto de la Comisión de Derechos Humanos consiste, principalmente, en la facultad del Comité de Derechos Humanos de recibir reclamos de Estado a Estado. Se preveía el recurso a la C.I.J., para obtener opiniones consultivas. Los Estados Partes se obligaban, además, a presentar informes. La Asamblea General suprimió el recurso a la Corte e hizo opcional el sistema de reclamos interestatales. Con ello, el procedimiento de presentar informes se transformó de un modesto procedimiento secundario, en el mecanismo de control más importante del Pacto. *

De acuerdo con el artículo 40, inciso 1º, los Estados Partes deberán presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado para dar efecto a los derechos garantizados en el Pacto y "sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de estos derechos". Esta mención parece conspirar contra idea de que, por la naturaleza de los derechos protegidos en este instrumento, a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, es necesario asegurar su efectividad de una manera inmediata. Sin embargo, una lectura atenta indica que el texto se refiere al progreso alcanzado como resultado de las medidas adoptadas, que es un concepto muy distinto de informar sobre las medidas que vayan adoptándose progresivamente. En consecuencia, entendemos que en forma alguna el texto actual puede interpretarse en detrimento de la obligación inmediata de poner en ejecución medidas para proteger los derechos reconocidos en el Pacto.

El artículo 40, inciso 1º a), obliga a las Partes a presentar el informe sobre las disposiciones que haya adoptado en el plazo de un año, desde la entrada en vigor del Pacto. Fuera de esta oportunidad, de acuerdo con el inciso 1º b), los informes serán presentados cada vez que lo solicite el Comité.

Los informes, que se deben transmitir por intermedio del Secretario General, deberán señalar, según el inciso 2º, "los factores y las dificultades" que afecten la aplicación del Pacto. El Secretario General también puede, conforme con el inciso 3º, enviar los partes correspondientes a los organismos especializados, previa consulta al Comité.

El principal papel del Comité en relación con estos informes consiste, de acuerdo con el artículo 40, inciso 4º, en estudiarlos y transmitirlos "con los comentarios generales que estime oportuno" a los Estados Partes. También transmitirá dichos comentarios al Consejo Económico y Social, junto con los informes recibidos. A su vez, los Estados pueden hacer observaciones sobre los comentarios del Comité. Debe destacarse la terminología de este artículo en comparación con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que habla de la facultad del Consejo Económico y Social de hacer "recomendaciones de carácter general a la Asamblea" (art. 21), mientras que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la función del Comité se limita aún más, a meramente transmitir "comentarios generales", frase que además de tener un contenido dudoso, tiene un evidente sentido restringido.

Del artículo 40 surge que la única fuente de información debe ser de origen gubernamental, quedando excluido material de otro origen. Sin embargo, puede entenderse que el Comité puede pedir información suplementaria, en virtud de lo dispuesto en el inciso 1º b), pero siempre a los Estados.

Las facultades del Consejo Económico y Social, con relación a los informes de los Gobiernos, no han sido establecidos en el Pacto. En consecuencia, es lógico deducir que el Consejo actuará en la consideración de los informes, conforme con las funciones que le ha concedido la Carta de las Naciones Unidas.

Debe recordarse asimismo que, según el artículo 45 del Pacto, el Comité debe presentar un informe anual a la Asamblea General, por conducto del Consejo Económico y Social.

En esto consiste el sistema obligatorio de medidas de aplicación de este Pacto. La única obligación que asumen los Estados, es presentar un informe, sobre las medidas tomadas y progresos alcanzados en el goce de

los derechos reconocidos, un año después de la entrada en vigor del Pacto y cuando el Comité lo pida. Eso es todo, como sistema obligatorio.

El Pacto establece además un sistema facultativo, es decir sujeto a la aprobación previa del Estado Parte, para que el Comité acepte un reclamo de otro Estado Parte señalando que aquél no cumple con las obligaciones impuestas en el instrumento. El sistema, que permite al órgano internacional recibir quejas interestatales, fue creado por el artículo 26 de la Constitución de la O.I.T. y desde entonces inserto en numerosos acuerdos internacionales, tales como la Convención de Discriminación Racial y el Protocolo de la UNESCO de 1962 sobre discriminación en la educación. Sin embargo, la eficacia de este sistema, que parecía consagrado, ha sido numerosas veces puesto en duda, en razón de que, en la práctica, no ha funcionado; un Estado no desea, salvo por motivos políticos, acusar a otro Estado, cuando ello puede crearle problemas gratuitos. Con toda la justeza que puede tener esta crítica, debe también reconocerse que tal vez la amenaza de este recurso ha servido como barrera de detención en la conducta de los Estados.

El procedimiento establecido en los artículos 41 y 42 del Pacto se aplica sólo con relación a un Estado que ha reconocido "la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto". Las comunicaciones sólo podrán ser admitidas si son presentadas por un Estado Parte que ha hecho la declaración reconociendo la competencia del Comité.

Además de ser necesaria la declaración expresa del Estado Parte, de que acepta la competencia del Comité para cumplir con las funciones determinadas en el artículo 41, esta disposición del Pacto no entrará en vigor hasta que diez Estados hayan aceptado la competencia del Comité, formulando las declaraciones pertinentes conforme con el artículo 41, inciso 2º. Las declaraciones pueden ser retiradas en cualquier momento salvo en relación con aquellos asuntos que hayan sido objeto de una comunicación ya transmitida.

Tres etapas prevé el Pacto en cuanto al procedimiento interestatal de determinación de hechos y conciliación.

La primera etapa del procedimiento consiste en comunicaciones de Estado a Estado, sin intervención aún del Comité de Derechos Humanos.

De acuerdo con el artículo 41, inciso 1º a), el procedimiento debe comenzar con una comunicación escrita del Estado que alegue que otro

Estado Parte "no cumple con las disposiciones" del Pacto, llamándole la atención sobre este hecho. Dentro de los tres meses subsiguientes al recibo de la comunicación, el Estado receptor proporcionará al Estado en que la comunicación se origina "una explicación o cualquier otra declaración por escrito que aclare el asunto" y que incluya, en lo que sea posible, referencias a los procedimientos nacionales y recursos que se han adoptado o que puedan utilizarse. Si el asunto no es resuelto a satisfacción de ambos en seis meses, desde que se recibió la comunicación, cualquiera de los dos Estados interesados podrá someterlo al Comité.

La segunda etapa del procedimiento tiene lugar ante el Comité.

No es condición esencial para abrir esta segunda etapa que el Estado receptor haya contestado la comunicación o dado explicaciones hasta el transcurso del plazo de seis meses. Además del plazo fijado, es necesario que, de acuerdo con el procedimiento del Estado receptor, se hayan agotado los recursos de jurisdicción interna, salvo en los casos en que su tramitación se prolongue injustificadamente. Debe señalarse que el agotamiento de los recursos internos debe apreciarse, de acuerdo con el artículo 41, inciso 1° c), conforme a los "principios del derecho internacional generalmente admitidos".

El Comité examinará las comunicaciones a puertas cerradas y, luego de este examen, su principal función consistirá en poner a disposición de las Partes interesadas "sus buenos oficios... a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos según el inciso e) del mismo artículo 41.

Para cumplir mejor esta función de buenos oficios, el Comité puede solicitar a las Partes que faciliten las informaciones pertinentes. Los Estados podrán estar representados cuando se trate un asunto de su interés y, además, presentar exposiciones orales y escritas.

La segunda etapa termina con la preparación por el Comité de un informe, dentro de los doce meses del recibo de la comunicación.

Si existe una solución, el informe contendrá una buena relación de los hechos y la solución alcanzada.

De no existir tal solución, el informe del Comité deberá contener únicamente una breve descripción de los hechos. Esta es quizás una de las mayores disminuciones de los poderes del Comité, al que en el proyecto originario de la Comisión de Derechos Humanos, se contemplaba la obligación de dar su opinión sobre los hechos que eran motivo del reclamo; se privó así al Comité del Pacto de Derechos Civiles y

Políticos de su arma más poderosa, precisamente, para cumplir su misión de buscar el arreglo amistoso, como lo ha demostrado la experiencia de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En caso de no tener éxito esta labor será continuada por otro órgano, el Comité Especial de Conciliación, en las condiciones que establece el artículo 42, inciso 1º a). Con el consentimiento, pues, de los Estados interesados, el procedimiento puede llegar a una tercera etapa ante esta Comisión Especial de Conciliación.

De acuerdo con el artículo 42, el Comité puede designar una Comisión Especial de Conciliación, si cuenta con la aprobación de las Partes, cuando el asunto no haya sido resuelto satisfactoriamente dentro del procedimiento previsto en el artículo 41. Debe aclararse que la declaración hecha de conformidad con el artículo 41, inciso 1º, reconociendo al Comité competencia para considerar un reclamo de Estado a Estado, no supone el consentimiento para la creación de la Comisión Especial, se necesita una nueva manifestación de voluntad. Pero, por lo menos, nadie impide al Comité tomar la iniciativa solicitando el consentimiento previo de los Estados interesados.

La Comisión Especial estará integrada por cinco personas que sean "aceptables por los Estados interesados". Si no se llegara a un acuerdo sobre la composición, el Comité designará de oficio entre sus miembros, por dos tercios de votos, las vacantes que no hayan podido ser llenadas. Para esta designación no es necesario el acuerdo de Partes. Dichos miembros ejercen sus funciones a título personal, no podrán ser nacionales de los Estados interesados, pero deberán serlo de Estados Partes en el Pacto, siempre que hayan aceptado la competencia del Comité, conforme con el artículo 41.

La función de la Comisión es, en cierto grado, similar a la del Comité. El artículo 42, inciso 1º a) dispone que "los buenos oficios de la Comisión se podrán a disposición de los Estados Partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto al presente Pacto".

Para facilitar su labor, el Comité le remitirá a la Comisión la información que haya recibido y ésta podrá, a su vez, pedir a las Partes más información pertinente.

Dentro de un plazo de doce meses desde que haya tomado conocimiento del asunto, la Comisión preparará un informe que será elevado a las Partes.

Si los buenos oficios han tenido éxito y se ha encontrado una solución amistosa, el informe contendrá una breve exposición de los hechos y la solución.

Si los buenos oficios fracasan, el informe contendrá "las conclusiones" de la Comisión sobre todas las cuestiones de hecho y "observaciones" sobre las posibilidades de llegar a una solución amistosa del asunto. Las Partes deberán informar "si aceptan o no los términos del informe de la Comisión", de acuerdo con el artículo 42, inciso d).

Existe la posibilidad de que la Comisión no pueda completar su labor en los doce meses que fija el artículo 42, inciso 7º, en cuyo caso el informe debe solamente reflejar la situación en que se halle el examen del asunto.

El sistema previsto en el Pacto para hacer efectivos los derechos civiles y políticos no supone la aceptación de mayores obligaciones por los Estados Partes. El funcionamiento del Comité y de la Comisión de Conciliación dependen del consentimiento de los Estados, pero, aún así, los poderes de la Comisión están tan reducidos, que ni siquiera puede presentar recomendaciones para la solución de la disputa, que no serían obligatorias y limitarse a meras "observaciones acerca de la posibilidad de una solución amistosa".

La Comisión Especial elegirá su Presidente y aprobará su reglamento. Se reunirá normalmente en la sede de las Naciones Unidas y los gastos serán compartidos por las Partes que acepten la constitución de la Comisión Especial.

El artículo 44 establece una cláusula de salvaguardia que protege otros instrumentos que poseen, como la Convención Europea de Derechos Humanos, mecanismos de aplicación más eficaces que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Este artículo establece que estas disposiciones del Pacto se aplicarán sin perjuicio de los procedimientos establecidos en los instrumentos constitutivos de las Naciones Unidas y no impedirán, además, que se recurra a otros procedimientos para resolver una controversia, conforme convenios internacionales vigentes, generales o especiales.

El proyecto de Pacto de Derechos Civiles y Políticos presentado por la Comisión de Derechos Humanos no estableció, a pesar de diversos esfuerzos para imponerlo, el derecho de petición de individuos al Comité de Derechos Humanos. Durante la discusión del Pacto, en 1966, varias delegaciones propusieron que el Comité de Derechos Humanos podía recibir peticiones individuales que alegaren violaciones de los derechos protegidos en el Pacto, siempre que el Estado hubiera declarado que

reconocía la competencia para recibir estas peticiones. Esta iniciativa fue duramente atacada y se decidió finalmente que se adoptara un protocolo separado facultativo, anexo al Pacto.

En virtud del artículo 1º de este instrumento anexo, todo Estado Parte del Pacto que llegue a ser Parte en el Protocolo, reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos, que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos garantizados en el Pacto. Los individuos deben estar "bajo la jurisdicción" del Estado contra el que se reclama. Estas palabras parecen referirse a individuos bajo el control físico de ese Estado o que poseen su nacionalidad.

Este derecho de petición se concede solamente a "individuos". No se menciona ni a grupos de individuos, ni organizaciones no gubernamentales, como la Convención Europea. Evidentemente las organizaciones quedan excluidas, pero entendemos que nada impide recibir comunicaciones de grupos de individuos, si se puede recibir de las personas separadamente.

Los individuos pueden presentar "comunicaciones" al Comité de Derechos Humanos, tal como está establecido en el Pacto, por ello es probable que una de estas comunicaciones sea considerada por miembros del mismo que sean nacionales de un Estado que no sea Parte en el Protocolo.

El Protocolo distingue, en el artículo 3º, las razones por las cuales las comunicaciones pueden ser declaradas inadmisibles, de aquellas otras por las que, según el artículo 5º, inciso 2º, el Comité las examinará.

Las razones para que una comunicación sea declarada inadmisibleson las siguientes: que la comunicación sea anónima, que constituya un "abuso de derecho" presentarla o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

Para que una comunicación sea examinada, el asunto no debe haber sido sometido a otro procedimiento de arreglo internacional y el individuo debe haber agotado los recursos de la jurisdicción doméstica. Esta última norma se encuentra repetida en el artículo 2º.

La diferencia entre la declaración de inadmisibilidad y el no examen del asunto consiste que en el primer caso la comunicación es rechazada de plano, sin ser llevada a conocimiento del Estado; en el segundo, el Estado ante el que se reclama es el que opondrá las objeciones a la consideración del Comité.

Una vez recibida la comunicación alegando la violación, será puesta conforme con el artículo 4º, en conocimiento del Estado acusado, quien deberá presentar también por escrito las "explicaciones o declaraciones" pertinentes que aclaren el asunto y señalar qué recursos puede eventualmente haber adoptado.

El Comité examinará a puertas cerradas ambas comunicaciones escritas; no se contemplan audiencias orales en el procedimiento.

El Comité, luego de este examen, presentará sus "observaciones" al Estado y al individuo. Como el Comité no actúa aquí como órgano de conciliación, sus "observaciones" pueden referirse al fondo del problema y no meramente a "las posibilidades de solución amistosa del asunto", como lo establece el artículo 42, inciso 7º c), para la Comisión Especial de Conciliación.

La única publicidad que tendrán estas "observaciones" del Comité, será el informe anual que este órgano debe presentar a la Asamblea General, según el artículo 6º, que contendrá un resumen de sus actividades.

Estas "observaciones" del Comité son el último acto que prevé el sistema del Pacto de Naciones Unidas para la protección internacional de los derechos civiles y políticos. Ni el Pacto, ni el Protocolo Facultativo contemplan ningún procedimiento ante un tribunal u otro órgano internacional.

El artículo 7º del Protocolo establece que sus disposiciones no limitan el derecho de petición concedido a los pueblos bajo la Carta de las Naciones Unidas y convenciones celebradas bajo sus auspicios, mientras no se cumplan los objetivos de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales: Resolución 1514 (XII) de la Asamblea General.

El mecanismo de aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, preocupado principalmente por proteger la soberanía de los Estados, consiste principalmente en un sistema de informes y métodos de conciliación facultativos. Es evidente que la comunidad internacional mundial no se encuentra aún preparada para tomar el tipo de iniciativas regionales que han cristalizado, particularmente en Europa, como veremos más adelante.

130e. COMUNICACIONES DE INDIVIDUOS Y ORGANIZACIONES A NACIONES UNIDAS ALEGANDO LA VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. — Desde sus comienzos se han recibido anualmente, en Naciones Unidas,

numerosas comunicaciones de individuos u organizaciones denunciando violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, en diversos lugares del mundo. Dichas comunicaciones han sido enviadas principalmente a la Comisión de Derechos Humanos, que ha establecido un procedimiento para considerarlas, modificado en el transcurso del tiempo.

De acuerdo con el procedimiento vigente, aprobado por la Resolución 728 F del Consejo Económico y Social, del 30 de julio de 1959, el Secretario General debe preparar para la Comisión de Derechos Humanos dos listas. La primera de carácter no confidencial, contiene un resumen de aquellas comunicaciones que se refieren a los principios en que se basa la promoción del respeto universal y la observancia de los derechos humanos, identificando a los autores, a menos que ellos no lo deseen. La segunda lista incluye un resumen de aquellas otras comunicaciones que se refieren a quejas que alegan la denegación o violación de derechos humanos; esta lista se proporciona en una reunión privada a los miembros de la Comisión de Derechos Humanos y de su Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, sin identificar a los autores, a menos que éstos no tengan objeción a que sus nombres sean divulgados. Los Estados Miembros que son aludidos en las comunicaciones, reciben copia de las comunicaciones resumidas. Si éstos deciden presentar una respuesta es también puesta en conocimiento de la Comisión.

En 1959 se decidió que la Subcomisión mencionada más arriba recibiría solamente aquellas comunicaciones vinculadas con la discriminación y la protección de las minorías, pero luego⁴⁴ en 1967, por Resolución 1235 (XLII) del 6 de junio, el Consejo Económico y Social autorizó a la Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión a examinar la información relativa a flagrantes violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales. "ejemplificadas por la política del apartheid como se practica en la República de Sud Africa y el territorio de Africa Sud occidental... y la discriminación racial practicada notablemente por Rhodesia del Sur". El Consejo decidió, además, que en casos apropiados y luego de un estudio cuidadoso de la información disponible, la Comisión de Derechos Humanos podía hacer un estudio de las situaciones que revelaren un patrón consistente de violaciones e informaría, con las recomendaciones pertinentes, al Consejo.

⁴⁴ Para ver la interesante evolución de este procedimiento, *vid.* L.B. Sohn y T. Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, New York, págs. 772-855.

El 27 de mayo de 1970, por Resolución 1503 (XLVIII), el Consejo Económico y Social autorizó a la Subcomisión para establecer un grupo de trabajo de no más de cinco de sus miembros, para reunirse anualmente, diez días antes de sus sesiones para considerar todas las comunicaciones recibidas, incluso las respuestas de los gobiernos, con el objeto de llevar a la atención de la Comisión de Derechos Humanos aquellas situaciones que revelen un patrón constante de flagrantes violaciones de estos derechos y libertades fundamentales. Siguiendo esta Resolución la Comisión estableció, en 1971, el procedimiento para tratar la admisibilidad de esas comunicaciones.

Si la Subcomisión resuelve someter alguna situación determinada, la Comisión puede establecer si exige un estudio cuidadoso y presentar un informe y recomendaciones al Consejo Económico y Social. También puede decidir llevar a cabo una investigación por un Comité *ad hoc*, que realizará sus trabajos en forma confidencial y presentar un informe con las observaciones y sugerencias que estime apropiadas.

Tanto la Subcomisión, como la Comisión, han considerado en varios casos denuncias de violaciones de derechos humanos y han aprobado resoluciones sobre ellas.

Debe recordarse que la Resolución 728 F. del Consejo Económico y Social de 1959, en la parte que no ha sido modificada por ninguna resolución posterior, aprobó la declaración de la Comisión de Derechos Humanos reconociendo que no tenía ningún poder de tomar ninguna "acción" en relación con quejas concernientes a los derechos humanos.

130f. OTRAS CONVENCIONES SOBRE DERECHOS HUMANOS ADOPTADAS BAJO LOS AUSPICIOS DE NACIONES UNIDAS. — Además de los Pactos de Derechos Humanos, las Naciones Unidas y sus organismos especializados han aprobado diversas convenciones sobre algunos derechos humanos en particular o referentes a ciertas situaciones vinculadas con la protección de estos derechos.

1. Entre las convenciones adoptadas por las Naciones Unidas podemos mencionar la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, el Convenio de 1950 para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena*, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, la Convención de 1952 sobre el Derecho Internacional de Rectificación, la Convención de 1952 sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, la Convención de 1926 sobre la Esclavitud, modificada por el Protocolo de 1953, la

Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas*, la Convención Suplementaria de 1956 sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud*, la Convención de 1956 sobre el Cobro de Alimentos en el Extranjero*, la Convención de 1957 sobre Nacionalidad de la Mujer Casada*, la Convención de 1961 para reducir los Casos de Apatridia, la Convención de 1962 sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios*, la Convención de 1965 sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, el Protocolo de 1966 sobre el Estatuto de los Refugiados*, la Convención de 1968 sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la Convención de 1973 sobre suspensión y castigo del crimen del *Apartheid*.

Entre las convenciones adoptadas por organismos especializados podemos mencionar la Convención de 1948 sobre la Libertad de Asociación y la Protección del Derecho a Organizarse, la Convención Adicional de 1949 sobre el Derecho a Organizarse y a la Negociación Colectiva, la Convención de 1951 sobre Igualdad de Remuneración para Mano de Obra Masculina y Femenina para Trabajo de Igual Valor, la Convención de 1957 sobre Abolición del Trabajo Forzoso, la Convención de 1958 sobre Discriminación en el Empleo y la Educación, todas celebradas bajo los auspicios de la O.I.T., y la Convención de 1960 sobre Discriminación en la Educación.

En estas convenciones la protección de los derechos humanos está fundamentalmente reservada al derecho interno de los Estados, es decir, los Estados Partes de estos instrumentos se comprometen a adoptar determinadas normas de protección en su legislación y se formulan normas de cooperación internacional, por esto nos ocuparemos de muchas de ellas en el capítulo XV, referente a la cooperación internacional. Vamos solamente a analizar aquí la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial que establece un mecanismo de verdadera protección internacional, quizás más novedosa que los Pactos de Naciones Unidas, pues prevé la posibilidad de recibir y considerar comunicaciones de individuos.

2. La Asamblea General aprobó en 1963 la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y dos años después la Convención sobre el mismo asunto.

La Convención tiene una esfera de aplicación, por una parte, mayor que las Convenciones de 1958 y 1960 sobre Discriminación en el Empleo

y en la Educación, por cuanto no está restringida a ningún campo específico, prohíbe la discriminación en cuanto a la vida política, económica, social, cultural o en cualquier otro aspecto de la vida pública; pero, por otro lado, se limita, como su título lo indica, a la discriminación basada en raza, color, linaje u origen nacional o étnico, sin prohibir la discriminación por otras causas, como sexo, religión, opiniones políticas u otras opiniones, etc. El artículo 1º define la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

Los Estados Partes se comprometen, entre otras cosas, en los artículos 2º y 4º, luego de condenar la discriminación racial, a enmendar, derogar o anular las leyes y disposiciones que tengan por consecuencia crear o perpetuar dicha discriminación; a no efectuar actos de discriminación racial y a poner fin a la que practiquen cualquier persona, grupos u organización; a tomar medidas específicas para garantizar el desarrollo y la protección adecuada de ciertos grupos raciales, o individuos que pertenezcan a ellos; a tomar medidas para eliminar todas las incitaciones a la, o actos de, discriminación racial y a declarar como acto punible por la ley toda discriminación de ideas basadas en la superioridad o el odio racial; a declarar ilegales y prohibir las actividades de propaganda que fomenten o inciten a la discriminación racial. Estas disposiciones sobre propaganda pueden presentar problemas constitucionales en algunos Estados con referencia a la libertad de expresión.

El artículo 5º contiene una lista de numerosos derechos y libertades en cuyo goce se prohíbe toda discriminación racial. Además de los derechos mencionados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se contemplan otros tales como el derecho a la herencia, el derecho de acceso a cualquier lugar público o al uso de un servicio público. Se enumera específicamente como derechos en relación a los que se prohíbe toda discriminación, el derecho a trabajar, el derecho a unirse a sindicatos y el derecho a la vivienda.

En cuanto a las medidas de aplicación, los artículos 8º y 12 incluyen el establecimiento de un Comité para la Eliminación de la Discriminación y Comisiones *ad hoc* de Conciliación.

El Comité está formado por 18 expertos que sirven en su capacidad personal, elegidos por cuatro años, por los Estados Partes, entre sus nacionales. Tiene funciones similares al Comité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero a diferencia de este Pacto, la Convención ha dispuesto que los Estados, por el hecho de llegar a ser Partes, aceptan el derecho del Comité de considerar quejas de otra Parte que alegue que cualquiera de ellas no cumple con sus disposiciones. El Comité, además, considera informes sobre las medidas que hayan adoptado los Estados para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y puede hacer propuestas y recomendaciones a la Asamblea General.

Cuando se trate de comunicaciones de una Parte, alegando que la otra no está cumpliendo con disposiciones de la Convención, la Comisión tiene fijado un procedimiento, en el artículo 11, con el objeto de lograr un arreglo de la disputa y que incluye, según el artículo 12, el nombramiento por el Presidente, de una Comisión *ad hoc* de Conciliación, con prerrogativas similares a las previstas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, es decir, pondrán sus buenos oficios a disposición de las partes en la disputa, para una solución amistosa, basada en el respeto a la Convención. La Comisión presentará un informe, conforme con el artículo 13, conteniendo sus conclusiones sobre las cuestiones de hecho y recomendaciones, que serán transmitidas por el Presidente del Comité a las partes en disputa, quienes deberán notificar en tres meses, si aceptan o no estas recomendaciones.

El artículo 14 establece la posibilidad para las Partes que reconozcan la competencia del Comité a tal respecto, de recibir y considerar comunicaciones de individuos o grupos de personas, que aleguen ser víctimas de violaciones de los derechos estipulados en la Convención. El Comité puede hacer sugerencias y recomendaciones al respecto, si lo estima necesario y luego de recibir explicaciones o declaraciones del Estado acusado.

Una disposición especial, el artículo 15, se refiere a las actividades del Comité, en relación con peticiones por órganos de Naciones Unidas u organismos especializados referentes a territorios no autónomos.

La Convención reconoce, en su artículo 22, la competencia de la C.I.J. con respecto a cualquier controversia relativa a su interpretación o aplicación.

130g. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DEL CONSEJO DE EUROPA. — Mientras los avances en Naciones Unidas y dentro del sistema interamericano, en el campo de la protección de los derechos humanos fueron lentos, importantes progresos tuvieron lugar en Europa Occidental. La base de este avance ha sido la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, firmada en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Esta Convención es uno de los resultados más positivos del movimiento de unión de los Estados europeos, que comenzó a estructurarse inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial.

La preparación de la Convención tuvo lugar en el ámbito del Consejo de Europa, que fue creado por el Estatuto de Londres de 1949, con la participación activa de sus dos órganos principales, la Asamblea Consultativa, compuesta entonces por miembros de los Parlamentos nacionales y el Consejo de Ministros, integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros.

1. El conjunto de instrumentos del sistema del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos está integrado por la Convención de Roma, cinco Protocolos adicionales y la Carta Social Europea.

La Convención de Roma enumera doce derechos a ser protegidos. Posteriormente se incluyeron en el Primer Protocolo, firmado en París, en 1952, tres derechos más y el Cuarto Protocolo, adoptado en Estrasburgo, en 1963, incluyó cuatro derechos más.

El Segundo Protocolo, firmado en Estrasburgo, en 1963, otorgó a la Corte Europea de Derechos Humanos facultad para dar Opiniones Consultivas.

El Tercer Protocolo, de mismo lugar y fecha, enmendó los artículos 29, 30 y 34 de la Convención, referentes a problemas de procedimiento.

El Quinto Protocolo, también de Estrasburgo, de 1966, enmendó los artículos 22 y 40, también referentes a problemas de procedimiento.

En cuanto a los derechos económicos y sociales, se resolvió incluirlos en la Carta Social Europea, que contendría medidas de aplicación diferentes de las contenidas en la Convención de Roma. Esta Carta fue preparada por una Conferencia tripartita (obreros, patronos y Gobiernos), convocada a pedido del Consejo por la O.I.T. y fue firmada en Turín, en 1961. La Carta entró en vigor en 1965. Son Partes: Austria, Chipre, Dinamarca, Francia, República Federal de Alemania, Irlanda, Italia, Noruega, Suecia y Gran Bretaña.

Por su parte, la Convención de Derechos Humanos entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, cuando la ratificaron 10 Estados. Actualmente son 18 las Partes Contratantes: Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, República Federal de Alemania, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Suecia, Suiza, Francia y Turquía, es decir todos los miembros del Consejo de Europa. Los Protocolos entraron en vigor en 1954 (primero), 1970 (segundo y tercero), 1968 (cuarto) y 1971 (quinto).

2. Como podemos ver el Consejo de Europa favorece en su sistema el aumento progresivo de los derechos protegidos, mediante Protocolos adicionales, a medida que se dan las condiciones políticas para aceptarlos. Por eso el preámbulo de la Convención establece que se han resuelto tomar "los primeros pasos para asegurar la garantía colectiva de ciertos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

La obligación asumida de reconocer los derechos y libertades enumerados en la Convención y Protocolos, no se limita a los propios nacionales o aun a los nacionales de los Estados partes, sino que se extiende, por el artículo 1º de la Convención, a todo individuo que se encuentre en el territorio de las Partes Contratantes. Más aún, el artículo 14 señala que no habrá discriminación por razones de sexo, raza, color, idioma, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen nacional o social, asociación con una minoría nacional, propiedad, nacimiento u otra condición, en cuanto al goce de los derechos y libertades reconocidas en la Convención.

El método seguido para la definición de los derechos consiste en presentar tal definición al comienzo de cada artículo, seguida por incisos que estipulan las condiciones bajo las cuales puede ejercerse ese derecho o las limitaciones que puede sufrir.

3. Los derechos enumerados en la Convención y en los Primer y Cuarto Protocolos son los siguientes: 1. Derecho a la vida (art. 2º); 2. Protección contra tortura o penas o tratamientos inhumanos y degradantes (art. 3º); 3. Protección contra la esclavitud y la servidumbre (art. 4º); 4. Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5º); 5. Derecho a juicio equitativo y público (art. 6º); 6. Protección contra la aplicación retroactiva de la ley penal (art. 7º); 7. Derecho a la protección de la vida privada (art. 8º); 8. Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9º); 9. Derecho a la libertad de expresión (art. 10); 10. Derecho a la libertad de reunión y asociación (art. 11); 11. Derecho al matrimonio (art. 12); 12. Derecho a la propiedad (art. 1º del Primer Protocolo); 13.

Derecho de los padres a la educación de sus hijos (art. 2º del Primer Protocolo); 14. Derecho a la celebración periódica de elecciones libres (art. 3º del Primer Protocolo); 15. Derecho a no ser privado de libertad por incumplimiento de obligaciones contractuales (art. 1º del Cuarto Protocolo); 16. Derecho a la libre circulación y a escoger su residencia (art. 2º del Cuarto Protocolo); 17. Derecho a no ser expulsado del territorio nacional (art. 3º del Cuarto Protocolo), y 18. Prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros (art. 4º del Cuarto Protocolo).

4. La Convención Europea contiene un cierto número de artículos que definen y regulan el ejercicio de los derechos que están contemplados en los primeros doce artículos de la Convención y Protocolos Adjuntos. El objeto de estos artículos es, en ciertos casos, que los derechos garantizados sean efectivamente ejercidos; en otros, es limitar ese ejercicio a la luz de ciertas circunstancias.

El artículo 14 contiene una disposición referente a la no intervención. Establece que los derechos mencionados en la Convención, deberán ser garantizados sin discriminación por razones de raza, sexo, color, idioma, religión, etc. Este artículo se basa en el artículo 2º, inciso 1º, de la Declaración Universal, pero agrega que la "pertenencia a una minoría nacional" queda prohibida, como causa de discriminación.

Este artículo 14 debe interpretarse correctamente, a nuestro entender, en el sentido que no constituye una garantía general de no discriminación, sino solamente una referencia a los derechos mencionados en la Convención y el Protocolo.

Otra importante disposición relativa al ejercicio de los derechos garantizados, es el artículo 13 que requiere la existencia de un remedio eficaz, ante autoridad competente, a nivel nacional; se extiende, por supuesto, exclusivamente a los derechos garantizados en la Convención y no a otros derechos humanos reconocidos en el orden jurídico interno.

Debe destacarse, asimismo, al hacer el análisis de este artículo 13 que su fórmula amplia incluye tanto a autoridades administrativas, como tribunales judiciales. Lo importante es que el recurso sea efectivo, y que la autoridad o Corte esté en una posición imparcial.

La frase más importante tal vez de este artículo es la referente a la existencia de un remedio eficaz "aun cuando la infracción haya sido cometida por personas que actúan en capacidad oficial". Esta es la garantía contra la llamada "razón de Estado", la protección del individuo contra la maquinaria gubernamental, que muchas veces puede ser arbitraria y basar sus arbitrariedades en razones superiores de la comunidad.

El artículo 15, inciso 1º, establece la posibilidad de derogar las obligaciones de la Convención "en caso de guerra o de otra emergencia pública que amenace la vida de la Nación". En tales circunstancias, esta derogación debe hacerse, "hasta el punto estrictamente requerido por las exigencias de la situación" y siempre que "tales medidas no estén en contradicción con otras obligaciones de acuerdo al derecho internacional". El inciso 2º restringe esta facultad general, prohibiendo la derogación del artículo 2º, que protege el derecho a la vida, salvo para los casos de muerte que sean consecuencia de actos legítimos de guerra y del artículo 3º (protección contra la tortura y el castigo degradante), el artículo 4º, inciso 1º (prohibición de servidumbre o esclavitud) y artículo 7º (protección contra la retroactividad de la ley). El inciso 3º requiere que las Partes en la Convención que hagan uso de esta facultad de derogar derechos protegidos en este instrumento, mantengan informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas que hayan tomado y de las razones que las justifiquen, así como de la oportunidad en que se reponga la plena vigencia de la Convención.

Tanto la Comisión, como la Corte Europea, tuvieron oportunidad de interpretar el artículo 15 en el caso *Lawless v. Irlanda*. En tal oportunidad estos órganos debieron decidir si la resolución de un gobierno de que existe "una emergencia pública que amenace la vida de la Nación" es definitiva, siempre que sea hecha de buena fe o, dicho de otra manera, si los órganos establecidos en la Convención pueden entrar a considerar la resolución gubernamental, para decidir si está o no justificada. Por su parte, la Comisión⁵⁵ estableció que tiene la competencia y el deber, de acuerdo con el artículo 15, de examinar y pronunciarse sobre la decisión del Gobierno de que existe una amenaza contra la vida de la Nación, pero agregó que debe concederse al Gobierno algún margen de discreción en la apreciación si existe o no esta amenaza.

La Corte, por su lado, también estableció que "incumbe a la Corte decidir si las condiciones establecidas en el artículo 15, acerca del ejercicio del derecho excepcional de derogación, han sido cumplidas en este caso."⁵⁶

El artículo 16 tiene por objeto los artículos 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de asociación) y 14 (no discriminación), no impiden a las partes en el tratado imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

⁵⁵ *Publications of the Court, Série B*, 1960-61, pág. 82.

⁵⁶ *Yearbook of the Convention*, vol. IV, pág. 472.

El artículo 17, que sigue muy de cerca el artículo 30 de la Declaración Universal, tiene por objeto impedir que adherentes a doctrinas o prácticas totalitarias usen las libertades garantizadas en la Convención para destruir precisamente esas libertades. Dice: "Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo, para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o su limitación en mayor medida que la prevista en ella".

Este artículo fue considerado en el caso *Lawless*. En tal oportunidad el Gobierno de Irlanda adujo que *Lawless* se encontraba envuelto o vinculado, al tiempo de su arresto, con las actividades del llamado Ejército Republicano Irlandés y que sus actividades eran de las del tipo referidas en el artículo 17 y, por consiguiente, *Lawless* no podía basar su reclamación en la Convención. La decisión de la Corte sobre el punto fue la siguiente:

"Por cuanto en opinión de la Corte el propósito del artículo 17, en cuanto se refiere a grupos o a individuos, es hacer imposible que se derive de la Convención el derecho a entrar en cualquier actividad o llevar a cabo cualquier acto que tenga por objeto destruir... cualquiera de los derechos y libertades establecidos en la Convención; por cuanto, en consecuencia, ninguna persona debe aprovecharse de la Convención para llevar a cabo actos destinados a destruir estos derechos y libertades; por cuanto esta disposición que es negativa en su alcance, no puede ser construida a *contrario* de privar a una persona física de los derechos fundamentales garantizados en los artículos 5º y 6º de la Convención por cuanto, en este caso *G.R. Lawless* no se ha basado en la Convención para justificar o llevar a cabo actos contrarios a los derechos y libertades reconocidos en ella, sino que ha reclamado de haber sido privado de las garantías otorgadas en los artículos 5º y 6º de la Convención; por lo tanto, de acuerdo a lo antedicho, la Corte no puede aceptar lo solicitado por el Gobierno de Irlanda".⁵⁷

El artículo 18, con que termina la Sección I de la Convención, establece que las restricciones permitidas de acuerdo con la Convención, no deben ser aplicadas con otro fin que aquel para el cual estaban establecidas.

⁵⁷ *Publications of the Court, Série A, Lawless Case (Minutes)*, 1961, pág. 45.

5. Luego de definir los derechos protegidos y sus limitaciones, la Convención establece, particularmente en sus secciones II, III y IV, un mecanismo internacional destinado a garantizarlos. Con este propósito de "asegurar la observancia de las obligaciones acordadas por las Altas Partes Contratantes", según el artículo 19, se crea la Comisión Europea de los Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos. La Convención de Roma también otorga, con el mismo propósito, poderes adicionales a los que establecen otros instrumentos para el Comité de Ministros y el Secretario General del Consejo de Europa.

Analizaremos los poderes conferidos por la Convención a estos órganos y la forma en que son ejercidos.

6. La principal función de la Comisión Europea de Derechos Humanos es investigar supuestas violaciones de la Convención y asegurar, en lo posible, una solución amistosa.

De acuerdo con el artículo 20 la Comisión está compuesta por un número igual de miembros que las Partes Contratantes. Esta disposición difiere de la correspondiente a la Corte, por la que el número de jueces sería igual al de países miembros del Consejo de Europa.

Los miembros de la Comisión son electos de acuerdo con el artículo 21, por el Comité de Ministros, por mayoría absoluta de votos, de una lista preparada por la Oficina de la Asamblea Consultiva sobre la base de candidatos presentados por los grupos nacionales de parlamentarios, en dicha Asamblea.

El mandato de los miembros de la Comisión dura seis años y pueden ser reelectos, según dispone el artículo 22.

El artículo 23 establece la completa independencia de los miembros de la Comisión que "servirán en su capacidad personal"

La sede de la Comisión es Estrasburgo, conjuntamente con el resto del Consejo de Europa.

El ámbito geográfico de la competencia de la Comisión se extiende a los territorios metropolitanos de los Estados Partes y a un cierto número de territorios extra-europeos, de cuya conducción de las relaciones exteriores son responsables aquéllos, siempre que, de acuerdo con el artículo 63, hagan una declaración especial al respecto. Los Países Bajos y Gran Bretaña presentaron tal declaración. El artículo 63, inciso 3º, establece también que la aplicación de la Convención a estos territorios, se hará tomando en cuenta las condiciones locales. En caso de peticiones individuales, el Estado responsable deberá formular una nueva declaración, aparte de la que ya hemos mencionado. Sólo los Países Bajos formularon esa declaración en relación a Surinam; en los otros territo-

rios no metropolitanos declarados sólo es posible recibir reclamaciones inter-estatales.

En relación con el factor tiempo, la Comisión puede considerar sólo asuntos posteriores a la entrada en vigor de la Convención en relación a las Partes, es decir anteriores a 1953.

La competencia de la Comisión se extiende a violaciones por las Partes Contratantes de los derechos establecidos en la Convención y Protocolos Adicionales, pero no a otros derechos humanos que no están mencionados en la Convención.

De acuerdo con el artículo 24, las Partes podrán reclamar ante la Comisión, por conducto del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier infracción que se alegue a lo establecido en la Convención. En caso de reclamaciones inter-estatales el Estado Parte puede alegar violaciones, no sólo con referencia a sus propios nacionales, sino también con referencia a individuos que no son sus nacionales; esto sucedió, por ejemplo, cuando Austria reclamó ante la Comisión, por seis jóvenes de habla alemana, pero nacionales italianos, de la región llamada Alto Adigio o Sur Tirol.

La más revolucionaria y novedosa disposición del Tratado de Roma, es quizá la que se refiere al sistema de petición individual del artículo 25. Conforme con él, cualquier persona, cualquier organización no gubernamental o grupos de individuos, que aleguen ser víctimas de la violación de cualquiera de los derechos establecidos en la Convención tendrán derecho a reclamar ante la Comisión. Este derecho de petición puede ejercerse solamente si la Parte contra la que se dirige el reclamo ha declarado que reconoce la competencia de la Comisión, para recibir tales quejas. En esta declaración los Estados manifestarán que no obstaculizarán en forma alguna el ejercicio efectivo de ese derecho.

Este sistema opcional de petición individual optativo fue una solución de compromiso que se llegó durante la preparación de la Convención entre los que se oponían enteramente a su aceptación lisa y llana y los que entendían que era necesario su establecimiento, para que el sistema funcionara eficazmente.

Las peticiones individuales podrán ser recibidas, de acuerdo con el inciso 4º del artículo 25, sólo después que se hayan recibido seis declaraciones de Estados, reconociendo la competencia de la Comisión para considerarlas. Se alcanzó este número el 5 de julio de 1955. Hasta ahora han aceptado el procedimiento de petición individual trece de los Estados ratificantes, a saber: Austria, Bélgica, Dinamarca, República Fede-

ral de Alemania, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Suiza y Gran Bretaña.

Los reclamos individuales cuentan ya varios miles. En la práctica de la Convención, este derecho de petición individual ha sido la base de la eficacia del sistema creado en Roma en 1950, para la protección de los derechos humanos en Europa.

El procedimiento ante la Comisión se compone de tres etapas: a) Admisión del reclamo por la Comisión, b) Examen por la Subcomisión y c) Examen por la Comisión Plenaria.

La Comisión Plenaria analiza el reclamo, ya sea individual o gubernamental, para decidir si puede o no ser considerado admisible, de acuerdo a las condiciones establecidas en la propia Convención. No existe apelación contra una decisión en esta etapa. Las dos condiciones establecidas en el artículo 26 son: agotamiento de las instancias locales y seis meses de lapso desde esta decisión interna final.

Otras condiciones son las establecidas en el artículo 27. La solicitud no debe ser anónima; no debe ser similar o la misma a otra ya examinada por la Comisión o que esté sometida a un mecanismo internacional de arreglo; no debe ser incompatible con las disposiciones de la Convención; no debe estar mal fundada; ni constituir un abuso del derecho de petición.

De acuerdo con las Reglas de Procedimiento de la Comisión, una petición individual debe ser referida por el Presidente a un grupo de tres miembros, que harán un examen preliminar sobre su admisión. Si el grupo decide recomendar la aceptación del reclamo o si así lo decide la Comisión Plenaria, el Estado demandado puede presentar observaciones sobre el problema de la admisibilidad, por escrito. También pueden celebrarse audiencias orales, sin perjuicio de la penetración escrita del Estado, que siempre es necesaria.

En caso de reclamos de Estado a Estado y de acuerdo con las Reglas de Procedimiento, la solicitud es enviada al otro Estado para que presente sus observaciones. Luego resuelve directamente la Comisión Plenaria.

La segunda etapa del procedimiento consiste en el examen por una Subcomisión de la solicitud admitida.

Luego de esta declaración de admisibilidad, el primer deber de la Comisión, conforme con el artículo 28, es averiguar los hechos y, con este propósito, examinar la solicitud junto a los representantes de las Partes. Puede, si lo estima necesario, hacer una investigación y los Estados interesados deben colaborar proporcionando las facilidades necesarias.

Para llevar a cabo estas funciones, la Comisión establecerá una Subcomisión, conforme con el artículo 29, ante la cual tiene lugar un procedimiento que consiste, no sólo en el examen de las piezas escritas, sino también en llamar a audiencias orales, si se estima conveniente. También puede citar expertos y testigos.

Luego de averiguado los hechos, la Subcomisión debe, de acuerdo con el artículo 28, inciso 2º, ponerse "a disposición de las Partes interesadas, con el objeto de obtener un arreglo amistoso del asunto, sobre la base del respeto a los derechos humanos".

Si se llega a tal acuerdo, el artículo 30 prevé que la Subcomisión hará un informe, que contendrá una breve descripción de los hechos y la solución alcanzada, que es enviada a los Estados interesados, al Comité de Ministros del Consejo de Europa y al Secretario General de dicho Consejo, para su publicación.

Si fracasan los esfuerzos para llegar a un arreglo, comienza la tercera etapa del procedimiento. El caso es enviado a la Comisión en pleno que preparará, de acuerdo con el artículo 31, un informe sobre los hechos y dará su opinión sobre si constituyen una violación de las obligaciones asumidas en la Convención. La opinión de todos los Miembros de la Comisión debe ser expuesta en el informe, que es remitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa y a los Estados interesados, que no están autorizados a publicarlo. La Comisión puede recomendar las propuestas que estime convenientes para la solución del diferendo. Debe recordarse que el procedimiento ante la Comisión no tiene carácter judicial y, en consecuencia, sus decisiones no tienen fuerza obligatoria, sólo se trata de un informe conteniendo una opinión. Sin embargo, la experiencia ha demostrado la gran influencia que el informe ha ejercido en la conducta de los Estados. El informe de la Comisión es de naturaleza confidencial y sólo publicado si el caso es llevado ante la Corte, o si así lo cree conveniente el Consejo de Ministros, o excepcionalmente, por decisión de la Comisión, si el caso es retirado, después de haber sido declarado admisible.

La aprobación del informe de la Comisión es el punto de partida de toda una nueva faz del procedimiento. Dos caminos se abren con el informe transmitido al Comité de Ministros.

El caso puede ser enviado a la Corte Europea de Derechos Humanos, tanto por la Comisión, como por el Estado interesado. De acuerdo con el artículo 47, la Corte sólo podrá conocer el caso después que se hayan agotado los esfuerzos de solución pacífica de la Comisión y dentro

de tres meses del informe. Si el asunto no llega a la Corte tres meses después de la elevación del informe al Comité de Ministros, este órgano puede tomar una decisión sobre el asunto.

Así, pues, hay dos clases de autoridades que pueden tomar decisiones de acuerdo con el sistema de la Convención, en esta etapa del procedimiento: una autoridad judicial, la Corte Europea y una autoridad política, el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

7. La idea primitiva, al comenzar a discutirse la Convención, era crear una Corte Europea, a la que tuviere acceso el individuo. Sin embargo, en el curso de su elaboración, fueron surgiendo los tradicionales conceptos de soberanía del Estado y se suprimió el acceso directo del individuo a la Corte. Fue éste un golpe importante a la idea primitiva, pero, sin embargo, no puede negarse que la creación de la Corte Europea constituye un paso importante en la protección individual de los derechos humanos.

La Corte Europea está compuesta por el mismo número de jueces que los miembros del Consejo de Europa, según su artículo 38. En consecuencia, actualmente hay 18 jueces en el Tribunal.

Los magistrados son elegidos, de conformidad con el artículo 39 de la Convención, por mayoría absoluta, por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de una lista de tres candidatos presentados por los Estados.

Los jueces son elegidos por nueve años y pueden ser reelectos. La sede de la Corte está en Estrasburgo.

Como ya lo hemos señalado la Corte puede asumir jurisdicción, sólo después que el caso le ha sido presentado, dejando de lado la vía del Comité de Ministros. No puede ser asumida de oficio. Los artículos 44 y 48 establecen quiénes son los que pueden llevar un caso ante la Corte. Ambos artículos son en cierto grado repetitivos. El artículo 44 establece que sólo las Altas Partes Contratantes y la Comisión podrán presentar un caso ante la Corte. El artículo 48 detalla aún más quienes pueden llevar un caso, a saber: "a) la Comisión; b) una de las Altas Partes Contratantes cuyo nacional alega ser víctima; c) la Alta Parte Contratante que haya sometido el caso ante la Comisión; d) la Alta Parte Contratante contra quien la demanda haya sido incoada".

Tratándose de Estados, la Corte sólo puede asumir jurisdicción si el Estado en cuestión la ha aceptado. Esta aceptación puede hacerse en dos formas.

De acuerdo con el artículo 46, cualquiera de las Partes Contratantes podrá declarar en cualquier momento y sin convenio especial que reconoce como obligatoria *ipso facto* la jurisdicción de la Corte. Esta declaración puede hacerse en forma incondicional o bajo condición de reciprocidad y por un tiempo determinado.

La otra forma de aceptación consiste en otorgarla en cada caso en particular.

Han aceptado la jurisdicción de la Corte como compulsatoria 14 Estados: Austria, Bélgica, Dinamarca, República Federal de Alemania, Francia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia, Suiza, Gran Bretaña. Los otros miembros deberán aceptar la jurisdicción en cada caso particular.

Del sistema jurisdiccional de la Corte se desprende que individuos o grupos de individuos que están autorizados en la Convención a presentar su solicitud ante la Comisión, no tienen acceso a la Corte. La única posibilidad que tiene el individuo de llevar adelante su reclamo ante la Corte, es por intermedio de la Comisión.

En resumen, para que la Corte asuma jurisdicción, deben darse estas circunstancias: a) debe haber fracasado el arreglo amistoso, b) uno de los Estados interesados o la Comisión, opte por el foro judicial, en vez del político y c) el Estado o Estados interesados deben haber aceptado la jurisdicción de la Corte como compulsoria o haber dado su consentimiento en el caso particular.

El artículo 49 establece que en caso de dudas sobre su jurisdicción, la Corte decidirá.

La competencia de la Corte también se extiende, conforme con el artículo 45, "a todos los litigios relativos a la interpretación y aplicación de la Convención":

La Corte considera cada caso en salas compuestas de siete magistrados, que incluirán siempre un magistrado de la nacionalidad de los Estados que sean partes en el litigio. Las Reglas de Procedimiento establecen que, en algunos casos, puede cederse la jurisdicción en favor de la Corte Plenaria.

Fuera de esta disposición referente a la composición de cámaras de siete jueces, pocos otros artículos de la Convención contienen reglas de procedimiento. Así, el artículo 51 establece que el fallo será motivado y que los magistrados pueden acompañar opiniones disidentes. También el artículo 41 señala que la Corte elegirá su Presidente y Vicepresidente, por un periodo de tres años.

El procedimiento ha quedado establecido en las Reglas de Procedimiento que la Corte aprobó en 1959, de conformidad con el artículo 55 de la Convención.

Las Reglas de la Corte están divididas en dos Títulos. El Título I se refiere a la "Organización y Trabajo de la Corte". Trata de cuestiones tales como el juramento de los jueces e incompatibilidad de funciones, las funciones del Presidente y Vicepresidente, la elección y los deberes del Secretario, la publicidad de las audiencias y el secreto de las deliberaciones de los jueces y otros problemas de funcionamiento. El quórum está compuesto de nueve jueces y las decisiones se toman por la mayoría de los jueces presentes, y si el voto es igual, el presidente desempata. El Capítulo V, del Título I, trata de la constitución de las Cámaras y sigue lo establecido en el artículo 43 de la Convención, en lo referente al nombramiento de jueces substitutos y jueces *ad hoc*.

El Título II se refiere estrictamente al procedimiento ante la Corte. Los lenguajes oficiales son inglés y francés, los fallos se darán en ambos idiomas indicándose el texto auténtico. El procedimiento se divide normalmente en dos partes: la parte escrita, en que las Partes y la Comisión intercambian memorias, petitorios y réplicas y la parte oral, en que el caso es examinado en audiencias en presencia de las Partes y los delegados de la Comisión, que tienen lugar en público, a menos que la Corte decida otra cosa.

La regla 48 aclara el problema del envío del caso por la Cámara a la Corte Plenaria. Establece que la Cámara podrá referir el asunto si tiene serias dudas sobre la interpretación de la Convención, lo que sin duda tiene lugar cuando la Cámara se ve obligada a dar un fallo inconsistente con otro anterior. Una vez enviado el problema a la Corte Plenaria ésta puede decidir si falla sólo en la cuestión de interpretación y devolver el expediente a la Cámara o dar su fallo sobre la totalidad de la cuestión. Si no fuera por estos casos dudosos, la Corte Plenaria no tendría otra función que elegir Presidente y Vicepresidente y adoptar las Reglas de Procedimiento.

De acuerdo con la Regla 53 cualquiera de los Estados Partes en el procedimiento o la Comisión, puede pedir un fallo interpretativo de una sentencia ya pronunciada, dentro de un plazo de tres años.

Las reglas más interesantes de analizar son, sin duda, aquellas que regulan la relación entre la Comisión y la Corte. La Convención, como ya lo hemos visto, solamente establece que la Corte considerará el caso si han fracasado los esfuerzos de la Comisión para llegar a un arreglo, en

cuyo caso el informe de la Comisión es enviado al Comité de Ministros y a las Partes interesadas, pero no es publicado. El problema es si la Corte debe o puede recibir el informe de la Comisión o más aún, si puede o no tener conocimiento o recibir copia de las actuaciones que han tenido lugar ante la Comisión. La regla 29 faculta a la Comisión a delegar a uno o más de sus miembros a tomar parte en la consideración del caso ante la Corte y agrega "la Corte debe, ya sea que el caso le sea enviado por una Parte Contratante o por la Comisión, tomar en consideración el informe de esta última".

La Comisión está normalmente representada ante la Corte por tres delegados.

El peticionario individual, como ya hemos mencionado, nunca puede apelar un caso ante la Corte. Esto no significa que esté ausente del procedimiento: así, por ejemplo, ciertas disposiciones de las Reglas de Procedimiento hacen posible al individuo ser oído como testigo. Pero en cuanto a la defensa de sus derechos debe confiar en la Comisión. Esta cuestión de la posición del individuo frente a la Comisión y a la Corte fue discutida en el caso *Lawless*, en su primera etapa y las decisiones de 14 de noviembre de 1960 y del 7 de abril de 1961 clarificaron bastante la cuestión. En su sentencia sobre las objeciones preliminares del gobierno irlandés, la Corte sostuvo que la Comisión tenía derecho a obtener y comunicar a la Corte la opinión del peticionario acerca del informe de la Comisión, así como cualquier otra opinión que la Comisión hubiera obtenido del reclamante en el curso del procedimiento.

Aun cuando el caso esté ya presentado ante la Corte, es susceptible de un arreglo amistoso. La Corte puede aceptarlo y darlo por terminado si dicho arreglo está basado en el respeto a los derechos humanos.

El sistema normal de terminar el asunto es, por supuesto, la sentencia, que será definitiva.

La Corte puede decidir conforme con el artículo 50, si ha habido violación de la Convención, por una decisión de autoridad judicial local u otra autoridad de las Partes Contratantes, en cuyo caso dará "una justa satisfacción a la parte perjudicada", si "la ley interna de dicha Parte permite hacer solamente una reparación parcial". Es curioso que ésta sea la única disposición de la Convención, sobre lo que la Corte puede decidir. Es lógico preguntarse si puede decidir otras medidas para remediar la situación o qué sucede en caso en que sea posible obtener una reparación total por medio de la aplicación de la ley interna, o si ésta no tiene algún mecanismo adecuado al respecto.

En cuanto al efecto de la sentencia, el artículo 53 establece que las Altas Partes Contratantes se comprometen a cumplir con las decisiones de la Corte. El artículo 54 agrega que el Comité de Ministros supervisará su ejecución. En consecuencia, este órgano político del Consejo de Europa decidirá qué acción tomar en caso que un Estado se niegue a cumplir con una sentencia. El Comité no tiene, por supuesto, fuerzas a su disposición para llevar a cabo dicha ejecución, pero puede, ante la contumacia de dicho Estado, suspenderlo en su condición de Miembro del Consejo de Europa, de acuerdo con el artículo 8º del Estatuto.

Tanto la Comisión, como la Corte, aunque en un grado menor, han decidido numerosas quejas de violación de derechos humanos. Se cuentan por miles el número de peticiones que han sido presentadas.

De acuerdo con el Segundo Protocolo, la Corte puede emitir también opiniones consultivas, a petición del Consejo de Ministros, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos, pero "no pueden referirse a las cuestiones que traten del contenido o de la extensión de los derechos y libertades definidas en el Título I del Convenio y en sus Protocolos, ni a las demás cuestiones que en virtud de un recurso previsto en el Convenio podrían ser sometidas a la Comisión, al Tribunal o el Comité de Ministros".

8. El Comité de Ministros, el verdadero órgano intergubernamental del Consejo de Europa, interviene en el procedimiento previsto en la Convención, si un caso que ha sido considerado por la Comisión, no es enviado a la Corte.

Existe una posibilidad real de una acción ante el Comité de Ministros, porque no todos los Estados han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte y, en consecuencia, pueden elegir la vía del Comité. Por otra parte, debe recordarse que tampoco la Comisión está obligada a elevar el asunto a la Corte y puede preferir el otro órgano.

Cuando ejerce sus poderes, de acuerdo con la Convención, el Comité de Ministros tiene en esta ocasión la misma composición que cuando toma otro tipo de decisiones. Sin embargo, estas decisiones son adoptadas por dos tercios de votos, de acuerdo con el artículo 32 de la Convención y no por unanimidad, como en los otros casos, cuando actúa de acuerdo con su Estatuto.

Si el Comité decide, según el mismo artículo 32, que ha habido una violación, fijará un periodo durante el cual el Estado debe tomar las medidas "que se requieran, de acuerdo a la decisión de la Comisión"

Si el Estado que ha violado la Convención, no toma estas medidas, el Comité debe decidir "qué efecto debe dar a su decisión original". Este efecto no está definido en el artículo 32. La Convención sólo especifica una forma de sanción: publicar el informe. Las Partes en la Convención se comprometen a considerar como obligatorias las decisiones del Comité.

En 1959 y 1961 el Comité de Ministros estableció algunos lineamientos generales en materia de procedimiento, cuando consideró un informe de la Comisión, enviado conforme con el artículo 32 de la Convención. Esta decisión se tomó *in abstracto*, en 1969, porque no había en este momento ningún asunto ante el Comité. Las reglas generales adoptadas son las siguientes: 1. Si el Presidente del Consejo de Europa es nacional de un Estado que sea Parte en los procedimientos, dejará la Presidencia durante la discusión del informe; 2. Todos los Estados Miembros del Consejo de Europa participan del procedimiento ante el Comité, hayan o no ratificado la Convención de Roma; 3. Las Partes en la disputa mantienen su derecho de voto; 4. Respecto del derecho del Estado Parte en la disputa de presentar observaciones al informe del Comité, se decidió que el Presidente debía obtener la opinión del representante de dicho Estado acerca del procedimiento a seguir y el Comité debe especificar en qué orden y con qué plazos van a recibirse memorias, contramemorias y otros documentos; 5. El Comité puede requerir información adicional a la Comisión acerca del informe transmitido.

El Comité de Ministros de Relaciones Exteriores ha actuado en varios casos.

9. La descripción del mecanismo de protección de derechos humanos no sería completa si no se hiciera referencia a una cláusula que ha probado ser de gran importancia para la protección de los derechos humanos en Europa. De acuerdo con el artículo 57 de la Convención, "a solicitud del Secretario General del Consejo de Europa, cualquiera de las Partes Contratantes suministrará una explicación sobre la forma que la ley interna asegura la aplicación efectiva de todas las disposiciones de la Convención".

Esta facultad del Secretario ha sido utilizada en algunas oportunidades.

10. Sólo unos pocos derechos económicos, sociales y culturales fueron considerados en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales. Como ya lo hemos señalado, el artículo 4º prohíbe el trabajo forzado o compulsorio, el artículo 11 protege la libertad de asociación, el artículo 14 prohíbe la discriminación y los artículos

1º y 2º del Primer Protocolo tratan del derecho a la propiedad y a la educación. Como es fácil observar, esta lista no da una protección completa a los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Miembros del Consejo de Europa. La razón principal fue la decisión de tratar el asunto por etapas, comenzando por los derechos civiles y políticos.

Recién en 1954 el Comité de Ministros propuso la preparación de una Carta Social Europea, complementaria de la Convención. La Carta Social fue firmada en Turin en 1961.

La Parte I de la Carta contiene una declaración general por la que las Partes Contratantes "aceptan como objetivo de su política, que debe ser alcanzado por los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el logro de condiciones por las cuales los siguientes derechos pueden ser efectivamente garantizados". Los derechos enumerados son los siguientes: 1. Derecho al trabajo en una ocupación libremente elegida; 2. Derecho a condiciones de trabajo justas; 3. Derecho a condiciones de trabajo sanas y saludables; 4. Derecho a una remuneración adecuada; 5. Derecho a organizarse; 6. Derecho a las negociaciones de trabajo colectivas; 7. Derecho de los niños y los jóvenes a la protección; 8. Derecho de las mujeres empleadas a protección especial, en caso de maternidad; 9. Derecho a la orientación vocacional; 10. Derecho al entrenamiento vocacional; 11. Derecho a la protección de la salud; 12. Derecho a la seguridad social; 13. Derecho a la asistencia médica y social; 14. Derecho a los servicios de asistencia sociales; 15. Derecho de los lisiados a entrenamiento especial y rehabilitación; 16. Derecho a la protección económica, social y legal de la familia; 17. Derechos de madres y niños a la protección social y económica; 18. Derecho a ganar su sustento en otro país; 19. Derecho de los trabajadores inmigrantes y sus familias a la protección y la asistencia.

La Parte II contiene obligaciones más precisas que las partes asumen con relación a los derechos enunciados. Así, para traer un ejemplo, el artículo 12 dispone que las Partes Contratantes se comprometen a establecer o mantener un sistema de seguridad a un nivel satisfactorio por lo menos igual al requerido por la ratificación de la Convención Nº 102 de la O.I.T. sobre Minimums Standards de Seguridad Social y también se comprometen a levantar progresivamente el sistema a un nivel más alto. También establece el artículo 12 que las Partes Contratantes tomarán medidas para asegurar a los nacionales de las otras Partes Contratantes un tratamiento igual en lo concerniente a seguridad social que a sus propios nacionales.

Lo enumeración detallada de los compromisos con referencia a diferentes derechos en la Parte II no significa que todos ellos sean aceptados por la Parte Contratante al ratificar la Carta. La Parte III contiene disposiciones que permiten la aplicación progresiva de los artículos, dentro de un sistema bastante complicado.

El artículo 20, que constituye la Parte III y que se titula Compromisos, enumera siete derechos que considera de particular importancia, a saber: el derecho a trabajar, el derecho a organizarse, el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, el derecho a la protección especial a la familia y el derecho de los trabajadores inmigrantes y sus familias a la protección y a la asistencia.

Las Partes Contratantes deben acordar obligarse, por lo menos, en cinco de estos derechos recién mencionados, al tiempo de la ratificación. Además, deberán obligarse a garantizar cinco más, conforme con las obligaciones mencionadas en la Parte II. También es posible aceptar diez artículos *in toto*.

La Parte IV de la Carta trata de las medidas de aplicación, que difieren sustancialmente de las previstas en la Convención. Consisten en esencia, en un sistema de informes de los gobiernos, que son examinados por diversos órganos, al menos uno de los cuales está compuesto por expertos independientes. También existen disposiciones para escuchar a organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, así como su participación, en capacidad consultiva de representantes de la O.I.T.

El sistema de presentación de informes por los Gobiernos y su examen por un cuerpo independiente de expertos, se basa en el sistema de la O.I.T. en cuanto al control del cumplimiento de las Convenciones Internacionales del Trabajo, adaptadas a las condiciones especiales del Consejo de Europa.

El sistema de control establecido en la Carta es complicado y tiene varias etapas que describiremos brevemente: 1. Determinación por el Comité de Ministros de la forma de los informes que presentarán las Partes Contratantes; 2. Presentación de los informes por las Partes Contratantes; 3. Comunicación de los informes a las organizaciones nacionales de empleadores y trabajadores para su comentario; 4. Examen de los informes y comentarios por un comité de expertos independientes, incluyendo un representante de la O.I.T.; 5. Examen de los informes, comentarios y conclusiones del comité de expertos independientes por

un comité gubernamental; 6. Consulta a la Asamblea Consultiva; 7. Recomendaciones del Comité de Ministros a las Partes Contratantes.

130h. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. — 1. La Carta de la O.E.A., adoptada en Bogotá en 1948, no fue modificada en el Protocolo de Buenos Aires de 1967, en lo concerniente a las normas básicas destinadas a la promoción y protección de los derechos humanos.

El Preámbulo de la Carta declara en su párrafo 3º la necesidad de consolidar, "dentro del marco de las instituciones democráticas, el régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". En el artículo 5º (antes 3º) relativo a los Principios de la Organización, reafirma, en su inciso *d*) que la solidaridad y los altos fines que persiguen los Estados Americanos requieren una organización política "sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa", en su inciso *h*) que "la justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera", en su inciso *f*) proclama "los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo" y en inciso *l*) reafirma que "la educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz". Tampoco fue modificado en Buenos Aires el texto del artículo 16 (antes 13) que establece el derecho de cada Estado "a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica" y agrega: "En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal".

El Protocolo de Buenos Aires modificó sustancialmente las normas económicas, sociales y de la educación, la ciencia y la cultura en los capítulos VII, VIII y IX, respectivamente, de la nueva Carta y se agregaron un conjunto de nuevos artículos que proclamaron estos derechos, que los Estados americanos se comprometían a respetar, garantizar y promover. La Carta de la O.E.A. contiene, pues, en estos capítulos, una verdadera declaración de derechos económicos, sociales y culturales, pero carece de un mecanismo de aplicación; en cuanto a los derechos civiles y políticos la Novena Conferencia Interamericana de Bogotá, de 1948, adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y posteriormente, en 1969, se aprobó en Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamado "Pacto de San José de Costa Rica".

2. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada pocos meses antes que la Declaración Universal de las Naciones Unidas y como ésta tiene un mero valor inspirativo y educativo, establece las metas básicas a que se debe aspirar en América en esta materia.

El Preámbulo de la Declaración Americana señala claramente su característica de paso intermedio, hacia futuros instrumentos de naturaleza obligatoria; dice así: "que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución" y agrega que "la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unidos a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados Americanos consideran adecuados a las actuales circunstancias..."

Los derechos enumerados en la Declaración son variados. Están los derechos fundamentales civiles y políticos, a saber: 1. El derecho a la vida, la libertad, a la seguridad, o a la integridad de la persona (art. 1º); 2. Derecho de igualdad ante la ley (art. 2º); 3. Derecho a la libertad religiosa o de cultos (art. 3º); 4. Derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. 4º); 5. Derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia (art. 10); 6. Derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica y a los derechos civiles (art. 17); 7. Derecho a la justicia (art. 18); 8. Derecho de nacionalidad (art. 19); 9. Derecho del sufragio y de participación en el Gobierno (art. 20); 10. Derecho de reunión (art. 21); 11. Derecho de asociación (art. 22); 12. Derecho de petición (art. 24); 13. Derecho de protección contra la detención arbitraria (art. 25); 14. Derecho a proceso regular (art. 26); 15. Derecho a la protección, a la honra, a la reputación personal y a la vida privada y familiar (art. 5º); 16. Derecho de residencia y tránsito (art. 8º).

Un segundo tipo de derechos tiene por objeto proteger ciertos objetivos económicos y sociales, a saber: 1. Derecho a la educación (art. 12); 2. Derecho al trabajo y a una justa remuneración (art. 14); 3. Derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. 15); 4. Derecho a la seguridad social (art. 16); 5. Derecho de propiedad (art. 23); 6. Derecho a la constitución y a la protección de la familia (art. 6º); 7. Derecho de protección a la maternidad y a la infancia (art. 7º); 8. Derecho a la preservación de la salud y el bienestar (art. 11); 9. Derecho a los beneficios de la cultura (art. 13).

Como su título lo indica, la Declaración no sólo concierne a los derechos de los individuos, sino también a sus deberes, que están enumerados en su capítulo II. El preámbulo del instrumento indica: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos" y agrega: "Derechos y Deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre".

Los deberes enumerados en la Declaración pueden dividirse en sociales, políticos y económicos. En la primera categoría están: 1. Deber ante la sociedad (art. 29); 2. Deberes para con los hijos y los padres (art. 30); 3. Deberes de instrucción (art. 32); 4. Deber de servir a la comunidad y a la nación (art. 34); y 5. Deberes de asistencia y seguridad sociales (art. 35). Los dos deberes económicos son: 1. Deber de pagar impuestos (art. 36) y 2. Deber de trabajar (art. 37). Los deberes políticos enumerados son los siguientes: 1. Deberes de sufragio (art. 32); 2. Deber de obediencia a la ley (art. 33) y 3. Deber de abstenerse de actividades políticas en país extranjero (art. 38).

Es éste quizás el único instrumento internacional que contiene un capítulo destinado a los deberes del individuo, basado en la idea que cada individuo tiene responsabilidades en la sociedad en que vive. Sin embargo, esta enumeración de deberes parece estar fuera de lugar en un instrumento cuyo propósito principal es proteger los derechos humanos, porque un sistema con tal objetivo, en el plano internacional, parte de la premisa que el individuo no puede resistir la fuerza avasalladora del Estado y debe tener abierto un mecanismo supra-estatal para garantizar estos derechos básicos. Más aún, el Estado tiene generalmente en su poder todos los resortes para hacer cumplir fielmente al individuo con sus deberes frente a la sociedad que pertenece. Por otra parte, un Estado necesitado de infringir los derechos del individuo, puede invocar como pretexto que éste no ha cumplido con sus correlativos deberes.

En la misma Novena Conferencia Interamericana se aprobó la Resolución XXIX que contenía la "Carta Internacional Americana de Garantías Sociales", referente a derechos económicos y sociales.

3. Sobre la base de un proyecto elaborado en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, otros presentados en 1965, por Chile y Uruguay a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, y un cuarto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 1967, se aprobó, en 1969, en Costa Rica la Convención Americana de Derechos Humanos. Este tratado tiene disposiciones similares a la Convención Europea y a los pactos de Naciones Unidas, pero presenta algunas características propias, que merecen ser analizadas.

El Preamble reafirma el propósito de afirmar un régimen de libertad personal y justicia social, "dentro del cuadro de las instituciones democráticas" y que los derechos esenciales del hombre no nazcan de su condición de nacional de un Estado determinado, sino de los atributos de la persona humana y recuerda que en la Tercera Conferencia Interamericana, de 1967, en Buenos Aires, se resolvió que una convención especial determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de la protección de los derechos humanos.

La Convención se divide en dos Partes. La primera dedicada a los "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y la segunda a "Medios de la Protección".

Las obligaciones que asumen las Partes en la Convención están determinadas en los artículos 1º y 2º, que en realidad son la base jurídica de la Convención.

Por el artículo 1º las Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en el instrumento, "a toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación". Pero, además, por el artículo 2º también se comprometen a adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para hacer efectivos los derechos de la Convención. Esta última norma no está contenida ni en los Pactos o la Convención Europea.

Los derechos contemplados en la Convención Americana son: 1. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3º); 2. Derecho a la vida (art. 4º); 3. Derecho a la integridad personal (art. 5º); 4. Prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6º); 5. Derecho a la libertad personal (art. 7º); 6. Derecho a garantías judiciales (art. 8º); 7. Principio de la irretroactividad de la ley penal (art. 9º); 8. Derecho a indemnización en casos de error judicial (art. 10); 9. Derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad (art. 11); 10. Libertad de Conciencia y de religión (art. 12); 11. Libertad de pensamiento y de expresión (art. 13); 12. Derecho de rectificación o respuesta (art. 14); 13. Derecho de reunión (art. 15); 14. Libertad de asociación (art. 16); 15. Protección de la familia (art. 17); 16. Derecho al nombre (art. 18); 17. Derechos del niño (art. 19); 18. Derecho a la nacionalidad (art. 20); 19. Derecho a la propiedad privada (art. 21); 20. Derecho de circulación y de residencia (art. 22); 21. Derechos políticos (art. 23); 22. Derecho a la igualdad ante la ley (art. 24); 23. Derecho a la protección judicial (art. 25).

Aunque está inspirada la Convención Americana en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el campo de protección es más amplio,

como se desprende de la mera enumeración que hemos hecho, pero más aún del texto de los artículos mismos. Pero también se dejan de lado algunos derechos importantes, como el de libre determinación de los pueblos.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, la Convención contiene sólo el artículo 26, en el que las Partes se comprometen a adoptar medidas para lograr en forma progresiva la plena efectividad de los derechos que se establecen en las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura en la Carta reformada de la O.E.A.

El Capítulo III contiene normas de orden general, es decir aplicables a todos los derechos substantivos reconocidos. Quizás el artículo 27 es el más importante de todos y se refiere a la "Suspensión de Garantías"; establece que en casos de guerra, peligro público o de otra amenaza a la independencia y seguridad del Estado Parte se podrá adoptar, temporalmente, disposiciones para suspender las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, con excepción del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de la retroactividad de la ley penal, principio de la libertad de conciencia y religión, protección de la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad y derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de estos derechos.

El artículo 28 tiende a asegurar que en un Estado federal, las entidades componentes de la federación, adopten disposiciones para el cumplimiento de la Convención. El artículo 29 contiene normas de interpretación tendientes a favorecer una interpretación restrictiva que no permita, por esta vía, limitar el goce de los derechos reconocidos en la Convención.

El Capítulo V dispone, en su único artículo 32, que toda persona tiene deberes hacia "la familia, la comunidad y la humanidad" y que los derechos de cada uno están limitados por los derechos de los otros, la seguridad de todos y las exigencias del bien común.

Las medidas de aplicación, descriptas en la Parte II de la Convención, están a cargo de dos órganos, uno ya existente y previsto en la Carta de la OEA, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otro nuevo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 112 de la Carta reformada de la OEA establece que una convención americana determinará la estructura, competencia y procedimientos de la Comisión y de "otros órganos encargados" de los dere-

chos humanos. Las disposiciones actuales que regulan el funcionamiento de la Comisión los veremos más adelante, nos referimos ahora exclusivamente a las disposiciones de la Convención. Nada se dispone en la Carta de la OEA sobre la Corte, salvo la fórmula general ya citada.

La Comisión continuará compuesta de siete personas, elegidas por la Asamblea General de la OEA de listas preparadas por los gobiernos que servirán en su capacidad personal, no como representantes de los gobiernos, durante cuatro años. No habrá dos miembros del mismo Estado y pueden ser reelectos por una sola vez. La Comisión puede preparar su propio Estatuto, para aprobación de la Asamblea y será asistida por servicios especiales de la Secretaría de la O.E.A. (arts. 34 a 40).

En cuanto a sus funciones, la Comisión seguirá teniendo la responsabilidad general de promover la observancia y la promoción de los derechos humanos, conforme con su artículo 41, que reproduce el artículo 9º de su Estatuto actual.

Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, las partes se obligan en el artículo 42, a enviar copia de los informes que remitan el Consejo Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura a la Comisión a fin de que vele para la promoción de estos derechos.

Las Partes se obligan, en el artículo 43, a proporcionar las informaciones a la Comisión que ésta solicite sobre la manera que se asegura en el derecho interno la aplicación efectiva de las disposiciones de la Convención.

La Comisión tiene competencia, según el artículo 44, para recibir y considerar peticiones de personas, grupos de personas o entidades no gubernamentales que contengan quejas de violaciones de la Convención por un Estado. También tiene competencia, por el artículo 45, para admitir y examinar denuncias de Estado contra Estado, siempre que ambos hayan reconocido dicha competencia para considerar tal tipo de comunicaciones, al tiempo del depósito del instrumento de ratificación o posteriormente. La declaración puede hacerse por tiempo indefinido, por periodo preciso o para casos determinados. Es decir, la declaración puede, no sólo hacerse para casos futuros, sino también al presentarse la denuncia de otro Estado y para ese caso.

Como podemos comparar, el sistema de la Convención Americana, difiere substancialmente del Convenio Europeo. Es precisamente lo contrario. En este último es necesario la declaración especial para que la Comisión pueda recibir peticiones individuales, la que no es necesaria

para la queja de Estado a Estado. La Convención Americana sigue el sistema del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a comunicaciones de Estados, pero difiere en cuanto a las peticiones individuales, que también necesitan consentimiento previo de la competencia en su Protocolo Facultativo adjunto.

Las peticiones presentadas deben llenar una serie de requisitos, del cual el más importante es el agotamiento de los recursos internos, salvo que no exista en la legislación interna debido proceso legal, para la protección de los derechos, cuya violación se alega o que se haya impedido al perjudicado agotar los recursos o que haya retardo injustificado en la decisión interna. Entre otros requisitos, los artículos 46 y 47 agregan el plazo de seis meses desde la decisión definitiva interna, que esté debidamente identificado el peticionante o que sea infundada o improcedente la comunicación.

El procedimiento ante la Comisión está descripto en los artículos 48 a 51 de la Convención.

Una vez admitida la queja, la Comisión debe pedir informes al Estado en cuestión, que deberá contestar dentro de un plazo razonable, que fija la Comisión. Recibidas estas comunicaciones deberá decidir si subsisten o no los motivos de la petición, si han desaparecido o no existieron, se mandará archivar las actuaciones. Si, por el contrario, la Comisión decide continuar con el procedimiento podrá realizar una investigación y pedir al Estado interesado la información pertinente y se pondrá a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa.

Si se logra tal solución preparará un informe que será comunicado a los interesados y después publicado.

Si la solución no se logra, la Comisión preparará un informe que será enviado a los Estados interesados, que no podrán publicarlo. El informe podrá contener proposiciones y recomendaciones. Si en tres meses, el asunto no se ha solucionado o sometido a la Corte por la Comisión o el Estado interesado, la Comisión emitirá su opinión, hará recomendaciones y fijará un plazo para que el Estado tome medidas para remediar la situación.

Transcurrido el plazo que fija la Comisión y si estas medidas no han sido tomadas, decidirá si publica o no el informe.

Uno de los problemas más difíciles de interpretación es la facultad de la Comisión al realizar investigaciones, de entrar en el territorio del Estado objeto de la queja. La terminología del artículo 48, inciso d) en una fórmula ambigua, parece inclinarse por la necesidad del permiso

previo. Dice: "Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias". La historia legislativa del artículo confirma la interpretación restrictiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estará formada, de acuerdo con el artículo 52 de la Convención, por siete personas elegidas a título personal. La elección tendrá lugar en la Asamblea General de la OEA, pero intervendrán solamente los Estados Partes en la Convención y esos mismos Estados son los que propondrán los candidatos. El mandato de los jueces dura seis años y pueden ser reelectos una sola vez. El artículo 55 prevé la posibilidad del nombramiento de jueces *ad hoc*, cuando no haya jueces de la nacionalidad de una de las partes en el tribunal.

La Corte tendrá una Secretaría, preparará su Estatuto para aprobación de la Asamblea General de la O.E.A. y dictará su reglamento.

En cuanto a su competencia, la Convención establece en el artículo 61 que "sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte", previo agotamiento de los procedimientos ante la Comisión. No hay recurso directo del individuo ante la Corte, el mismo sistema de la Convención Europea.

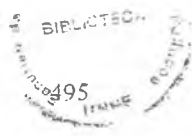
La competencia de la Corte está sometida al sistema de la aceptación de la cláusula opcional por los Estados; puede darse el consentimiento bajo condición de reciprocidad, incondicionalmente y también para un caso concreto.

Si la Corte decide que ha habido violación de uno de los derechos enumerados en la Convención, podrá disponer, según el artículo 63, que se garantice al lesionado el goce de los derechos conculcados y, de ser posible, que se reparen las consecuencias y se pague una justa indemnización.

La Corte podrá también en casos graves y urgentes, tomar medidas provisionales para evitar daños irreparables.

Los fallos deben ser motivados y serán definitivo e inapelables y las Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte.

La Corte tiene también, conforme con el artículo 64, la facultad de dar opiniones consultivas en cuanto a la interpretación de la Convención y otros tratados interamericanos de derechos humanos, a pedido de todos los órganos enumerados con el artículo 51 de la Carta de la O.E.A., es decir la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los Consejos, el Comité Jurídico Interamericano,



la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados.

La independencia de la Corte está asegurada al otorgar la Convención a los jueces el goce total de inmunidades y privilegios diplomáticos (art. 70); al establecer que hay incompatibilidad entre la función de juez y otras actividades que afecten su independencia e imparcialidad (art. 71) y el privilegio de establecer su propio presupuesto, que no podrá ser modificado por la Asamblea General de la O.E.A. (art. 72).

En cuanto a las cláusulas finales, debe destacarse que la Convención permite reservas, dentro del régimen de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, es decir, estableciendo un régimen aún más flexible que el que estaba en vigor en el sistema interamericano de 1969.

El Tratado establece que entrará en vigor cuando once Estados depositen sus instrumentos de ratificación o adhesión. El 18 de julio de 1978 el instrumento entró en vigor. Los Estados partes hasta esa fecha eran Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, República Dominicana, Venezuela y Granada, último Estado en ratificar.

Todo indica, sin embargo, que la Comisión Interamericana de Derechos será, por un largo tiempo, el órgano del sistema interamericano encargado del sistema de promoción y protección de los derechos humanos y de él pasamos a ocuparnos.

4. La 5ª Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores reunida en Santiago de Chile en 1959, resolvió en la Resolución VIII, Parte II, crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta de siete miembros, elegidos por el Consejo de la O.E.A., "encargada de promover el respeto a tales derechos". El Consejo quedó encargado de organizar la Comisión y fijaría sus atribuciones específicas.

En cumplimiento de este mandato el Consejo de la O.E.A. aprobó en 1960 el Estatuto de la Comisión, que fue modificado en la Segunda Conferencia Extraordinaria Americana de Rio, en 1965, ampliando y fortaleciendo las facultades de la Comisión.

De acuerdo con su Estatuto la Comisión tiene el carácter de "entidad autónoma" y su fin es "promover el respeto de los derechos humanos" (art. 1º). El artículo 2º señala que a los fines del Estatuto deben entenderse por derechos humanos "los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

La Comisión está integrada por siete miembros nacionales de Estados de la O.E.A. que deberán ser personas de "alta autoridad moral y de

reconocida versación en materia de derechos humanos". Los miembros asumen una representación colectiva, pues "representarán a todos los países que integran la O.E.A. y actuarán en su nombre" (art. 3º).

Los miembros son elegidos por el consejo de la O.E.A., sobre la base de ternas que presentan los Gobiernos, por mayoría absoluta de votos, entre los que obtengan el mayor número (arts. 4º y 5º).

El mandato se extiende a cuatro años. Los miembros eligen un Presidente y un Vicepresidente cada dos años (art. 6º).

Las reuniones se pueden celebrar en uno o dos periodos, con un total de 8 semanas. También pueden celebrarse reuniones extraordinarias, si las convoca el Presidente o la mayoría de los miembros (art. 11b).

La sede de la Comisión es la Unión Panamericana en Washington, pero podrán realizarse reuniones en otras ciudades (art. 11 a).

La Secretaría de la OEA facilita los servicios de la Comisión (arts. 14 y 14 bis). La Comisión adopta su propio reglamento (art. 15).

El Estatuto aprobado por el Consejo en 1960 otorgó, en el artículo 9º, las siguientes funciones a la Comisión.

"a) Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.

b) Formular las recomendaciones en caso que lo estime conveniente, a los Gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de estos derechos;

c) Preparar los estudios e informes que considere convenientes en el desempeño de sus funciones;

d) Encarecer a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informaciones sobre las medidas que adopten en el orden de los derechos humanos;

e) Servir de cuerpo consultivo de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos humanos".

La limitación de estas facultades está enunciada en el artículo siguiente que establece que "en cumplimiento de su mandato, la Comisión se ajustará a las disposiciones pertinentes de la Carta de la Organización y tendrá singularmente presente que, conforme a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los derechos de cada

hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático"

En su primer período de sesiones, en 1960, la Comisión estudió el alcance de la competencia fijada en el artículo 9º de su Estatuto. Luego de un análisis de sus facultades estimó que en los incisos *a)*, *c)*, *d)* y *e)* había quedado perfectamente definida su competencia, pero no así respecto del inciso *b)* y que era necesario discutirlo en todos sus aspectos. Los debates mostraron dos tendencias, una parte de la Comisión interpretó estrictamente el inciso, en el sentido que esas recomendaciones se podían formular a los Estatutos americanos en general, sin que pudiera hacerse a los Estados en particular. Otros miembros entendieron que era necesario dar una interpretación amplia al texto en el sentido de que en caso de violaciones generales, las recomendaciones podían dirigirse a todos los Estados americanos y en caso de violaciones en lugares determinados, al Estado en particular.

Después de considerar detenidamente el inciso, la Comisión acordó que el artículo 9º *b)* la facultaba para "formular recomendaciones generales, tanto a todos los Estados Miembros, como a cada uno de ellos, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas adecuadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos"

Es decir, que la interpretación dada al inciso *b)* conjuntamente con lo dispuesto en el resto del artículo 9º, favoreció la competencia de la Comisión para examinar la situación de los derechos humanos en los países americanos donde se produjeran violaciones flagrantes y reiteradas de estos derechos, para solicitar de los Gobiernos respectivos las informaciones del caso y, cuando lo estimare conveniente, la anuencia para trasladarse a su territorio, para formularle las recomendaciones pertinentes y, finalmente, para preparar los informes correspondientes.

Uno de los puntos más importantes relativo a su competencia que estudió la Comisión fue el de las comunicaciones y reclamaciones, es decir, si la Comisión de acuerdo con su Estatuto, estaba facultada para tomar una decisión individual sobre las reclamaciones o comunicaciones que le fueran dirigidas a propósito de una violación de derechos humanos. Sobre este asunto, la Comisión declaró, en su primera reunión, "que, conforme con su Estatuto no estaba facultada para tomar ninguna decisión individual respecto a las comunicaciones o reclamaciones suscriptas que reciba a propósito de violación de derechos humanos, sin

perjuicio de que la Comisión las conozca a título informativo para el más eficaz cumplimiento de sus funciones". Se decidió que la Secretaría distribuiría a los miembros de la Comisión una lista de las comunicaciones recibidas y acusaría recibo, manifestando a los interesados que serían consideradas de acuerdo con las facultades definidas más arriba, es decir, a título informativo. Por último, serían distribuidas a los Gobiernos interesados, cuando así lo dispusiera la Comisión o el Presidente durante su receso. La Comisión incorporó esta Resolución a su reglamento.

Sobre la base de estas normas actuó la Comisión de 1960 a 1965, oportunidad en que sus facultades fueron ampliadas por la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, de Rio de Janeiro, de noviembre de 1965.

Desde la iniciación de sus actividades había sido el propósito de la Comisión que se le otorgara poder para examinar comunicaciones o reclamaciones dirigidas por cualquier persona o grupo de personas o asociaciones respecto violaciones graves de derechos humanos. Así, en su primera reunión, acordó enviar al Consejo de la O.E.A. un proyecto de Estatuto, en tal sentido.

Dentro de esta tendencia, la Octava Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, que se reunió en Punta del Este, en enero de 1962, en su Resolución IX, recomendó al Consejo de la O.E.A. la reforma del Estatuto de la Comisión, a fin de ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades, para cumplir eficazmente sus fines.

La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, por Resolución XXII titulada "Ampliación de las facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos" modificó el Estatuto de 1960, como sigue: *a)* reiteró la competencia de la Comisión para velar por la observancia de los derechos humanos fundamentales "en cada uno de los Estados Miembros de la Organización" Esta frase terminó con la polémica de interpretación de 1960; *b)* solicitó de la Comisión que "preste particular atención" a la observancia de los siguientes derechos mencionados en la Declaración Americana: derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. 1º), derecho a la igualdad ante la ley (art. 2º), derecho de libertad religiosa y de culto (art. 3º), derecho a la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. 4º), derecho de justicia (art. 18), derecho de protección contra la protección arbitraria (art. 25) y derecho a proceso regular (art. 26); *c)* autorizó a la Comisión para "que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier otra información disponible, para que se dirija al Gobierno de

cualquiera de los Estados Americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos"; *d)* solicitó finalmente de la Comisión que rinda un informe anual a la Conferencia Interamericana o la Reunión de Consulta con el objeto de que puedan examinarse anualmente, a nivel ministerial, el progreso y la protección de los derechos humanos.

La Resolución XXII estableció, además, que en el ejercicio de los puntos *c)* y *d)* "deberá verificar, como medida previa, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro fueron debidamente aplicados y agotados".

En vista de esta Resolución la Comisión, en 1966, incorporó a su Estatuto las nuevas facultades aprobadas en Río de Janeiro, en el artículo 9 bis.

Asimismo y como consecuencia de estos cambios, la Comisión procedió a modificar su Reglamento, especialmente en lo que respecta al examen y trámite de las comunicaciones o reclamaciones que le sean dirigidas por violación de derechos humanos. El Reglamento incluyó lo siguiente: 1) La Comisión debe decidir, como medida previa, si los procesos o recursos internos del Estado, fueron debidamente aplicados y agotados; 2) Establece un plazo de seis meses para la presentación de la denuncia, desde que se haya dictado decisión definitiva o cuando el firmante haya tenido conocimiento de que se haya impedido arbitrariamente el ejercicio de los recursos de jurisdicción interna; 3) Establece un plazo de 180 días desde la fecha en que la denuncia se ha transmitido al gobierno interesado, para que suministre la información que se le requiera y en caso que no sea proporcionada en el plazo señalado, para presumir la veracidad de los hechos alegados; 4) Comprobada la violación, la Comisión prepara un informe con las recomendaciones pertinentes al Gobierno interesado; 5) Si el Gobierno interesado no adopta en plazo razonable las medidas recomendadas, la Comisión puede formular las observaciones que estime apropiadas en su informe anual a la Conferencia o a la Reunión de Consulta; 6) Si la Conferencia o la Reunión de Consulta no formula observaciones a la Comisión y si el Gobierno aludido no hubiere adoptado las medidas recomendadas, la Comisión puede publicar su informe (arts. 37 a 58 del Reglamento).

La Comisión acordó el mismo procedimiento para las comunicaciones en que se denuncien represalias dirigidas en contra de signatarios de comunicaciones enviadas a la Comisión.

En la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, que tuvo lugar en Buenos Aires, en 1967 y que reformó la Carta de la O.E.A., se elevó al nivel de la Comisión, dentro de la estructura funcional de la organización regional. El artículo 51 incluye a la Comisión, entre los órganos por medio de los cuales la organización realiza sus fines. Además, el capítulo XVIII contiene el nuevo artículo 112 que dice: "Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia".

La Comisión ha tomado cada año una importancia mayor; hasta ahora ha considerado más de 1.800 comunicaciones.

Capítulo IX

LAS ACTIVIDADES MARITIMAS O FLUVIALES

I. LOS BUQUES

131. NOCIONES GENERALES. — Los buques se desplazan conducidos por una autoridad propia —que es el capitán— y llevando personas y cosas a su bordo; cuando entran en aguas territoriales de otro Estado¹ se colocan en jurisdicción distinta a la de su propia bandera. Este hecho pueden originar problemas de derecho internacional.²

1. Fueron clasificados los buques en dos especies, según la costumbre y la doctrina de los autores, a los efectos de precisar su condición jurídica internacional: *buques de guerra* y *buques mercantes*. Tomábase en consideración únicamente la circunstancia de que pertenecieran al Estado o a personas privadas.

Pero desde 1918 aparecieron buques que venían a ocupar una nueva posición, diríase intermedia, entre los de guerra y los mercantes, porque si bien eran de propiedad de un Estado se dedicaban a operaciones comerciales. En consecuencia, pronto fue necesario adoptar otra clasificación, basada principalmente en el servicio a que los buques están afectados; es así como, en lugar de las dos especies anteriores, se distinguen hoy otras dos: los *buques públicos* y los *buques privados*.³

¹ En la expresión "aguas territoriales" comprendemos el "mar territorial" y además porque están igualmente dentro de la soberanía de un Estado determinado, las "aguas interiores"; esto es, los ríos, los golfos y bahías, los estuarios, los mares y lagos cerrados, los mares y lagos interiores, los estrechos y canales y los puertos y radas.

² Se entiende en la doctrina que los diques flotantes, los *house-boats* y los buques compuerta no son navios, porque permanecen en los puertos o en otros lugares de jurisdicción nacional.

³ El criterio basado en el servicio a que los buques están afectados inspiró la convención colectiva para la unificación de ciertas reglas concernientes a las inmunidades de los "buques de Estado" (Bruselas, 10 de abril de 1926); como consecuencia, el I.D. (Estocolmo, 1928), adoptó la clasificación arriba enunciada de *buques públicos* y *buques privados*. Debe advertirse que la convención colectiva sobre navegación aérea (París, 13 de octubre de 1919) había adoptado una clasificación análoga para las aeronaves, fundada en la afectación o destino y no en la naturaleza del propietario.

Son *buques públicos* los que están afectados exclusivamente a un servicio oficial y no comercial, es decir: a) los buques de guerra; el artículo 8º, inciso 2º, de la Convención sobre la Alta Mar*** de Ginebra, de 1958, define a los efectos de la Convención, como buque de guerra "a los que pertenecen a la marina de guerra de un Estado y ostentan los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad" y agrega: "El comandante del buque ha de estar al servicio del Estado y su nombre ha de figurar en el escalafón de oficiales de la Armada. La tripulación ha de estar sometida a la disciplina militar"; b) los buques que, sin ser de guerra, el Estado afecta a un servicio no comercial, como por ejemplo a la vigilancia aduanera, sanitaria o policial, a escuela de marineros o pilotos, al dragado, balizamiento o atención de faros, a la colocación de cables, etc. Y son *buques privados* los que se dedican a servicios no estrictamente oficiales, cualquiera que sea la naturaleza de su propietario: a) los buques mercantes propiamente dichos, es decir, los que efectúan el transporte o el transbordo de mercancías o pasajeros (comprendiéndose en ellos a la clase de los "paquetes postales", que suele disfrutar de ciertos privilegios portuarios) y los buques dedicados a la pesca, al remolque, etc.; b) las embarcaciones destinadas al deporte o al turismo; c) los buques de propiedad del Estado, o fletados o requisados por él, cuando están afectados totalmente o en parte a operaciones de carácter comercial, y por ello se designan hoy con el nombre de "buques de Estado"

La Convención sobre Mar Territorial y Zona contigua clasifica las normas aplicables al paso inocente en reglas aplicables a todos los buques, reglas aplicables a los buques mercantes, reglas aplicables a los buques del Estado que no sean buques de guerra y regla aplicable a los buques de guerra.

132. PERSONALIDAD JURÍDICA. — Todo buque privado posee personalidad jurídica, pues constituye una entidad que puede adquirir derechos y contraer obligaciones a los efectos del derecho interno y del derecho internacional. Esa personalidad se individualiza mediante la nacionalidad o bandera que un Estado le ha otorgado y por el nombre que lleva.

1. La nacionalidad significa, en principio, que el buque está sometido a la jurisdicción de un Estado determinado —es decir, a las leyes de ese Estado y a su aplicación por sus órganos administrativos y judiciales

competentes—, y significa también que se halla bajo la protección del mismo Estado.

Según lo ha establecido la costumbre internacional, cada Estado especifica en sus leyes los requisitos necesarios para otorgar su nacionalidad a un buque privado y para retirarla.⁴ Con tal fin toma en cuenta ciertos elementos, que entran, según las respectivas legislaciones, ya sea conjuntamente o en parte y en medida diversa, la nacionalidad del capitán, oficiales y demás tripulantes; la nacionalidad de los propietarios del buque y finalmente el lugar de construcción. La nacionalidad queda obtenida mediante la inscripción del buque privado en la matrícula y un puerto determinado.

La ley 20.094 de 2 de marzo de 1973, llamada ley de navegación, dispone en su artículo 52 que para "inscribir un buque o artefacto naval en la matrícula nacional debe acreditarse: a) el cumplimiento de las exigencias reglamentarias sobre construcción y condiciones de navegabilidad o idoneidad del buque o artefacto naval; b) que su propietario esté domiciliado en el país y si se trata de una copropiedad naval, que la mayoría de los copropietarios cuyos derechos sobre el buque o artefacto naval exceden la mitad del valor de éstos, reúnan la misma condición; c) si fuere titular de la propiedad una sociedad, que ésta se haya constituido de acuerdo con las leyes de la Nación, o habiéndose constituido en el extranjero, tenga en la República, sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente, de acuerdo a lo dispuesto en la ley respectiva."

El nombre del buque privado es registrado por el Estado que le otorga su nacionalidad y no puede ser cambiado sin permiso y nuevo registro.

La libertad para que cada Estado determine las condiciones para otorgar la nacionalidad de un buque o privarla, fue reconocida en el artículo 5º, inciso 1º de la Convención sobre la Alta Mar, de 1958, que dice: "Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder

⁴ La facultad de otorgar bandera, establecida por la costumbre internacional con respecto a los Estados que poseen litoral marítimo, se ha extendido a los Estados mediterráneos por obra de ciertas convenciones; los tratados de paz de 1919 reconocieron a toda "potencia aliada o asociada" que no tuviese litoral marítimo el derecho de otorgar pabellón a los buques siempre que fuesen registrados en un lugar único de su territorio, y en la convención colectiva elaborada en Barcelona el 21 de abril de 1921 con el nombre de "Declaración", se estipuló extender esa regla a todos los Estados carentes de litoral marítimo. Los arts. 3º y 4º de la Convención sobre la Alta Mar reconocen este derecho a tales países.

su nacionalidad a los buques, así como para que puedan ser inscriptos en su territorio en un registro y tengan derecho a enarbolar su bandera. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuya bandera están autorizados a enarbolar”.

2. En la conferencia de Ginebra, así como con anterioridad en la Comisión de Derecho Internacional que elaboró el proyecto que allí consideró, se discutió el problema de las llamadas “banderas de conveniencia”. Se trata de banderas otorgadas por algunos países, como Liberia y Panamá y de alguna manera Honduras y Costa Rica, sobre la base de legislaciones nacionales menos exigentes en materia de legislación obrera, condiciones de seguridad en la navegación, procedimientos administrativos más sencillos y beneficios impositivos importantes. Las flotas mercantes de estos países están hoy entre las de mayor tonelaje del mundo. La Federación Internacional de Trabajadores del Transporte, sindicato mundial, en razón del deficiente régimen económico y de seguridad social de los marineros, ha protestado contra el sistema.⁵ También lo han hecho los Estados con flotas importantes, debido a la competencia.

Por ello la C.D.I. en su proyecto de convención sobre la alta mar agregó lo siguiente al artículo 5º, inciso 1º: “Sin embargo, a los efectos del reconocimiento del carácter nacional del barco por otros Estados, ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque; en particular, el Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolan su pabellón, en los aspectos administrativo, técnico y social”. Sorpresivamente, pues el texto había sido aprobado en Comisión, el Plenario de la Conferencia aprobó la supresión de las palabras: “Sin embargo, a los efectos del reconocimiento del carácter nacional del barco por otros Estados”. Es decir, que se denegó a los Estados extranjeros el derecho de rehusar el reconocimiento del registro de un buque por la falta de una “relación auténtica” entre el Estado y el buque. A pesar de ello, se mantiene en el artículo 5º que debe existir esta “relación auténtica” entre el Estado y el buque, repitiendo, de alguna manera, lo establecido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*, con relación a la nacionalidad de las personas. Además, se crea la obligación al Estado que otorga la bandera, de ejercer su jurisdicción a los efectos allí mencionados.

⁵ La Organización Internacional del Trabajo adoptó en 1958 una recomendación a los efectos de que el país de registro debería aceptar las obligaciones que implica el registro y ejercer una jurisdicción efectiva para asegurar la seguridad de los marineros.

El Departamento de Estado de los Estados Unidos ha interpretado este artículo 5º de tal manera que la "relación auténtica" no se considera como una condición para reconocer la nacionalidad del barco, sino como una obligación de ejercer efectivamente jurisdicción.

3. La cuestión de las banderas de conveniencia fue discutida con motivo de la opinión consultiva, de la C.I.J. de 1960, sobre la Constitución de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (I.M.C.O.),⁶ cuyo artículo 25 establecía que su Comité de Seguridad Marítima estaría integrado por catorce miembros elegidos por la Asamblea entre los países que tuvieran un interés importante en la seguridad marítima, de los cuales ocho deberían representar a los que poseyeran las flotas más importantes. Panamá y Liberia no fueron electos. Estos Estados sostuvieron que la pauta a tenerse en cuenta, para interpretar la frase "países que posean flotas mercantes más importantes", debía ser el tonelaje registrado y no la nacionalidad de los armadores. La Corte favoreció el criterio del tonelaje registrado, pero, al mismo tiempo, consideró innecesario pronunciarse sobre el argumento si debía existir o no una "relación auténtica" entre el buque y el Estado que otorga la bandera, pues la cuestión había sido planteada sólo como la interpretación de una cláusula de la Constitución de la O.C.M.I.

4. El artículo 6º, inciso 1º, de la Convención sobre la Alta Mar estipula que los buques navegarán "con la bandera de un solo Estado" y salvo casos previstos en la convención o en tratados especiales "estará sometido, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva" del Estado que enarbola la bandera. El inciso 2º de este artículo legisla sobre el caso de buques que naveguen bajo dos o más banderas, utilizándolas a su conveniencia y establece que si lo hace el buque "no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado como buque sin nacionalidad".

El cambio de bandera no podrá efectuarse ni en el viaje, ni en una escala, según el artículo 6º, inciso 1º, de la Convención, "excepto como resultado de un cambio efectivo de la propiedad o en el registro".

5. Otro de los problemas discutidos en torno al otorgamiento de bandera surgió con motivo de las actividades de las organizaciones internacionales, discutiéndose en doctrina que no era posible reconocer este derecho a los organismos por carecer de un sistema jurídico propio refe-

⁶ I.C.J., *Reports*, 1960, pág. 160.

rente a seguridad en el mar, legislación social y normas referentes a la jurisdicción civil y penal. La Convención de 1958 no definió el problema, sólo dispuso, en el artículo 7º, que "las disposiciones de los artículos precedentes no prejuzgan en nada la cuestión de los buques que estén al servicio oficial de una organización intergubernamental y enarbolan la bandera de la organización".

6. La nacionalidad se prueba, en los buques públicos, por la bandera que enarbolan, siendo entendido que en caso de duda basta la palabra de honor de su comandante; en los buques privados, la bandera es el signo distintivo de la nacionalidad, pero la prueba de ésta se hace por medio de ciertos documentos de que debe estar provisto todo buque de esta especie, llamados comúnmente "papeles de a bordo"

La naturaleza, el número y la forma de los "papeles de a bordo" son materia de la legislación de cada Estado. El artículo 5º, inciso 2º, de la Convención sobre la Alta Mar establece que "cada Estado expedirá, para los buques a los que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón, los documentos procedentes". Sin embargo, ellos pueden clasificarse en dos grupos: *a)* documentos relativos al buque y a su tripulación, como el certificado de registro o carta de mar, que identifica al buque y a su propietario y mediante el cual el Estado autoriza a navegar bajo su bandera; el título de propiedad; el certificado de arqueo o tonelaje; el rol de tripulación; la lista de pasajeros; la patente de sanidad; el diario de navegación, etc.; *b)* documentos relativos a la carga, como la póliza de fletamento, el manifiesto de carga, los conocimientos, las facturas y los certificados de origen de las mercaderías.

7. Las tasas que deben pagar los buques como retribución por servicios prestados —tales como el tránsito por canales artificiales, las operaciones portuarias, etc.—, se regulan casi siempre tomando por base el desplazamiento o tonelaje del buque, que es determinado por su medición o arqueo. A fin de evitar dificultades —porque los métodos para calcular el tonelaje difieren según los países—, se han concertado acuerdos por los cuales los Estados contratantes se obligan recíprocamente a reconocer los certificados de arqueo expedidos por las respectivas autoridades. En Londres se celebró, en 1969, bajo los auspicios de la O.C.M.L., una convención sobre tonelaje de buques.

8. Generalmente los buques privados gozan en el país de su bandera de dos privilegios exclusivos: ejercer la navegación de cabotaje (comprendiéndose en ella el pilotaje y el remolque) y ejercer la pesca y la caza en las aguas territoriales; además, pueden disponer de algunas ventajas de carácter fiscal, como la exención o la reducción de ciertas tasas o

impuestos portuarios. Puede ocurrir que estas desigualdades con relación a los buques extranjeros se dejen sin efecto, a título de reciprocidad, por medio de tratados o del juego de la cláusula de la nación más favorecida.

II. EL DERECHO DE NAVEGACION

133. NOCIONES GENERALES. — En tiempo de paz, el derecho de navegación es hoy universalmente reconocido a los buques de todas las banderas; pero ese derecho se ejerce en grado diverso, según se verá más adelante, en el alta mar, en el mar territorial y en las aguas interiores de los Estados extranjeros. En cuanto a la alta mar el artículo 4º de la correspondiente Convención de Ginebra dispone: "Todos los Estados con litoral o sin él tienen el derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera".

En tiempo de guerra, el derecho de navegación se ve restringido considerablemente, no sólo por la circunstancia de que la alta mar, así como el mar territorial y las aguas interiores de los Estados beligerantes, son teatro de las hostilidades y el litoral enemigo puede ser bloqueado, sino también porque dichos Estados ejercen en todas esas aguas el derecho de visita y de apresamiento. Estas restricciones, por muy graves que sean, constituyen excepciones temporarias a las reglas que rigen la navegación en tiempo de paz; y en lo fundamental éstas rigen también en tiempo de guerra con las restricciones impuestas en cada caso con relación a los beligerantes.

134. MEDIDAS DESTINADAS A ASEGURAR Y FACILITAR LA NAVEGACIÓN. — El señalamiento por medio de faros de los lugares peligrosos en las costas es asunto local, con excepción del faro del Cabo Espartel, sobre la costa atlántica de Marruecos, que por un tratado de 1865 entre el sultán y varios Estados ha sido sometido a un régimen internacional que asegura su sostenimiento por todos esos Estados, aun en caso de guerra.

1. Con el objeto de prevenir los peligros de la navegación, los Estados han dictado reglamentaciones con respecto a las luces y las señales de los buques, a las precauciones que deben adoptarse de noche o en tiempo de escasa visibilidad, a las reglas de ruta en los lugares frecuentados, al salvamento en caso de naufragio y a los medios para señalar los restos de naufragio. Estas disposiciones son aplicables siempre a los buques de la propia bandera y en las aguas territoriales a todos los buques

sin distinción de nacionalidad; y, aunque tienen el carácter de derecho interno, presentan cierta uniformidad, pues se inspiran en reglamentos adoptados por los países marítimos de mayor importancia.

2. Se han concertado algunas convenciones colectivas que reglan esta materia: la convención de Londres de 1929 sobre salvaguardia de la vida humana en el mar,* y otras dos, del 10 de junio de 1948,* que tienen por objeto prevenir las colisiones y reglamentan las condiciones de navegabilidad y estabilidad de los buques, así como sus servicios de auxilio,⁷ punto este último que también está regido por algunas cláusulas de la convención radiotelegráfica de Washington, de 1927; y las dos convenciones elaboradas en Bruselas en 1910 sobre asistencia y salvamento* y sobre abordaje.* En los últimos años se han celebrado las convenciones de Londres, bajo los auspicios de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, para la seguridad de la vida humana en el mar (1960);* para prevenir colisiones en el mar (1960). En Bruselas se adoptó en 1967 un protocolo de enmiendas a la Convención para la unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y salvamento marítimo de Bruselas de 1910. También en Bruselas se adoptó en 1952 las Convenciones Internacionales para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia penal y competencia civil* en materia de abordaje.

Por otra parte, los artículos 10 y 12 de la Convención sobre la Alta Mar de 1958 contienen algunas obligaciones para los Estados, que confirman algunos principios tradicionales de la ley del mar. Por el artículo 10, el Estado asume la obligación de dictar disposiciones para garantizar la seguridad en el mar, teniendo en cuenta las normas internacionales generalmente aceptadas. Por el artículo 12, los Estados deben obligar a los capitanes a prestar auxilio, si es que no ponen en peligro sus buques, a personas que se encuentren en peligro y al otro buque en caso de abordaje. El Estado debe, además, fomentar los servicios de búsqueda y salvamento adecuados.

⁷ La Convención de 1929 fue precedida por otra análoga, suscripta en Londres el 20 de enero de 1914, pero no llegó a entrar en vigor a causa del estallido de la guerra. La Convención de 1914 fue el resultado de una conferencia internacional reunida a raíz del naufragio del transatlántico *Titanic*, en 1912, a consecuencia de un choque con un témpano de hielo; en esa catástrofe producida en una noche clara y serena, perecieron 1475 personas, esto es, más de los dos tercios de las que se hallaban a bordo, lo que vino a demostrar que los servicios de seguridad y auxilio eran muy deficientes.

135. NAVEGACIÓN EN MAR TERRITORIAL DE ESTADO EXTRANJERO. — Como consecuencia del principio de la libertad de los mares y de la necesidad común de facilitar la navegación, ha quedado establecido, al menos desde mediados del siglo XVIII, que los buques, cualquiera que sean su especie y bandera, pueden transitar en el mar territorial extranjero, no sólo por la circunstancia de entrar a puerto o salir de él, sino también siempre que lo estimen útil en el curso de su viaje. Este derecho está subordinado a la condición de que no perjudique al Estado costero, y por ello se conoce con el nombre de "tránsito inocuo" o "paso inocente"

Estas normas, establecidas por la doctrina y la costumbre internacional, han sido consolidadas en el derecho internacional positivo, en la Convención sobre Mar Territorial de 1958.***

El "tránsito inocuo" supone el paso sin estacionamiento, salvo detención impuesta por accidentes eventuales de la navegación, como bruma, varadura o avería.

El derecho de "tránsito inocuo" está subordinado a las reglamentaciones que el Estado costero establezca para prevenir toda lesión a la seguridad nacional, al orden público y a los intereses fiscales, así como para facilitar la navegación en interés común. En esto último pueden comprenderse la obligación de seguir determinadas rutas, de observar las señales, de usar de pilotaje, etcétera.

El Estado costero no puede imponer restricciones basadas en la distinta nacionalidad de los buques, salvo cuando se trata de la navegación de cabotaje, la pesca y la caza, actividades que, según lo ha establecido la costumbre internacional, se reservan en el mar territorial a los buques de bandera nacional.

1. La Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua reglamenta en su Sección III el Derecho de paso inocente, en cuatro subsecciones: A. Reglas aplicables a todos los buques, B. Reglas aplicables a los buques mercantes, C. Reglas aplicables a los buques de Estado que no sean buques de guerra y D. Reglas aplicables a buques de guerra.

El artículo 14 de la Convención define el paso inocente sobre la base de varios elementos. En primer lugar, es un derecho que tienen los buques extranjeros en el mar territorial de otro Estado. Tal derecho se

*** Vid. Rudí, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 65 a 73.

puede ejercer ya sea para atravesar dicho mar territorial, sin entrar en aguas interiores, para dirigirse a ellas, o para salir de ellas, rumbo a la alta mar. El paso, para que sea inocente no debe perjudicar la paz, o el orden o la seguridad del Estado ribereño y debe hacerse conforme con la Convención y otras reglas del derecho internacional. Los barcos de pesca extranjeros que no cumplan con las disposiciones pertinentes de pesca, se considerará que afectan el paso inocente. Esto en cuanto a la definición y a los derechos de los buques extranjeros.

En cuanto a los derechos del Estado ribereño, según el artículo 16, éste puede tomar las medidas necesarias para impedir, en su mar territorial todo paso que no sea inocente e impedir también, en el caso que el buque se dirija a aguas interiores, cualquier infracción a las condiciones aplicables a la entrada del buque a dichas aguas interiores. El Estado ribereño puede suspender el paso inocente, en forma temporal, sin discriminación y con previa publicidad, por razones de seguridad.

En cuanto a las obligaciones de todos los buques durante el paso inocente, el artículo 17 de la Convención dispone que los buques extranjeros deberán someterse a las leyes y a los reglamentos promulgados por el Estado ribereño. Estos reglamentos deberán hacerse conforme con la Convención y otras normas de derecho internacional. En consecuencia, el Estado ribereño no puede mediante una reglamentación arbitraria destruir el propio derecho de paso inocente que reconoce la Convención y el derecho internacional general. Las obligaciones del Estado ribereño, según el artículo 15, son no poner obstáculo al paso inocente y dar a conocer los peligros que amenacen a la navegación en el mar territorial, que sean de su conocimiento, en forma adecuada.

Los submarinos deben atravesar el mar territorial en la superficie y mostrar su bandera.

2. En el caso de estrechos, el paso inocente no puede ser suspendido, conforme con el artículo 17 de la Convención, para ningún tipo de barco, en el caso de navegación internacional entre dos partes de la alta mar o entre la alta mar y el mar territorial de un tercer Estado. Este derecho de paso inocente en los estrechos fue afirmado en el caso del Canal de Corfú, por la Corte Internacional de Justicia en 1949,⁸ entre Albania y Gran Bretaña.

En mayo de 1946, baterías albanesas hicieron fuego sobre dos cruceros británicos que estaban atravesando aguas territoriales albanesas en el

⁸ I. C. J., *Reports*, 1949, pág. 4.

canal de Corfú, en una zona que había sido un campo minado alemán ya levantado durante la guerra. En la correspondencia diplomática que siguió, Albania sostuvo que barcos de guerra extranjeros no gozaban de derecho de paso inocente en su mar territorial, sin su autorización; Gran Bretaña, por el contrario, sostuvo en esta correspondencia que tenía derecho de paso por esas aguas del canal de Corfú y que si las baterías costeras albanesas, en un nuevo pasaje, abrían el fuego, los barcos británicos contestarían. En octubre de 1946, el gobierno británico, con el objeto de probar las actitudes albanesas, envió dos cruceros y dos destroyers a través del Canal de Corfú. Los barcos tenían sus tripulaciones listas para contestar el fuego, pero sus cañones estaban en posición normal, apuntando a proa y popa y no hacia las costas. Durante el paso, dos destroyers fueron dañados por minas, en la zona que había sido barrida anteriormente, con pérdidas de vidas. En noviembre de 1946 el Canal de Corfú fue limpiado de minas por barreminas británicos, se sacaron 22 minas del tipo alemán, recientemente colocadas, según los expertos británicos. El asunto fue llevado al Consejo de Seguridad quien recomendó que la controversia fuera sometida a la Corte. Sobre este caso hubo tres fallos. El primero, del 25 de marzo de 1948, sobre la jurisdicción de la Corte; el segundo del 9 de abril de 1949 y más importante, sobre el fondo de la controversia y el tercero, del 15 de diciembre de 1949, sobre el monto de los daños que Albania debería pagar a Gran Bretaña. Nos interesa aquí el segundo fallo.

La Corte dictaminó que aunque no existía prueba concluyente de que Albania había colocado las minas, era responsable por no haber anunciado su existencia, de las que debería tener conocimiento, por su supervisión del estrecho. Dijo la Corte "Las obligaciones de las autoridades albanesas consistían en notificar, para beneficio de la navegación en general, la existencia de un campo de minas en aguas territoriales y advertir a los barcos de guerra británicos que se acercaban del daño inminente al cual el campo de minas los exponía. Estas obligaciones están basadas, no en la Convención N° VIII de La Haya de 1907, que se aplica en tiempos de guerra, sino en ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber: consideraciones elementales de humanidad, aun más severas en la paz que en la guerra; el principio de libertad de comunicación marítima; y la obligación de todo Estado de no permitir a sabiendas que su territorio sea usado para actos contrarios a los de otros Estados". La Corte también sostuvo que Gran Bretaña no había violado

la soberanía de Albania al enviar los barcos a través del estrecho, sin su autorización. En tal sentido el fallo dice: "Está, en opinión de la Corte, generalmente reconocido y de acuerdo con la costumbre internacional que los Estados en tiempo de paz tienen derecho a enviar sus barcos a través de los estrechos usados para la navegación internacional entre dos partes de la alta mar sin previa autorización del Estado costero, siempre que el paso sea inocente. A menos que esté establecido de otra manera en una convención internacional, no tiene derecho el Estado costero a prohibir este paso a través de los estrechos en tiempo de paz". Como en esos momentos existía tensión política entre Albania y Grecia se hubiera justificado que aquél hubiera reglamentado el pasaje a través del estrecho, pero no se justificaba prohibirlo o someterlo al requerimiento de autorización especial. La Corte favoreció a Albania cuando determinó que Gran Bretaña al realizar el barrido de minas había violado la soberanía de Albania, porque esta operación no constituía paso inocente. El tercer fallo fijó la compensación a Gran Bretaña por daños sufridos en octubre de 1946, en 844.000 libras esterlinas.

3. Las reglas aplicables a los buques mercantes en cuanto al paso inocente que figura en la Convención sobre Mar Territorial se refieren a gravámenes imponibles, a la jurisdicción penal y a la jurisdicción civil.

De acuerdo con el artículo 18 no pueden imponerse gravámenes a barcos extranjeros por el hecho de pasar por el mar territorial de otro Estado, salvo como remuneración de servicios determinados.

Con respecto a la jurisdicción debe recordarse que el paso del buque extranjero se realiza a través del mar territorial, sometido a la soberanía del Estado costero y que, en consecuencia, dicho Estado puede adoptar medidas para asegurar la aplicación de sus leyes, pero al mismo tiempo debe asegurar, de acuerdo con el derecho internacional, el paso inocente. Del juego de estos dos valores surgen las normas por las cuales, en este aspecto, los derechos del Estado costero se encuentran más restringidos en el mar territorial, que en las aguas interiores.

El artículo 19 de la Convención referente a la jurisdicción penal, es un ejemplo de lo que acabamos de señalar. El artículo comienza con esta frase: "1. La jurisdicción penal del Estado ribereño no debería ser ejercida a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, para detener personas o practicar diligencias con motivo de una infracción de carácter penal cometida a bordo de dicho buque durante su paso . . ." El tiempo de verbo "no debería" no es propiamente un lenguaje jurídico, no contiene el imperativo de conducta propio de tales normas. Lo que la

Convención reconoce es que el Estado costero ejerce la jurisdicción penal en las aguas territoriales, pero que no debe ejercerla en caso de paso inocente.

El artículo 20 de la Convención que se refiere al ejercicio de la jurisdicción civil también utiliza el tiempo de verbo "debería", por lo que se le aplican las consideraciones que hicimos en cuanto a la jurisdicción penal. Analizaremos estos artículos en el número 142.2 b).

Las disposiciones de la Convención sobre Mar Territorial reflejan, en este tema, las tendencias del derecho continental europeo sobre el derecho anglo-sajón, que ha tendido a afirmar la jurisdicción de Estado costero sobre cualquier infracción que se cometa en el mar territorial, aunque no tenga consecuencia alguna en el Estado costero.

4. Con referencia a los buques de Estado, la Convención dispone en su artículo 21 que si son explotados con fines comerciales se le aplican las mismas disposiciones que a los buques mercantes. Si por el contrario, el buque está afectado a fines no comerciales, gozará de las inmunidades que le otorga el derecho internacional, pero se le aplican las reglas generales de paso inocente; no pueden ser objeto de gravámenes, salvo remuneración por servicios determinados.

El artículo 22 de la Convención sobre el mar territorial y la zona contigua dice: "1. Las disposiciones de la Subsección A y del artículo 18 son aplicables a los buques de Estado destinados a fines no comerciales. 2. Salvo lo dispuesto en cualquiera de las disposiciones que se mencionan en los párrafos precedentes, nada en estos artículos afectará a las inmunidades que gozan dichos buques en virtud de estos artículos o de otras reglas de derecho internacional". Las disposiciones de la Subsección A, se refieren a las reglas aplicables a todos los buques en cuanto al derecho de paso inocente y el artículo 18 dispone que el Estado costero no podrá imponer gravámenes a buques extranjeros durante su paso inocente por el mar territorial, a menos que se trate de servicios prestados.

5. En el caso de buques de guerra sólo dispone la Convención, en el artículo 23, que en caso de no cumplir las disposiciones del Estado ribereño sobre paso inocente y luego de la invitación correspondiente para que las respete, podrá exigirse su retiro del mar territorial.

6. En tiempo de guerra el derecho de "tránsito inocuo" se ve considerablemente restringido: el Estado costero, cuando es beligerante, puede visitar y apresar en el mar territorial propio y en el del enemigo a los buques privados, cualquiera que sea su bandera; y si el Estado es neutral, tiene el derecho y el deber de impedir que en esas aguas actúen los beligerantes como tales.

136. ACCESO A PUERTOS Y RADAS. — Es frecuente que los Estados aseguren, mediante el régimen contractual y con carácter recíproco, igualdad de tratamiento para el acceso de sus buques a los puertos de la contraparte que están abiertos al intercambio comercial. Como consecuencia de esas estipulaciones, aun cuando sean diversas, y como resultado de la costumbre internacional, predominan hoy ciertas normas que pasamos a señalar.

1. Está en el interés del Estado tener abiertos sus puertos al comercio internacional; pero exigencias de seguridad pública o sanitarias pueden inducirle a veces, aun en tiempo de paz, a clausurar determinados puertos. Los puertos militares, dada su naturaleza, no están por lo general abiertos a los buques extranjeros.

2. El acceso a los puertos abiertos al comercio exterior rige para los buques que no son de guerra. Los buques de guerra extranjeros —puesto que no realizan un tráfico regular y sólo eventualmente arriban en viaje de tránsito o para una visita de cortesía— no tienen, en principio, derecho de acceso, según lo ha establecido la costumbre internacional, su admisión requiere en cada caso la obtención previa, por la vía diplomática, de un permiso otorgado por el Estado local, siendo entendido que rigen las disposiciones que él adopte en cuanto al número máximo de buques de guerra y al tiempo de permanencia.

3. Las radas son lugares de estacionamiento temporario que se hallan adyacentes a los puertos; por tanto están sometidas al mismo régimen que los puertos.

La rada que sea independiente de todo puerto está sometida sin embargo, por ser un lugar de estacionamiento temporario, a la jurisdicción y a la policía del Estado local con caracteres más estrictos, en cuanto a la reglamentación y vigilancia, que los inherentes al mar territorial.

4. El acceso y permanencia en los puertos y radas son reglados por el Estado local a los fines de la seguridad común (condiciones de entrada y salida, pilotaje, remolque, fondeadero, salvamento, etc.)⁹ y en lo refe-

⁹ En la República Argentina la ley 20.094, del 2 de marzo de 1973, llamada Ley de Navegación, reglamenta la navegación en puertos y canales (art. 31), las facultades de la autoridad marítima para prohibir dicha navegación en caso de condiciones meteorológicas o hidrográficas peligrosas o que existan obstáculos a la navegación o medien razones de orden público (art. 32) o a los buques que se encuentren en deficientes condiciones de navegabilidad (art. 33). La autoridad marítima regula todo lo referente a la seguridad marítima (art. 34) y a la entrada y salida de puerto (art. 35), supeditada al cumplimiento de las disposiciones de seguridad, sanitarias, aduaneras y portuarias vigentes.

rente a la policía sanitaria y aduanera, a la policía de la inmigración y emigración, al pago de tasas e impuestos, al régimen del trabajo, etc. Salvo lo que se haya estipulado en los tratados, las tasas o impuestos rigen sin discriminación para los buques privados que tengan bandera extranjera; sin embargo, los buques nacionales gozan a veces de ciertas exenciones o privilegios de carácter fiscal.

Los buques de guerra extranjeros deben ajustarse, en cuanto al acceso y permanencia en puerto, a las reglas locales establecidas con respecto a la seguridad común y a la seguridad local, inclusive las referentes al descenso a tierra de los tripulantes; pero es costumbre internacional eximirles, por razones de cortesía, de la visita de sanidad, del pago de impuestos y tasas y de las obligaciones de carácter aduanero.

5. Las reglas que anteceden no comprenden, en cuanto al acceso, el caso de arribada forzosa: está universalmente reconocido que todo buque en peligro puede encontrar refugio en el puerto más próximo.

136a. BUQUES DE PROPULSIÓN NUCLEAR. — En razón de los riesgos que importa el acceso a puerto de buques a propulsión nuclear, se adoptó, en Bruselas, en 1962, una convención multilateral sobre la explotación de buques nucleares. Los países poseedores de tales buques, como Estados Unidos y la República Federal de Alemania, han celebrado tratados bilaterales, para conseguir el acceso a puertos extranjeros. Estos tratados generalmente conceden al Estado costero poderes de control sobre dichos buques, más extensos que en casos normales y establecen las normas para el caso de daños. Existe consenso en aceptar como norma establecida del derecho internacional que, salvo estos acuerdos, el Estado costero puede impedir el acceso a sus puertos de los buques a propulsión nuclear. La Argentina ha celebrado un acuerdo al respecto con la República Federal de Alemania.

137. NAVEGACIÓN DE CABOTAJE. — Según lo ha establecido la costumbre internacional, todo Estado tiene el derecho, salvo estipulación expresa en contrario, de reservar para los buques de su bandera la navegación de cabotaje.

En la mayoría de los países se considera navegación de cabotaje la que se efectúa entre puertos nacionales del mismo Estado;¹⁰ pero algu-

¹⁰ En la República Argentina, el cabotaje está regido por el decreto n° 19.492 del 25 de julio de 1944, ratificado por ley en 1947. Sus disposiciones reservan a los buques de bandera argentina la navegación y el comercio entre puertos de la República, realizada sin

nos consideran cabotaje la navegación entre puertos situados en regiones geográficas más extensas comprendiendo las posesiones o colonias (España, Estados Unidos, Francia, etc.) o bien definen el cabotaje por el tonelaje de las embarcaciones empleadas (Dinamarca).

III. LA EXPLOTACION DE LAS AGUAS, DEL LECHO Y DEL SUBSUELO

138. EN LA ALTA MAR. — 1. Está hoy reconocido — después de no pocas dificultades —¹¹ que en la alta mar los buques de todas las banderas pueden realizar la explotación de las aguas, es decir, la pesca y la caza de ballenas, focas, lobos marinos y demás especies útiles, así como la explotación de ciertas riquezas naturales que se encuentran en yacimientos fijos en las rocas o en el lecho: ostras, perlas, corales, esponjas, ámbar, etcétera.¹²

Aquel derecho ha sido objeto, desde fines del siglo XIX, de algunos acuerdos internacionales que tienen en mira situaciones especiales. Las convenciones de La Haya de 1882 y 1887 reglaban los trabajos de pesca en común en el Mar del Norte entre varios Estados adyacentes. Con el propósito de prevenir la extinción de ciertas especies, la convención de Washington de 1911 regló entre Estados Unidos, Gran Bretaña, Japón y Rusia la caza de focas en el Pacífico septentrional y las convenciones

perder de vista la costa más que para acortar camino recalando de cabo a cabo; pero permiten a los buques extranjeros el "cabotaje fronterizo", entendiéndose por tal la navegación que en razón de tratados internacionales se realiza haciendo escalas en las costas de los países limítrofes.

¹¹ En el siglo XVII, Inglaterra impedía a los buques extranjeros pescar en el Mar del Norte, a menos que obtuvieran una licencia previo pago de una contribución, y Dinamarca pretendía el derecho exclusivo de pesca en los mares de Islandia y de Groenlandia; pero el siglo XVIII, dada la resistencia de los demás países, Dinamarca redujo sus pretensiones a 69 millas de sus costas y posteriormente a 20 millas. hasta que en 1872 las limitó a 3 millas. Rusia ha pretendido desconocer el derecho de pesca y de caza en los mares árticos: en 1891-92 detuvo a varios buques norteamericanos que cazaban ballenas en el Mar de Behring fuera del mar territorial, pero, sometida la cuestión al arbitraje, fue condenada a pagar una indemnización; en 1910, el gobierno del zar prohibió la pesca a los buques extranjeros dentro de 12 millas de las costas del Mar Blanco y en 1922 la Unión Soviética capturó algunas embarcaciones pesqueras británicas fuera de esa zona, pero, ante las protestas de Gran Bretaña, debió ponerlas en libertad.

¹² Con respecto a la pesca y a la caza en las aguas situadas sobre la plataforma submarina, *vid. supra*, núm. 94.

colectivas de Ginebra, de 1931, y de Londres de 1937 y 1946 han reglamentado la caza de la ballena.

Actualmente son tantos los instrumentos de regulación de la pesca y caza marina que trataremos de clasificar los principales por área.

En el Atlántico y el Mar del Norte las Convenciones para Regular la Política de Pesquerías en el Mar del Norte de 1882 y 1887 fueron completadas por la Convención para Regular las mallas de la Red de Pesca y Limitar la Captura de Peces de 1946, la que fue reemplazada por la Convención de Pesquerías del Atlántico Nororiental de 1959, que cubre dicha zona atlántica, el Océano Ártico, parte del Báltico y el Mediterráneo y del que son parte Bélgica, Dinamarca, Francia, la República Federal de Alemania, Irlanda, Holanda, Noruega, Portugal, Polonia, España, Suecia, Gran Bretaña y la Unión Soviética. Existe también la Convención de Pesquerías del Atlántico Noroccidental de 1949 que comprende inclusive los grandes bancos de Terranova, que han sido objeto de controversias por muchos años, y de la que son parte Bélgica, Bulgaria, Canadá, Dinamarca, Francia, la República Federal de Alemania, Islandia, Italia, Japón, Noruega, Polonia, Portugal, España, Gran Bretaña, Estados Unidos y la Unión Soviética. Se pueden agregar la Convención del Atlántico para la conservación del atún de 1966, firmada por Estados Unidos, España, Corea y Japón; el Acuerdo de Estados Unidos y la Unión Soviética sobre Problemas de Pesca en las áreas occidentales del Atlántico Medio, de 1967; el Acuerdo de Estados Unidos y la Unión Soviética sobre la Pesca del Cangrejo gigante, de 1969; el Acuerdo entre Estados Unidos y Cuba, de 1949, sobre la Pesca del Langostino; el Acuerdo entre Estados Unidos y Brasil sobre la Conservación del Langostino, de 1972; el Acuerdo de Canadá y Noruega sobre Caza y Conservación de Focas en el Atlántico Noroccidental de 1971 y el Acuerdo de Islandia, Noruega y la Unión Soviética sobre la Regulación de la Pesca del Arenque Atlántico escandinavo, de 1972.

En el Mar Báltico una convención de 1929, entre Suecia, Dinamarca, Polonia, Alemania y Danzing estableció épocas de veda y en 1932 Suecia, Noruega y Dinamarca firmaron un acuerdo de pesca para el Skagerrak, Kattegat y Sound. Suecia, Dinamarca y la República Federal de Alemania celebraron un Acuerdo para la Protección del Salmón en el Báltico en 1962. En 1969, la Unión Soviética y Finlandia firmaron un Acuerdo para la caza de focas.

En el Mar Negro Bulgaria, Rumania y la Unión Soviética celebraron un acuerdo en 1959, para reglamentar la pesca.

En el Pacífico también se ha concluido varios acuerdos pesqueros a saber: Convención sobre el Pacífico Norte de 1952, del que son parte Japón, Estados Unidos y Canadá; Acuerdo sobre el Cangrejo de Alaska de 1964, en el que son parte Japón y Estados Unidos; Acuerdo para la Pesca fuera de Alaska, de 1964, entre Estados Unidos y la Unión Soviética; Convención sobre la Pesca de Alta Mar en el Pacífico Noroccidental de 1956, del que son parte Japón y la Unión Soviética; la Convención sobre Piel de Focas del Pacífico Norte, del que son parte Estados Unidos, Canadá, Japón y la Unión Soviética; Convención para la Preservación del Hipogloso de 1953 del que son parte Estados Unidos y Canadá y que reemplaza las anteriores convenciones de 1923, 1930 y 1937; el acuerdo entre Japón y Corea sobre pesquerías de 1965; el Acuerdo del Salmón de 1930 entre Estados Unidos y Canadá, completado por el Protocolo de 1956 sobre el salmón rosado en el sistema del río Fraser; los acuerdos entre Ecuador, Perú y Chile firmados en Santiago en 1952, en la Segunda Conferencia sobre la Explotación y Conservación de los Recursos Marinos del Pacífico Sur; el Acuerdo de Pesquerías entre Japón y Nueva Zelandia, de 1967; el Acuerdo sobre Pesquerías del Pacífico Nororiental de 1969 entre los Estados Unidos y la Unión Soviética y la Convención de 1949 entre Estados Unidos, Ecuador, México, Japón, Panamá, Costa Rica y Colombia que creó la Comisión para la Tuna Tropical.

En la Antártida se han firmado después de la Segunda Guerra Mundial: la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas* de 1946, de la que actualmente son parte Argentina, Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Islandia, Japón, México, Noruega, Panamá, Sudáfrica, Unión Soviética, Reino Unido y Estados Unidos; los Arreglos para la Reglamentación de la Caza de la Ballena Pelágica Antártida, del que son parte Japón, Holanda, Noruega, Reino Unido y Unión Soviética, de 1962; el Acuerdo sobre el Esquema Internacional de Observación de los Barcos fábricas dedicados a la Caza de Ballenas Pelágicas en la Antártida de 1963, firmado por los mismos Estados que el anterior; el Acuerdo para reglamentar la pesca de la ballena en la campaña 1970-1971 y el similar de 1972, que establece cuotas para los tres países dedicados a la caza de la ballena, Japón, Noruega y la Unión Soviética.

Excepcionalmente, la explotación de yacimientos fijos que existen en algunas zonas consideradas alta mar está reservada al Estado costero en virtud del uso inmemorial: ocurre así con los yacimientos de ostras

entre 5 y 22 millas al Este de las costas de Irlanda, con los yacimientos de perlas entre 6 y 21 millas de las costas de Ceylán y de la India, en los golfos de Manar y de Palk y con los yacimientos de esponjas y corales hasta 15 millas de las costas de Túnez.

2. El problema de la conservación de la pesca frente a las nuevas técnicas existentes ha sido uno de los más debatidos en las últimas décadas. El conocimiento científico de las riquezas del mar es reciente y las normas jurídicas se encuentran en estado de elaboración ante la nueva realidad. Dos tendencias se han insinuado en el campo jurídico. La primera, quizás más tradicional, por lo que acabamos de ver, busca acuerdos parciales, ya sea por especies o por regiones, para regular la pesca; la otra tendencia entiende que es necesario un sistema universal para regular aquellos problemas que subsisten y que son también muy importantes.

Pero aparte de estas dos tendencias en materia de acuerdos, algunos Estados han entendido que, además, está en su interés proteger la pesca en la zona adyacente a sus costas por medio de medidas unilaterales. De alguna manera puede señalarse que todo el movimiento de extensión del mar territorial, al que ya nos hemos referido,¹³ ha tenido en esencia por objeto proteger los derechos a la pesca por parte del Estado costero, frente a la depredación de las flotas de grandes países pesqueros que han hecho peligrar las existencias de especies marinas. La Declaración del Presidente Truman del 28 de setiembre de 1945 concerniente a la Política de los Estados Unidos con respecto a la Pesca Costera fue el punto de partida, conjuntamente con la Declaración sobre Plataforma Continental, de todo el cambio que se operó en las legislaciones de otros Estados, particularmente latinoamericanos, comprendiendo no ya sólo la pesca en aguas adyacentes sino extendiendo el mar territorial. La Declaración Truman sobre Pesquerías estableció lo siguiente: "En vista de la necesidad urgente de conservar y proteger los recursos pesqueros, el Gobierno de los Estados Unidos considera apropiado el establecimiento de zonas de conservación en aquellas áreas de la alta mar contiguas a las costas de los Estados Unidos donde actividades pesqueras se hayan desarrollado o se desarrollen y se mantengan en el futuro en una escala substancial". La Declaración agrega que las zonas donde sólo nacionales de los Estados Unidos han pescado, serán establecidas y controladas por los

¹³ *Supra*, núm. 91

Estados Unidos, y que donde han pescado conjuntamente nacionales de Estados Unidos y extranjeros se establecerán zonas de conservación, por acuerdo con los Estados que corresponda.

139. EN LAS AGUAS TERRITORIALES E INTERIORES — En el mar territorial y demás aguas interiores, el Estado local tiene el derecho de reservar para sus nacionales la pesca y la caza, así como la explotación de los yacimientos fijos en el lecho o en el subsuelo. La costumbre internacional lo ha establecido así entendiendo que a las poblaciones costeras interesa especialmente explotar y conservar esas riquezas. Como es obvio, los Estados co-ribereños en ríos o lagos pueden convenir la pesca en común en esas aguas.

1. En el Río de la Plata, el Tratado del 19 de noviembre de 1973, establece en el capítulo X en cuanto a pesca que tanto Argentina, como Uruguay, tienen derecho exclusivo en la franja sometida a su jurisdicción, que es de 7 millas, a partir de la costa, en la zona entre el límite exterior y una línea imaginaria entre Colonia (Uruguay) y Punta Lara (Argentina). Desde allí hasta el paralelo de Punta Gorda, donde desemboca el río Uruguay, la zona de jurisdicción y, en consecuencia, de pesca exclusiva, tendrá una anchura de dos millas (art. 53).

‘Fuera de estas franjas ambas partes se reconocen libertad de pesca en el río (art. 53) y regularán, por acuerdo, la conservación y preservación de los recursos vivos (art. 54). En caso que se intensifique la pesca se acordarán volúmenes máximos de captura por especie, que serán distribuidos por partes iguales entre ambos países (art. 55). Las partes se comprometen a intercambiar información sobre su actividad de pesca en el río (art. 56).

El Estatuto del río Uruguay de 1971 contiene también disposiciones sobre pesca. La Comisión Administradora que crea este instrumento puede establecer volúmenes máximos de pesca.

2. En cuanto al subsuelo del río de la Plata, en caso de que un yacimiento se extienda a un lado u otro de la línea de demarcación establecida por el Tratado, éste será explotado, según el artículo 43, “de forma tal que la distribución de los volúmenes del recurso que se extraiga de dicho yacimiento o depósito sea proporcional al volumen del mismo que se encuentre respectivamente a cada lado de dicha línea”. La explotación debe hacerse en estos casos, sin causar perjuicios sensibles a la otra parte y de acuerdo con un aprovechamiento integral y racional.

El capítulo VIII del Estatuto del río Uruguay establece la misma norma, para la misma situación.

En ambos instrumentos se dispone, además, que los yacimientos nacionales, a ambos lados del límite, podrán ser explotados "sin causar perjuicio sensible a la otra parte".

Las instalaciones y obras erigidas con este fin, no podrán interferir en la navegación.

Otro tipo de convenciones como el Consejo de Indico-Pacífico de 1949 y el Consejo de Pesquerías del Mediterráneo, de 1952, tienen por objeto la coordinación del desarrollo y la investigación en esta materia.

Argentina y Brasil celebraron, en 1967, un Acuerdo de Pesca y un Acuerdo de Conservación de los recursos Naturales del Atlántico Sur. El primero autorizaba a los nacionales de la otra parte contratante a pescar, con excepción de tóco gravamen o tasa, en las aguas exteriores a un límite de seis millas contadas desde las líneas de base del mar territorial. La Argentina comunicó en 1972 a Brasil, que ya había ratificado este acuerdo de pesca, que no lo haría. El acuerdo sobre conservación proclama el interés prioritario de ambos países en los recursos naturales del mar adyacente a sus costas y crea una Comisión Mixta para elaborar un convenio con ese objeto.

Recientemente, el 1º de junio de 1976, Gran Bretaña e Islandia firmaron un acuerdo por el cual, hasta el 1º de diciembre de ese año, la pesca dentro de las 200 millas de la costa irlandesa se llevará a cabo de acuerdo con reglamentaciones acordadas por las partes, pero a partir de esa fecha, los pesqueros británicos sólo podrán operar dentro de la zona de 200 millas en la medida que lo decidan las autoridades islandesas. El acuerdo es de un gran importancia, pues suponía, según declaraciones del Ministro de Relaciones Exteriores de Islandia, el reconocimiento británico al límite de 200 millas islandesas, constituyendo un cambio radical en la postura de una gran potencia marítima y pesquera. Efectivamente, en 1977 Gran Bretaña, conjuntamente con los nueve países de la Comunidad Económica Europea, extendió su zona de pesca a 200 millas, tal como lo hemos mencionado en el número 91.

Entre los últimos acuerdos también merecen mencionarse el acuerdo entre Bélgica e Islandia del 28 de enero de 1975, entre la República Federal de Alemania e Islandia del 28 de noviembre de 1975, entre Noruega e Islandia del 10 de marzo de 1976, todos ellos sobre pesca en aguas islandesas; el acuerdo entre Canadá y la Unión Soviética del 19 de mayo de 1976 sobre Relaciones de Pesca Mutuas, el acuerdo entre los

Estados Unidos y la Unión Soviética del 26 de noviembre de 1976, sobre pesca en las costas de Estados Unidos y entre la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos, del 15 de febrero de 1977, con un propósito similar

Estas reclamaciones unilaterales de derecho de pesca en las aguas adyacentes continuaron, como ya lo hemos señalado, en distintas declaraciones de algunos países que extendieron no sólo el derecho de pesca, sino también el mar territorial y otros derechos, de distinto contenido, de acuerdo a cada país. Hoy puede señalarse los siguientes Estados que reclaman inequívocamente derechos exclusivos de pesca más allá de las 12 millas: Argentina, Bangladesh, Brasil, Camerún, Canadá, Chile, Congo, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Filipinas, Gabón, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Gambia, Haití, Irán, Islandia, Malta, Madagascar, Marruecos, Mauritania, México, Nicaragua, Nigeria, Oman, Pakistán, Panamá, Perú, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Tanzania, Tonga, Uruguay, Unión Soviética, Vietnam (República de), Islas Malvinas y los miembros de la Comunidad Económica Europea,¹⁴ etc. Las distancias y las legislaciones varían entre los diferentes Estados. Analizaremos los de América Latina y Estados Unidos. La Argentina por ley 20.138, del 15 de febrero de 1973, que modificó la ley 17.500, de promoción pesquera del 25 de octubre de 1967, reservó la zona marítima de 200 millas bajo soberanía argentina, conforme con la ley 17.094 de 1966, para las embarcaciones con pabellón argentino y previo permiso otorgado por autoridad competente.

Brasil, que extendió el mar territorial a 200 millas, estipuló en decreto-ley 1098, del 4 de marzo de 1970 que el gobierno brasileño regularía la pesca, conservación, exploración e investigación de los recursos vivos del mar territorial, reservándose la facultad de determinar zonas para pesca exclusiva de los brasileños; además, el decreto-ley dispone que los buques extranjeros sólo podrán llevar a cabo sus actividades, en el resto del mar territorial, cuando estén debidamente registrados y autorizados. Se prevé, sobre la base de reciprocidad, la posibilidad de que en acuerdos internacionales se definan derechos de pesca, investigación y explotación del mar territorial. En 1971, por decreto número 68.459 se estableció una zona de pesca exclusiva de 100 millas.

Chile en sucesivos decretos de 1959, 1961 y 1963 prevé el otorgamiento de permiso de pesca dentro de las aguas territoriales chilenas y dentro de las 200 millas establecidas en la Declaración de Santiago.

¹⁴ *Vid. Límites de zona exclusiva de pesca*, núm. 91.

La legislación ecuatoriana no excluye la posibilidad de los extranjeros de pescar en el mar territorial de 200 millas, de acuerdo al capítulo II de la ley de Pesca y Fomento Pesquero nº 110-CL del 6 de marzo de 1969 y el decreto de Pesca y Fomento Pesquero del 15 de octubre de 1969.

El Salvador ha dividido en su Ley de Pesca de 1955 su mar territorial de 200 millas, en tres zonas. La primera hasta 12 millas la denomina pesca costera, la segunda hasta 200 millas pesca marítima y la tercera más allá de las 200 millas, pesca mar adentro. La primera zona, estaba reservada, en 1955, exclusivamente para salvadoreños. Pero la nueva ley de pesca de 1970 extendió a 60 millas la zona exclusiva para nacionales. Más allá podrán pescar buques que se registren.

El Decreto Ejecutivo I-L del 5 de abril de 1965 de Nicaragua estableció una zona nacional de pesca hasta 200 millas de la costa. Dentro de ella opera un sistema de licencias especiales de acuerdo a la Ley especial de Pesca 577, del 20 de enero de 1961.

Haiti estableció una zona de pesca exclusiva de 15 millas en 1972. Panamá extendió en 1967 su mar territorial a 200 millas, pero anteriormente se legisló teniendo en cuenta distintos tipos de especies de peces y en 1964 se prohibió la pesca dentro de las 12 millas por buques de más de 10 toneladas.

El Perú proclamó en 1947 una zona de control y protección de las riquezas marinas de 200 millas. La Ley General de Pesca 18.810 del 25 de marzo de 1971 y el Decreto Supremo 011-71-PE del 25 de junio de 1971, prevé, en su artículo 29, la posibilidad de pesca por barcos de bandera extranjera bajo ciertas modalidades.

Uruguay también ha proclamado, en 1969, un mar territorial de 200 millas por el decreto 604/69. La Ley de Pesca 13.833 del 29 de diciembre de 1969 reserva en su artículo 4º dichas actividades para buques de bandera nacional en una zona de 12 millas. Más allá y hasta las 200 millas las embarcaciones pesqueras extranjeras podrán operar con autorización del Poder Ejecutivo otorgada de acuerdo a esta ley y a los convenios internacionales que celebre el Uruguay.

Costa Rica proclamó en 1948 y 1949 la soberanía nacional sobre los mares adyacentes hasta 200 millas "para proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales que sobre, en o bajo de ellos existen o lleguen a existir quedando, desde ahora, bajo la vigilancia del gobierno de Costa Rica, la pesca y la caza marítima que se practiquen en dichos mares con el objeto de evitar una explotación inadecuada de sus riquezas naturales".

México agregó un párrafo al artículo 27 de la Constitución por decreto del 6 de febrero de 1976, vigente al 6 de junio de 1976, por el que se crea una zona económica exclusiva fuera del mar territorial, de una extensión de 200 millas náuticas, a partir de las líneas de base del mar territorial. "donde se ejercerán los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso".

El 13 de abril de 1976, el Presidente de los Estados Unidos promulgó la llamada "Fisheries Jurisdiction Act", que extiende la zona de pesca exclusiva de 12 a 200 millas, y se efectiviza el 1º de marzo de 1977. Los derechos exclusivos se extienden a las especies andrógenas que tengan su origen en Estados Unidos, como el salmón, y a los recursos pesqueros de la plataforma continental. Quedan excluidas de esta legislación las especies altamente migratorias, como el atún.

La nueva ley sólo permite la pesca de buques extranjeros, si, después de establecida la cuota óptima de la especie, existe un sorplus que no ha sido asignado a pesqueros norteamericanos, pero previo pago de aranceles destinados a los costos de investigación y administración. Se establece un detallado procedimiento para lograr estos permisos, teniendo en cuenta la existencia de acuerdos, vigentes al 1º de marzo de 1977.

La ley contiene también normas referentes a los pesqueros norteamericanos en aguas lejanas, como el caso de la tuna y los langostinos, que han dado lugar a tantos incidentes y problemas. Si durante un periodo razonable no se llega a acuerdos permitiendo a estos pesqueros acceso a zonas exclusivas de pesca de otros Estados, con especies altamente migratorias, no se permitirá la importación en Estados Unidos de productos pesqueros del Estado en cuestión.

El Secretario de Estado debe buscar llegar a acuerdo con los Estados vecinos para delimitar las respectivas áreas de pesca.

Si los Estados Unidos ratifica un tratado sobre el derecho del mar, el Secretario de Comercio y el Secretario de Estado pueden promulgar los cambios necesarios para ajustar los reglamentos administrativos al tratado. Esta norma se adopta para el caso que la Conferencia sobre el Derecho del Mar adopte tal tratado.

Dada la anterior posición de los Estados Unidos y su condición de gran potencia marítima, esta ley asume considerable importancia y por ello meritúa el comentario algo extenso que acabamos de hacer. Indudablemente la adopción de la "Fisheries Jurisdiction Act" tendrá repercusiones en las posiciones de otros Estados.

La Unión Soviética, por Edicto del Presidium del Soviet Supremo, del 10 de diciembre de 1976, sobre medidas provisionales para la preservación de los recursos vivos y reglamentación de pesca en las áreas marinas, estableció una zona de 200 millas en la que tendrán efecto las medidas provisionales para el cumplimiento de los fines del Edicto. Las medidas presentan este carácter provisional a la espera de los resultados de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar y comprenden el ejercicio de derechos soberanos sobre los peces y recursos vivos del mar a los efectos de su exploración, explotación y preservación. La pesca comercial por extranjeros debe ser realizada dentro de ciertas áreas sobre la base de acuerdos con otros países. Se establece que la óptima utilización de los recursos se hará sobre la base de datos científicos. Se prevé la posibilidad del establecimiento de cuotas para Estados extranjeros y un régimen de multa para las violaciones del Edicto.

La posición asumida por la Unión Soviética también tendrá repercusión en las posiciones de otros Estados.

3. Además de estas reclamaciones unilaterales y de los acuerdos parciales por especie o por zona para regular la pesca y su conservación, la Conferencia de Ginebra de 1958 aprobó una Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la alta mar,^{***} que aunque ha recibido un número relativamente escaso de ratificaciones, ha entrado en vigor por alcanzar las 22 necesarias para ello, conforme a lo dispuesto en su artículo 28.

La Conferencia de Ginebra fue precedida, en 1955, por la Conferencia Técnica Internacional sobre la Conservación de los Recursos Vivos del Mar, celebrada en Roma, en 1955, cuya labor influyó en el proyecto preparado por la Comisión de Derecho Internacional para Ginebra. La Comisión en sus primeros estudios había favorecido la idea de la creación, de *lege ferenda*, de una autoridad internacional, cuyas decisiones tuvieran efecto obligatorio para proteger la pesca contra la exterminación de determinadas especies. La Conferencia de Roma recomendó que era mejor conservar, para los objetivos propuestos, el sistema de acuerdos por especies o regiones según las conveniencias. El informe indicó algunos principios futuros para guiar las convenciones a adoptarse, destacando que debería tenerse en cuenta en los futuros programas de conservación los especiales intereses del Estado costero. La C.D.I., después de

^{***} Vid, Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 83 a 89.

Roma, modificó su criterio y abandonó la idea de una autoridad internacional u otro tipo de sistema internacional, estableciendo en su proyecto un sistema de arbitraje, para los desacuerdos entre Estados, sobre medidas de conservación.

El artículo 1º de la Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar de Ginebra, del 29 de abril de 1958, reafirma el derecho de pesca en alta mar para los nacionales de todos los Estados salvo las obligaciones convencionales que puedan haberse adquirido, los intereses y derechos del Estado costero estipulados en la Convención y las disposiciones sobre conservación que figuran en la misma. El artículo 1º en su inciso 2º crea la obligación a los Estados de adoptar o colaborar con otros Estados para la adopción de medidas, con relación a sus nacionales, para la conservación de los recursos vivos de la alta mar.

Se entiende por "conservación de los recursos vivos de la alta mar" según el artículo 2º, las medidas tendientes a asegurar el rendimiento óptimo de esos recursos para lograr el máximo abastecimiento de alimentos.

Si se trata del caso de que nacionales de un solo Estado pesquen en una zona de la alta mar, conforme con el artículo 3º, dicho Estado debe unilateralmente adoptar medidas de conservación respecto a esa zona.

Si nacionales de dos o más Estados pescan en las mismas reservas de peces u otros recursos vivos, en cualquier zona de la alta mar, el artículo 4º crea la obligación a los Estados Partes de entablar negociaciones para acordar medidas para la conservación de los recursos vivos que se aplicarán a sus propios nacionales. Los acuerdos serán por especies, y aplicables por las autoridades nacionales, no por un ente internacional.

En caso de no llegar a acuerdo la Convención establece un procedimiento de solución de controversias, en los artículos 9º a 12. Para ello se formará, salvo que se adopte otro método de solución pacífica, una comisión de cinco miembros, designados por las partes en el litigio y si no hay acuerdo por el Secretario General, cuyas decisiones serán obligatorias.

Según el artículo 5º si un Estado quiere pescar en zonas donde ya se ha establecido un acuerdo o una medida unilateral para conservación de los recursos vivos, conforme con los artículos 3º y 4º, estará obligado por el régimen ya estipulado. Si no se llega a un acuerdo sobre la aplicación de estas medidas entrará en funcionamiento el mecanismo de solución pacífica de la Convención.

El artículo 6º reconoce el "interés especial" del Estado costero en el mantenimiento de los recursos vivos de la alta mar adyacente a su mar territorial. Por ello tiene derecho a participar en todo estudio, investigación o reglamentación relativos a la conservación de los recursos vivos, aunque sus nacionales no pesquen en dicha zona adyacente. A su vez, los Estados que pesquen deberán entablar negociaciones con el Estado costero, si éste lo pide, para adoptar las medidas necesarias para la conservación de los recursos vivos en esa zona y no podrán en vigor tal tipo de medidas de conservación si se oponen a las que ya haya adoptado el Estado costero, pero podrá entablar negociaciones. Si no hubiere acuerdo en las negociaciones, entrará en marcha el mecanismo de solución de controversias.

Dado el interés especial del Estado ribereño en las pesquerías cercanas a sus costas, puede establecer unilateralmente zonas de conservación si no hubiere acuerdo dentro de los seis meses de iniciadas las negociaciones, siempre que dichas medidas, conforme con el artículo 7º hubiere una necesidad urgente, se base su establecimiento en dictámenes científicos y no exista discriminación contra los pescadores extranjeros. Estas medidas continuarán en vigor hasta que dictamine la Comisión especial.

En el caso de pesca mediante aparejos fijos en el lecho del mar, el Estado ribereño puede reglamentar este tipo de pesca en zona de la alta mar adyacente a sus costas, conforme con el artículo 13 de la Convención, si sus nacionales han mantenido y explotado esas pesquerías durante largo tiempo, siempre que, en condiciones de igualdad, se autorice la pesca a extranjeros, salvo que los nacionales hayan usado este tipo de pesquerías durante un periodo prolongado.

4. Las normas que regulan la explotación del subsuelo del mar han sido extensamente explicadas en los números 94 y 94a, dedicados a la plataforma continental y a los fondos marinos y oceánicos en el Capítulo VII.

IV JURISDICCION EN LOS BUQUES

140. NOCIONES GENERALES. — Todo buque, tanto público como privado, está sometido, en principio, a la jurisdicción del Estado de su bandera; de tal manera que el buque, las cosas y las personas a su bordo, cualesquiera que sean su carácter y su nacionalidad, hallanse regidos por la ley del pabellón y subordinados a su aplicación por las autoridades competentes del Estado respectivo.

A modo de fundamento jurídico de la norma indicada se ha dicho desde comienzos del siglo XVIII que toda nave "es una parte flotante del territorio del Estado cuya bandera enarbola" (teoría de la territorialidad del navío) o bien se ha expresado que el buque "es una prolongación del territorio nacional" (teoría de la extraterritorialidad del navío). Una y otra teoría, aunque por distinto camino, llegan a la misma conclusión práctica: la teoría de la territorialidad sustenta la jurisdicción del pabellón asimilando el buque al territorio nacional, pero sin tener en cuenta la naturaleza jurídica del territorio en que navega: la teoría de la extraterritorialidad excluye al buque de la jurisdicción del territorio en que se encuentra, mediante la ficción de que el buque constituye también territorio extranjero, y lo entrega a la jurisdicción de la bandera que posee.

En el uso corriente, ambas teorías llegaron a fusionarse adoptándose, sin duda por ser más gráfica, la segunda fórmula, referente a la "extraterritorialidad" del navío. Pero esa fórmula, admitida a título de ficción, era inexacta: porque, en cuanto a los buques privados, únicamente podía adoptarse cuando se hallan en el alta mar y siendo tiempo de paz, pero no así en tiempo de guerra, puesto que entonces aquéllos, aunque sean neutrales, pueden ser objeto allí de visita y apresamiento, y menos aún se ajustaba a la realidad más frecuente, que se presenta cuando los buques privados se encuentran, siendo tiempo de paz, en aguas territoriales extranjeras.

Aquella ficción, admitida como una metáfora expresiva aunque inexacta, vino a confundir las ideas. La doctrina ha terminado por desecharla, declarando simplemente que la jurisdicción del pabellón en los buques constituye una norma de convivencia establecida por la costumbre internacional. Adoptada al comienzo como actitud de respeto y cortesía hacia otra bandera, la reciprocidad consiguiente ha demostrado su utilidad, de tal modo que esa costumbre no ha menester de otro fundamento.

141. JURISDICCIÓN EN LOS BUQUES PÚBLICOS. — En la alta mar, los buques públicos dependen únicamente de la jurisdicción del Estado a que pertenecen. El artículo 8º, inciso 1º, de la Convención sobre la Alta Mar dispone: "Los buques de guerra que navegan en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera".

1. Cuando se hallan en mar territorial o en aguas interiores de Estado extranjero, los buques públicos gozan de ciertas inmunidades de jurisdicción local, aunque no absolutas. Estas inmunidades no se fundan en la ficción de la "extraterritorialidad" del buque, ni tampoco en el argumento, enunciado a veces, de que él posea carácter representativo, porque esto no es exacto; dichas inmunidades provienen de la necesidad de que el Estado del pabellón ejerza control permanente y exclusivo, tanto en la alta mar como en aguas extranjeras, sobre sus buques públicos —especialmente los de guerra—, en razón de su destino y organización disciplinaria.

Debemos advertir desde ya que en todos los casos —ya sea que el buque público goce o no de inmunidad de jurisdicción— el Estado local debe abstenerse de ejercer actos de autoridad a bordo y de adoptar con respecto a él, para responder a las obligaciones que se le atribuyen, medidas precautorias, conservatorias o de disposición (detención, embargo, venta, etc.);¹⁵ pero, si un buque público viola los reglamentos relativos a la seguridad o a la navegación o si efectúa actos inamistosos u hostiles, el Estado local puede intimarle abandonar sus aguas, puede plantear una reclamación diplomática y aun puede adoptar a su respecto las medidas de coerción que la gravedad y la urgencia de los hechos requieran.

Entendemos que son también de aplicación en esta sección sobre Jurisdicción en los Buques Públicos, las normas pertinentes de la Convención sobre Mar Territorial dedicadas al paso inocente, que fueron comentadas en el § 135.1. Dichas normas son el artículo 17, aplicable a todos los buques y en consecuencia a los buques públicos, que dispone que los buques extranjeros deberán cumplir con las leyes y reglamentos del Estado ribereño y las normas del derecho internacional sobre paso inocente; el artículo 22, sobre buques de Estado con fines no comercia-

¹⁵ Resolución I.D.I. (Estocolmo 1928, art. 26).

IV JURISDICCION EN LOS BUQUES

140. NOCIONES GENERALES. — Todo buque, tanto público como privado, está sometido, en principio, a la jurisdicción del Estado de su bandera; de tal manera que el buque, las cosas y las personas a su bordo, cualesquiera que sean su carácter y su nacionalidad, hallanse regidos por la ley del pabellón y subordinados a su aplicación por las autoridades competentes del Estado respectivo.

A modo de fundamento jurídico de la norma indicada se ha dicho desde comienzos del siglo XVIII que toda nave "es una parte flotante del territorio del Estado cuya bandera enarbola" (teoría de la territorialidad del navío) o bien se ha expresado que el buque "es una prolongación del territorio nacional" (teoría de la extraterritorialidad del navío). Una y otra teoría, aunque por distinto camino, llegan a la misma conclusión práctica: la teoría de la territorialidad sustenta la jurisdicción del pabellón asimilando el buque al territorio nacional, pero sin tener en cuenta la naturaleza jurídica del territorio en que navega: la teoría de la extraterritorialidad excluye al buque de la jurisdicción del territorio en que se encuentra, mediante la ficción de que el buque constituye también territorio extranjero, y lo entrega a la jurisdicción de la bandera que posee.

En el uso corriente, ambas teorías llegaron a fusionarse adoptándose, sin duda por ser más gráfica, la segunda fórmula, referente a la "extraterritorialidad" del navío. Pero esa fórmula, admitida a título de ficción, era inexacta: porque, en cuanto a los buques privados, únicamente podía adoptarse cuando se hallan en el alta mar y siendo tiempo de paz, pero no así en tiempo de guerra, puesto que entonces aquéllos, aunque sean neutrales, pueden ser objeto allí de visita y apresamiento, y menos aún se ajustaba a la realidad más frecuente, que se presenta cuando los buques privados se encuentran, siendo tiempo de paz, en aguas territoriales extranjeras.

Aquella ficción, admitida como una metáfora expresiva aunque inexacta, vino a confundir las ideas. La doctrina ha terminado por desecharla, declarando simplemente que la jurisdicción del pabellón en los buques constituye una norma de convivencia establecida por la costumbre internacional. Adoptada al comienzo como actitud de respeto y cortesía hacia otra bandera, la reciprocidad consiguiente ha demostrado su utilidad, de tal modo que esa costumbre no ha menester de otro fundamento.

141. JURISDICCIÓN EN LOS BUQUES PÚBLICOS. — En la alta mar, los buques públicos dependen únicamente de la jurisdicción del Estado a que pertenecen. El artículo 8º, inciso 1º, de la Convención sobre la Alta Mar dispone: "Los buques de guerra que navegan en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera".

1. Cuando se hallan en mar territorial o en aguas interiores de Estado extranjero, los buques públicos gozan de ciertas inmunidades de jurisdicción local, aunque no absolutas. Estas inmunidades no se fundan en la ficción de la "extraterritorialidad" del buque, ni tampoco en el argumento, enunciado a veces, de que él posea carácter representativo, porque esto no es exacto; dichas inmunidades provienen de la necesidad de que el Estado del pabellón ejerza control permanente y exclusivo, tanto en la alta mar como en aguas extranjeras, sobre sus buques públicos —especialmente los de guerra—, en razón de su destino y organización disciplinaria.

Debemos advertir desde ya que en todos los casos —ya sea que el buque público goce o no de inmunidad de jurisdicción— el Estado local debe abstenerse de ejercer actos de autoridad a bordo y de adoptar con respecto a él, para responder a las obligaciones que se le atribuyen, medidas precautorias, conservatorias o de disposición (detención, embargo, venta, etc.);¹⁵ pero, si un buque público viola los reglamentos relativos a la seguridad o a la navegación o si efectúa actos inamistosos u hostiles, el Estado local puede intimarle abandonar sus aguas, puede plantear una reclamación diplomática y aun puede adoptar a su respecto las medidas de coerción que la gravedad y la urgencia de los hechos requieran.

Entendemos que son también de aplicación en esta sección sobre Jurisdicción en los Buques Públicos, las normas pertinentes de la Convención sobre Mar Territorial dedicadas al paso inocente, que fueron comentadas en el § 135.I. Dichas normas son el artículo 17, aplicable a todos los buques y en consecuencia a los buques públicos, que dispone que los buques extranjeros deberán cumplir con las leyes y reglamentos del Estado ribereño y las normas del derecho internacional sobre paso inocente; el artículo 22, sobre buques de Estado con fines no comercia-

¹⁵ Resolución I.D.I. (Estocolmo 1928, art. 26).

les, a los que se aplican las normas generales sobre dicho paso, sin que nada de lo dispuesto en la Convención afecte las inmunidades que gozan dichos buques y el artículo 23, sobre buques de guerra, por el que el Estado ribereño puede exigir su salida del mar territorial, si no respeta las disposiciones locales.

a) En cuanto a las obligaciones emergentes de contratos (suministros, reparaciones, asistencia y salvamento, etc.) o de cuasidelitos (abordajes, etc.) los buques públicos, mientras se hallan en mar territorial o en aguas interiores de Estado extranjero, están exentos, por las razones que acabamos de indicar, de la jurisdicción civil de ese Estado; las obligaciones civiles contraídas en virtud de contratos o de cuasidelitos por individuos de la tripulación obrando a título puramente personal corresponden a la jurisdicción local, pero el responsable no es pasible de medidas judiciales que importen substraerle al servicio público a que está afectado.¹⁶

En todos los casos en que la inmunidad de jurisdicción ampara al buque público o a sus tripulantes, la persona lesionada puede promover las acciones correspondientes ante la jurisdicción del pabellón; si este procedimiento estuviere cerrado, quédale el recurso de la protección diplomática.

b) La jurisdicción penal en los delitos cometidos a bordo de un buque de guerra por miembros de la tripulación, mientras él se encuentra en aguas extranjeras, corresponde al Estado del pabellón;¹⁷ pero si el tripulante inculcado fuese entregado a la autoridad local por el capitán, se entiende que ella es competente para juzgarlo.¹⁸ Cuando en el hecho delictuoso sólo intervienen individuos ajenos a la tripulación, corresponde de la jurisdicción local.¹⁹

¹⁶ *Ibidem*, art. 25.

¹⁷ Tratado de derecho penal internacional (Montevideo, 1889, art. 8º), vigente entre la República Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

¹⁸ En 1891 ocurrió a bordo de la cañonera chilena *Pilcomayo*, mientras se hallaba en el puerto de Buenos Aires, una sublevación apoyando el movimiento revolucionario estallado en su país. La revuelta fue sofocada, después de una lucha en que resultaron varios muertos y heridos. El comandante del buque pidió la intervención de las autoridades argentinas y la Legación de Chile solicitó el traslado de los heridos a los hospitales y que los demás sublevados fuesen detenidos en tierra a su disposición por el término de tres días y, una vez prorrogado éste por tres más, requirió le fuesen devueltos a bordo; entretanto, se plantearon recursos de *hábeas corpus* a favor de éstos, y los tribunales argentinos dispusie-

Cuando el hecho punible ha sido cometido en tierra por tripulantes de un buque de guerra extranjero, la jurisdicción local es competente en caso de delito; pero si se trata sólo de infracciones que afectan principalmente la disciplina del buque, corresponde la jurisdicción del pabellón.²⁰

Con respecto a los delitos cometidos a bordo de buques públicos que no son de guerra —es decir, de los que perteneciendo a un Estado hállanse afectados exclusivamente a un servicio gubernamental y no comercial— la jurisdicción penal corresponde al Estado local, aun cuando el inculcado pertenezca a la tripulación, pero con las limitaciones que más adelante se indican en cuanto a los buques privados. Esta solución se explica porque el referido buque público no está sometido al régimen disciplinario característico de las instituciones militares y por tanto la jurisdicción penal ejercida por otro Estado no compromete necesariamente el orden interno de la nave.

142. JURISDICCIÓN EN LOS BUQUES PRIVADOS. — Los buques privados se hallan, en cuanto a la jurisdicción aplicable, en condición distinta a los buques públicos. Ello se debe a varias causas: al objeto a que están destinados, que es meramente comercial o por lo menos de interés privado; al hecho de que su tripulación no está sometida al régimen militar; a la circunstancia, derivada igualmente de su destino, de ponerse con frecuencia en contacto, mediante viajes regulares, con la soberanía de otros Estados y a que esos buques son, por lo general, de propiedad de personas privadas.

ron su libertad inmediata fundándose en que el delito imputado era de carácter político o conexo y en que la Legación había entregado aquellos tripulantes a las autoridades locales y éstas los habían recibido "sin obligarse a mantenerlos en secuestro más allá de lo que las leyes del país permitiesen" (*Fallos de la Corte Suprema*, t. 43, pág. 321).

El I.D.I. ha adoptado como regla que la entrega por el capitán del individuo inculcado —ya pertenezca o no a la tripulación— autoriza el ejercicio de la jurisdicción local (Resoluciones de L. Haya, en 1898, art. 16, y de Estocolmo, en 1928, arts. 10 y 18).

¹⁹ *Tratado de derecho penal internacional* (Montevideo, 1889,* art. 9º, §§ 1º y 3º).

²⁰ *Tratado de derecho penal internacional*, subscripto en Montevideo en 1889*, art. 9º, § 2º.

El I.D.I. (Estocolmo, 1928) recomienda otra solución en el art. 20: si el inculcado se hallaba en tierra para realizar actos del servicio, la autoridad local debe entregarlo al comandante de la nave para ser juzgado; y, si se encontraba fuera de servicio, corresponde que sea juzgado por el Estado local, en caso de que éste logre detenerlo, pero si el individuo llega a bordo las autoridades locales sólo pueden exigir que sea juzgado por el Estado del pabellón.

bandera del buque inculpado como por el Estado lesionado, este último a condición de que no pretenda ejercerla cuando el buque extrajero se halla en la alta mar sino cuando se coloca en el territorio de su jurisdicción. Esa sentencia —adoptada por el voto de desempate del presidente de la Corte, pues habianse pronunciado seis jueces a favor y seis en contra— ha sido objeto de severas críticas, especialmente porque la norma jurídica que enuncia en primer término, esto es, la competencia del Estado del buque inculpado, viene a quedar destruida en el caso —que muchas veces depende de una arribada forzosa— de que ese buque se ponga al alcance del Estado que se considere lesionado, y expone al buque a diversos procesos penales cuando existen personas damnificadas de diversas nacionalidades.

Es indudable que en las acciones emergentes de un abordaje en alta mar entre buques de distintas nacionalidades debe entender un solo tribunal y debe aplicarse una sola ley; y en este sentido parece preferible que el tribunal competente sea el del domicilio del inculpado y que, en cuanto a la ley, predomine la que sea más favorable a este mismo. Las convenciones colectivas sudamericanas de Montevideo se encaminan hacia aquel desiderátum.²²

La regla aplicada por la C.P.I.J. en el caso *Lotus* ha sido dejada de lado en la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas relativas a la Competencia Penal en materia de abordaje u otros accidentes de navegación y en la Convención de Ginebra sobre la Alta

²² El tratado de derecho comercial internacional suscripto en Montevideo en 1889* ha adoptado (arts. 12 y 13), para las acciones civiles emergentes de abordaje en alta mar entre buques de distinta nacionalidad, la jurisdicción de los tribunales del país a que primero arriben; y, si ocurriese naufragio, corresponde la jurisdicción, a elección del demandante, de los tribunales del pabellón del buque o del domicilio del demandado. En ambos casos, la ley aplicable es la más favorable al demandado.

El tratado de navegación comercial internacional, firmado en Montevideo en 1940* con el propósito de reemplazar al anterior, expresa para las acciones civiles (arts. 7º y 8º) que "cada buque estará obligado en los términos de la ley de su bandera, no pudiendo obtener más de lo que ella le concede", y la acción debe ejercerse, a elección del demandante, ante los tribunales del domicilio del demandado, o ante los del puerto de la matrícula del buque, o ante los que ejerzan jurisdicción en el lugar en donde el buque fue embargado en razón del abordaje o hiciera su primera escala o arribare eventualmente; además considera el caso de las acciones penales (art. 9º), estableciendo que los capitanes y otras personas al servicio de buque no podrán ser encausados penal o disciplinariamente sino ante los tribunales del Estado cuya bandera enarbolaba el buque en el momento del abordaje.

Mar de 1958. En estas convenciones en caso de abordajes, en alta mar, la competencia con relación al capitán de un buque pertenece exclusivamente al Estado de la bandera, salvo que el capitán sea nacional de otro Estado, en cuyo caso queda reservado el derecho de dicho Estado, en materia disciplinaria y penal. El artículo 11 de la Convención sobre la Alta Mar dispone: "... En caso de abordaje o de cualquier accidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar, que pueda entrañar una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque, las sanciones penales y disciplinarias contra esas personas sólo se podrán ejercitar ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado cuya bandera enarbola el buque o ante las del Estado de que dichas personas sean nacionales. 2. En materia disciplinaria, el Estado que haya expedido un certificado de mando, o un certificado o licencia de competencia, podrá, siguiendo el procedimiento jurídico correspondiente, decretar la retirada de esos títulos incluso si el titular no es nacional del Estado que los expidió. 3. No podrá ser ordenado ningún embargo ni retención sobre el buque, ni siquiera como medida de instrucción, por otras autoridades que las del Estado cuya bandera enarbola el buque".

La ley argentina de navegación 20.094, dispone en su artículo 613 que en caso de abordaje u otros incidentes en aguas no jurisdiccionales, las autoridades judiciales o administrativas nacionales son competentes para entender en las acciones penales y disciplinarias, por actos del capitán o miembro de la tripulación, cuando el buque sea argentino, al tiempo del abordaje o accidente. Por el artículo 617 los tribunales nacionales son competentes en juicios originados en asistencia, salvamento o abordaje en aguas jurisdiccionales argentinas. En caso de asistencia y salvamento en aguas no jurisdiccionales, entienden los tribunales nacionales, según el artículo 618, cuando uno de los buques es nacional, cuando el demandado tiene residencia habitual o sede social en la República, cuando el buque auxiliado hace su primera escala o arriba eventualmente a puerto argentino. En caso de abordaje, en aguas no jurisdiccionales, entienden los tribunales nacionales, cuando uno de los buques es de matrícula nacional, cuando el demandado tiene su residencia habitual o sede social en la República, cuando uno de los buques es embargado en puerto local con motivo del abordaje u otorga en dicho lugar fianza substitutiva o cuando después del abordaje hace su primera escala o arriba eventualmente a puerto argentino.

2. Los actos que realizan a bordo de un buque privado mientras se encuentra en aguas territoriales de otro Estado —es decir, en su mar territorial o en sus aguas interiores— se hallan sometidos, en principio, a la jurisdicción de este Estado. La regla no es absoluta: está condicionada por el interés que él puede tener en aquellos actos a causa de la afectación del orden público local, lo que depende principalmente de la circunstancia de que el buque esté en puerto (o rada) o surque las aguas territoriales.

a) Cuando el buque privado está en puerto o rada se entiende que el estado local es incompetente en las cuestiones de carácter civil o comercial que se susciten entre el capitán y los tripulantes,²³ tales como las relativas al contrato de ajuste, a los salarios, a los accidentes del trabajo, etc.; éstas corresponden a la jurisdicción del pabellón;²⁴ pero hay tratados que encomiendan resolverlas al cónsul respectivo en el lugar. Las contestaciones civiles o comerciales entre personas ajenas a la tripulación y por otra parte el capitán o los miembros de ésta —generalmente a causa de obligaciones contractuales o cuasidelictuales (por ejemplo un abordaje)— originadas en las aguas territoriales, interesan al Estado local, y por tanto él es competente para dirimir las por sus propias leyes.²⁵

Los nacimientos o defunciones que se produzcan a bordo de un buque privado hallándose en puerto o rada de otro Estado, deben ser comunicados por el capitán a las autoridades locales; por otra parte, a los efectos consiguientes en el Estado del pabellón, el capitán o el cónsul respectivo pueden efectuar los actos jurídicos que su ley requiera para dejar constancia oficial del referido nacimiento o defunción.²⁶

²³ I.D.I. (Estocolmo, 1928, art. 38).

²⁴ I.D.I. (La Haya, 1898, arts. 33 y 35).

²⁵ I.D.I. (La Haya, 1898, art. 33, y Estocolmo, 1928, art. 39).

²⁶ En principio, no hay obligación de comunicar a las autoridades locales los actos de estado civil de carácter voluntario: matrimonio, adopción, reconocimiento de hijos naturales o legitimación; es de presumir que esos actos —que sólo excepcionalmente se realizan en tales circunstancias— están destinados a producir efecto en el extranjero, y por tanto se rigen por la ley del pabellón; pero el Estado local, a fin de salvaguardar el orden público, puede disponer en sus leyes que los actos así producidos tendrán valor en el país solamente cuando se efectúen por intermedio de sus oficiales públicos.

Por otra parte, los oficiales públicos, cuando sean requeridos para efectuar a bordo actos propios de sus funciones, deben ajustarse al respecto a las leyes de fondo y de forma del Estado local (I.D.I., La Haya, 1898, art. 38, y Estocolmo, 1928, art. 43).

La jurisdicción penal en los buques privados, mientras se encuentran en aguas territoriales de otro Estado, es definida por el Estado local apreciando en cada caso los hechos según se trate de infracciones que sólo afectan la disciplina de a bordo, las cuales son de competencia de la bandera del buque, o que se trate de infracciones o delitos que afecten el orden público del Estado local, en cuyo caso éste es competente.²⁷ Antes de que se llegase a estas conclusiones se abrieron camino en la práctica y en los tratados dos fórmulas establecidas por la jurisprudencia en Inglaterra y en Francia: el "sistema inglés" afirma la jurisdicción local, pero deja librada la determinación en cada caso a la autoridad competente, la cual subordina la decisión a la circunstancia de que la intervención de la autoridad local haya sido requerida por la autoridad del buque o por persona directamente interesada, o bien a que el hecho haya perturbado la tranquilidad del puerto; según el "sistema francés" la competencia local procede cuando el hecho punible ha sido cometido a bordo por un miembro de la tripulación contra persona extraña a ella, pero no así cuando ha sido cometido en detrimento de otro miembro de la tripulación salvo que se haya reclamado la intervención de la autoridad local o que el hecho haya comprometido la tranquilidad del puerto. El sistema francés se originó en una opinión del Consejo de Estado en 1806 sobre el caso de los buques estadounidenses Sally y Newton, en los que habían habido ataques de miembros de la tripulación contra otros, en cada barco separadamente. Tanto las autoridades francesas, como los cónsules norteamericanos se consideraban competentes. El Consejo dictaminó que correspondía juzgar a los cónsules, porque los hechos no perturbaban la paz del puerto y que correspondía la jurisdicción francesa sólo si estaban de por medio asuntos de interés del Estado o asuntos de policía por delitos cometidos a bordo, por miembros de la tripulación contra extraños. En asuntos de disciplina interna o aun en casos de infracciones cometidas por un miembro de la tripulación contra otro no debe intervenir la autoridad local, a menos que sea requerida o los hechos perturben la paz del puerto. Esta doctrina del Consejo de Estado fue modificada en 1859 en ocasión del asesinato de un miembro de la tripulación del buque norteamericano *Tempest* por un oficial de dicha nave. Los tribunales franceses se declararon competentes, sobre la base de que ciertos delitos son de por sí tan graves que el mero hecho de que tengan lugar, aunque

²⁷ Los hechos delictuosos cometidos en tierra por personas de la tripulación corresponden desde luego, sin limitación alguna, a la jurisdicción del lugar.

no traigan otras consecuencias, perturba la paz del puerto. El Instituto de Derecho Internacional (Estocolmo, 1928, arts. 33 y 34) propuso una fórmula que aclara la materia y que puede resumirse como sigue: 1º todo buque privado, por el solo hecho de encontrarse en un puerto o en una zona de mar colocada bajo igual régimen, está sometido a la jurisdicción del Estado local, tanto en lo que respecta a los hechos delictuosos cometidos a bordo como a los cometidos en tierra por personas de la tripulación; 2º las infracciones a la disciplina corresponden a la justicia nacional del buque, a condición de que no estén acompañadas de delitos de derecho común, pero en ellas debe admitirse la intervención de la autoridad territorial si su concurso ha sido requerido o si el hecho, por su naturaleza, perturba la tranquilidad del puerto.²⁸

En el caso de detención de una persona a bordo de un buque en puerto extranjero, los tribunales locales pueden investigar las razones de la detención y aun liberarlo, si dicha detención es irregular de acuerdo a la ley del pabellón. Esta doctrina fue sentada en el caso *El Kantara*. Un buque francés que recaló en un puerto australiano, en 1922, llevando a bordo dos reclusos que iban camino de un penal francés. Los reclusos escaparon y el barco zarpó. Pero las autoridades locales los detuvieron y los entregaron a otro barco francés. Antes de zarpar se presentó un recurso de habeas corpus, que fue denegado sobre la base de que *prima facie* no había razones para creer que la detención era ilegal de acuerdo con el derecho francés.

²⁸ En las siguientes convenciones consulares que tiene vigentes la República Argentina se ha estipulado que corresponde a la jurisdicción local entender en los hechos producidos a bordo que perturben la tranquilidad del puerto o cuando se encuentre complicado en ellos algún individuo no perteneciente a la tripulación, pero es atribución exclusiva de los cónsules respectivos mantener el orden interno en los buques: convenciones con Perú (1874), Paraguay (1877), Portugal (1878) e Italia (1885).

El tratado de derecho penal internacional subscripto en Montevideo en 1889* se limita a consignar la regla principal: "Los delitos cometidos a bordo de los buques mercantes son juzgados y penados por la ley del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiempo de perpetrarse la infracción" (art. 11); y declara "aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado" (art. 12).

b) En cuanto a los actos de carácter civil o penal que se realizan a bordo de un buque privado mientras navega en aguas territoriales de Estado extranjero, la doctrina tiende a distinguir dos situaciones: 1º) cuando el buque surca a lo largo sin detenerse y 2º) cuando el buque se estaciona en el mar territorial o pasa por éste proveniente de aguas interiores.

En el primer caso, el buque es pasible, en materia civil, de la jurisdicción local por las responsabilidades contraídas a los fines de la navegación o con motivo del paso por esas aguas,²⁹ así como de medidas de ejecución o de conservación inherentes a esas obligaciones, pero en ejercicio de esa jurisdicción no pueden adoptarse medidas contra personas a bordo ni puede alterarse el itinerario del buque.³⁰

El artículo 20 de la Convención sobre el mar territorial, ya mencionado al hablar de paso inocente, dispone a este respecto: "1. El Estado ribereño no debería detener ni desviar de su ruta a un buque extranjero que pase por el mar territorial, para ejercer su jurisdicción civil sobre una persona que se encuentre a bordo; 2. El Estado ribereño no puede poner en práctica, respecto de ese buque, medidas de ejecución ni medidas precautorias en materia civil, a no ser que se adopten en razón de obligaciones contraídas por dicho buque o de responsabilidades en que haya incurrido con motivo de o durante la navegación a su paso por las aguas del Estado ribereño". El uso de la extraña expresión jurídica "no debería" en el inciso 1º parece suponer, en principio, el reconocimiento de la soberanía del Estado costero, pero recomendando no ejercerla en caso del paso de un buque por el mar territorial.

En materia penal, la jurisdicción sólo procede cuando las consecuencias del hecho se sienten en el Estado local o son de naturaleza tal que pueden perturbar el orden público, o cuando la intervención de las autoridades locales ha sido requerida por el capitán o por el cónsul respectivo.

El artículo 19 de la Convención sobre Mar Territorial, ya mencionado al referirnos al paso inocente, distingue entre las infracciones que se cometen a bordo durante el tránsito por el mar territorial y las que se han

²⁹ Las acciones provenientes de abordaje producido en el mar territorial están sometidas a la jurisdicción del Estado local, cualquiera que sea la nacionalidad de los buques comprometidos (I.D.I., Lausana, 1888, art. 1º).

³⁰ *Actes de la Conférence de Codification de La Haye* (1930), I, 129.

cometido antes de entrar al mar territorial, procedente de puerto extranjero. Cuando la infracción se comete a bordo durante el pasaje, el artículo 14, inciso 1º, dispone: "La jurisdicción penal no debería ser ejercida a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, para detener a personas o practicar diligencias con motivo de una infracción de carácter penal cometida a bordo de dicho buque durante su paso, salvo uno de los casos siguientes: *a)* Si la infracción tiene consecuencias en el Estado ribereño; *b)* Si la infracción es de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el orden en el mar territorial; *c)* Si el capitán del buque o el cónsul del Estado cuyo pabellón enarbola han pedido la intervención de las autoridades locales, o *d)* Si es necesario para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes". Debe notarse, aquí también, la extraña expresión "no debería", como en el artículo 20, por lo que se aplica las mismas consideraciones que acabamos de señalar. Si la infracción ha sido cometida antes de entrar al mar territorial se aplica el artículo 19, inciso 5º, que dice: "El Estado ribereño no puede tomar medida alguna a bordo de un buque extranjero que pase por su mar territorial, para detener una persona o para proceder a practicar diligencias con motivo de una infracción de carácter penal que se haya cometido antes de que el buque entre en su mar territorial, si tal buque procede de un puerto extranjero y se encuentra únicamente de paso por el mar territorial, sin entrar en las aguas interiores."

En el segundo caso, cuando el buque se estaciona en el mar territorial o pasa por éste viniendo de aguas interiores, el Estado local puede adoptar, en materia civil, las medidas de ejecución o de conservación que autoriza su legislación.³¹ Si el buque extranjero se detiene en el mar territorial o pasa procedente de aguas interiores, el Estado ribereño, conforme al artículo 20, inciso 3º, de la Convención sobre Mar Territorial, tiene el derecho de tomar las medidas de ejecución y "las medidas precautorias en materia civil que permita su legislación". En materia penal puede adoptar medidas de investigación y de jurisdicción análogas a las procedentes en los puertos o radas. Si un buque extranjero pasa por el mar territorial procedente de aguas interiores el Estado ribereño tiene el derecho, según el artículo 19, inciso 2º, de la Convención sobre Mar Territorial, "de proceder a las detenciones o practicar las diligencias de instrucción establecidas en su legislación". Tanto para el caso del paso del buque proveniente de aguas interiores, como que la infracción se

³¹ I.D.J. (La Haya, 1898, arts. 25, 26, 28 y 29).

cometa durante el cruce del mar territorial, según el artículo 19, inciso 3º, a pedido del capitán y antes de tomar cualquier medida las autoridades del Estado ribereño avisarán al cónsul de la bandera del buque y facilitarán el contacto. En todo caso de detención, las autoridades locales, conforme al inciso 4º del mismo artículo, "deberán tener en cuenta los intereses de la navegación para decidir si han de proceder a la detención o de qué manera han de llevarla a cabo".

3. Los "buques de Estado" están sometidos a la jurisdicción del Estado en que se hallan, siempre que se trate de acciones emergentes de su tráfico comercial, ya sean originadas por contratos o por cuasidelitos.

Esta regla, establecida desde 1918 por la jurisprudencia de los tribunales en varios países,³² ha sido consolidada en el plano internacional por la convención colectiva elaborada en Bruselas el 10 de abril de 1926,* según la cual los "buques de Estado" y su cargamento quedan asimilados, en materia civil y comercial, a los buques privados y su cargamento,³³ y por el tratado colectivo de navegación comercial suscrito en Montevideo en 1940* (arts. 34-42).

En cuanto a la materia penal, no se han acordado soluciones por la vía contractual; sin embargo, parece indudable que los "buques de Estado", dado su carácter y destino, se encuentran en la misma condición que los buques públicos que no son de guerra.

La Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua confirma esta regla al establecer en el artículo 21 que las reglas referentes al paso inocente de todos los buques y las aplicables a los buques mercantes "son igualmente aplicables a los buques de Estado explotados con fines comerciales".

143. DERECHO DE POLICÍA. — En la alta mar, según hemos dicho, cada Estado ejerce policía, por medio de sus naves de guerra, sobre los buques de su propia bandera, cualquiera que sea su especie, y excepcionalmente la ejerce también de un modo general para prevenir y reprimir la piratería y la trata de esclavos, así como en el caso eventual de que haga uso del "derecho de persecución ininterrumpida" (*hot pursuit*). Enunciando la misma norma pero con una fórmula negativa, el artículo

³² *Supra*, núm. 53.

³³ La convención de 1926 agrega que los Estados contratantes pueden subordinar su aplicación a la condición de reciprocidad (art. 6º); que están exentos de su régimen los buques afectados a un servicio público gubernamental y no comercial (art. 3º) y que en tiempo de guerra los Estados contratantes pueden suspender la aplicación de la convención mediante una notificación a los otros contratantes que sean neutrales (art. 4º).

22 de la Convención sobre la Alta Mar establece, como ya hemos visto, que un buque de guerra que encuentre un buque extranjero en alta mar no podrá efectuar ningún registro, a menos que se crea que el buque se dedica a la piratería, a la trata de esclavos o que tenga la misma nacionalidad del buque de guerra y haya izado otra bandera o negado la propia, sin perjuicio del artículo 23 que se refiere al "derecho de persecución ininterrumpida".

En el mar territorial o en aguas interiores propias —siempre que los tratados no establezcan otras reglas— corresponde al Estado local, en virtud de su soberanía, ejercer el derecho de policía con respecto a los buques privados y a los buques públicos que no sean de guerra, cualquiera que fuese su bandera, y en particular le corresponde aplicar medidas de vigilancia para el mantenimiento de la seguridad pública y la seguridad de la navegación. En virtud de este derecho de policía, el Estado puede verificar el pabellón en su mar territorial; y en las aguas interiores puede realizar los actos necesarios para la investigación de hechos delictuosos, tales como la inspección del buque, el examen de testigos, el arresto de personas, la incautación de cosas útiles para la prueba, etc.,³⁴ ya sea a fin de determinar en cada caso la procedencia de su jurisdicción penal o de ejercer esta jurisdicción si hubiere lugar a ello. En esas mismas aguas, el Estado local puede *a fortiori* ejercer el derecho de policía, en los buques arriba indicados, con respecto a los individuos que, inculcados de haber cometido en tierra hechos punibles, se han refugiado a bordo, y en consecuencia el Estado local puede exigir su entrega.

Los buques de guerra extranjeros están exentos de todo acto de autoridad por parte del Estado local, y por lo tanto del derecho de policía; y ya hemos dicho que en caso de violación de los reglamentos locales o de realizar algún acto inamistoso u hostil, pueden ser invitados a hacerse a la mar y su conducta autoriza a formular ante su gobierno la reclamación diplomática consiguiente.

144. DESERCIÓN DE TRIPULANTES. — En la época de la navegación a vela, la deserción de tripulantes en puertos extranjeros exponía a los buques a serias dificultades para seguir viaje y podía dejarlos inmovilizados largo tiempo. Se explica que tal hecho fuese considerado como un delito por las legislaciones y que frecuentemente las autoridades locales,

³⁴ I.D.I. (Estocolmo, 1928, arts. 34 y 35).

a requisición del capitán o del cónsul respectivo, procediesen al arresto y entrega del desertor a la autoridad de a bordo o a su representante si el buque hubiera partido. Muchos Estados han concertado estipulaciones obligándose reciprocamente, previa la requisición aludida, a entregar los tripulantes que desertaran en sus aguas.³⁵

A falta de estipulación contractual, el Estado no tiene la obligación de entregar los tripulantes que deserten en sus aguas.³⁶ Según hemos visto anteriormente, la extradición de delincuentes no es una obligación internacional sino cuando existen tratados; y si es así en presencia de un delito, con mayor razón debe serlo cuando se trata de un hecho que, como la desertión, significa solamente la ruptura intempestiva de un contrato de locación de servicios. En el caso de desertión de a bordo de un buque de guerra, existe un delito de carácter militar, y por lo tanto el hecho, si no está regido por una estipulación contratual expresa³⁷ no faculta a la autoridad local a entregar llanamente al culpable, sino que obliga a aplicarle las normas de la extradición; pero debe tenerse presente que existen tratados en los cuales se excluye la extradición a los delitos puramente militares.³⁸

³⁵ La República Argentina ha convenido la entrega, a pedido del cónsul y en ciertas condiciones, de los desertores de buques mercantes, según los siguientes tratados o convenciones en vigor: con Bolivia (1868, art. 9º), con Perú (1874, art. 20), con Paraguay (1877, art. 18) y con Portugal (1878, art. 17); y en la convención consular con Italia (1885, art. 17) se establece la entrega de los desertores de buques mercantes o de guerra, salvo cuando sean nacionales del país en que se ha producido la desertión.

³⁶ En 1883 —esto es, antes de concertarse con Italia la convención referida en la nota anterior— ciertos desertores de una barca italiana en el puerto de Buenos Aires habían sido arrestados, a requisición del cónsul, por las autoridades locales; los tribunales argentinos dispusieron su libertad, fundándose en que a falta de tratado no existe la obligación de entregar a los desertores: (Moore, *Digest*, IV, 420).

³⁷ En el tratado entre la República Argentina y Brasil del 7 de marzo de 1856 (art. 9º)* se conviene la entrega de los desertores del servicio militar de tierra y de mar. La entrega de los desertores de buques de guerra se ha estipulado en la convención consular entre la República Argentina e Italia, de 1885*.

En el tratado de derecho penal internacional subscripto en Montevideo en 1889* se estipula (art. 18) la entrega, a pedido de la legación o en defecto de ésta del agente consular, de "los desertores de la marina de guerra surta en aguas territoriales de un Estado".

³⁸ No obstante lo que antecede, el I.D.I. ha recomendado la entrega de los desertores de buques mercantes —salvo cuando posean la nacionalidad del Estado local— y de los desertores de buques de guerra (La Haya, 1898, arts. 22 y 35, y Estocolmo, 1928, arts. 24 y 41).

V. LA PIRATERIA

145. NOCIONES GENERALES. — Hasta época no muy lejana, la piratería fue una grave amenaza para la navegación —y aun para las poblaciones costeras, que a menudo veíanse atacadas— y en ciertas regiones era un constante flagelo.

Los romanos calificaban a los piratas de *hostis humani generis*. En el siglo XVI, los piratas árabes y turcos infestaban los mares de Levante y las costas africanas del Mediterráneo. A partir del siglo XVII, la piratería se desplazó al Mar Caribe acechando a los galeones españoles que salían de América cargados de riquezas. En el siglo XVIII volvió a asolar las costas de Berbería y del Mar Rojo. A veces, la piratería se confundió con el corso en cuanto a sus resultados: corsarios y piratas eran los “salteadores del mar”, aquéllos para ejercer el “derecho de represalia” en tiempo de guerra y aun de paz, y éstos en todo momento.

Desde la segunda mitad del siglo XIX la piratería ha desaparecido en los mares de Occidente. La navegación a vapor, al generalizar los viajes marítimos; las comunicaciones radiotelegráficas y la vigilancia que ejercen las marinas militares han barrido las rutas del mar. Pero no puede decirse que el peligro se haya extirpado por completo; subsiste, aunque esporádicamente, en los mares de la China y de la Sonda, y allí ha cambiado de forma: los piratas se embarcan como tripulantes o como pasajeros y en un momento convenido se sublevan, dominan la nave, la saquean y abandonan.

1. La circunstancia de que la piratería fuese un mal común y de que tuviese como campo la alta mar, es decir, donde ningún Estado puede ejercer prácticamente vigilancia regular en toda su amplitud, indujo a cada uno a castigar por sí mismo al pirata en el lugar en que lo capturase. Este método, aplicado durante largo tiempo, ha venido a constituir, en virtud de la costumbre, un régimen internacional para la represión de la piratería, según el cual el derecho interno de cada Estado define y castiga ciertos hechos como delito de piratería, y en esta forma suministra la ley y el tribunal competente para juzgar al pirata apresado.

2. La represión internacional de la piratería, así ejercida, no necesita otro fundamento que el hecho de constituir un régimen firmemente establecido desde hace siglos por la costumbre y codificado en el dere-

cho internacional positivo en los artículos 14 a 21 de la Convención sobre la Alta Mar, aprobada en Ginebra en 1958.³⁹

3. Teniendo en cuenta que la represión incumbe a cualquier Estado, se ha dicho que la piratería constituye un delito internacional. Sin embargo, esta calificación no es adecuada, pues olvida que la ley aplicable y el tribunal corresponden al Estado captor.

4. Debemos advertir que se ha denominado "piratería de derecho interno" o "piratería por analogía" a ciertos hechos que, si bien están incriminados por las leyes penales de algunos Estados como delito de piratería, no pertenecen propiamente a éste: tales son, por ejemplo, el hecho de prestar ayuda en los mares al enemigo, el de transportar esclavos, el de navegar sin los papeles de a bordo o con papeles falsos, etcétera.

Aquellas denominaciones son impropias. La piratería es un delito específico, definido por el derecho internacional; entretanto, las aludidas leyes internas incriminan hechos diversos, que varían de un Estado a otro y que, aun cuando sean hechos nocivos, no siempre reúnen los elementos constitutivos de la piratería *jure gentium*.

5. Según el artículo 14 de la Convención sobre la Alta Mar todos los Estados "deberán cooperar en toda la medida posible a la represión de la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado".

146. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS. — La noción vulgar de la piratería se limita a la idea de una agresión contra personas o bienes, realizada en los mares y aun en las aguas interiores. Pero la piratería *jure gentium* es un delito definido y reglado según normas establecidas por la costumbre internacional, por la jurisprudencia de los tribunales internos y por la doctrina de los autores, y estas normas indican que ese delito debe reunir los siguientes elementos.

El primer elemento es un hecho de violencia contra bienes o personas. El pirata procede, pues, *animo furandi*: movido por el propósito de robar o saquear, llega también a cometer agresiones contra tripulantes y pasajeros. Sin embargo, no obra siempre *lucri causa*, pues ocurre que, impelido exclusivamente por la venganza o el odio, ataca con el único objeto de producir daño.

³⁹ El art. 13 del Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889)* dice: "Los delitos considerados de piratería por el derecho internacional público quedan sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes".

En segundo término, se requiere que el hecho de violencia sea realizado en alta mar o provenga de ella. El hecho que se efectúe tan solo en las aguas territoriales de un Estado no es propiamente un acto de piratería internacional, pues el Estado referido posee jurisdicción exclusiva en el lugar; pero los hechos producidos en alta mar son pasibles de represión universal porque el mar no se halla dentro de la jurisdicción exclusiva de ningún Estado y todos tienen interés en ahogar ese foco.

En tercer lugar, el hecho de violencia debe ser ilícito. No todos los que se efectúan en alta mar constituyen delito de piratería *jure gentium*: sabido es que las naves de guerra están facultadas para realizar ciertos actos de fuerza en virtud del derecho de policía, y en tiempo de guerra las naves de los beligerantes ejercen el derecho de visita y apresamiento. Pero los actos realizados fuera de ambos casos por buques públicos o privados, en las condiciones que acabamos de señalar, son ilícitos.

En cuarto lugar, el hecho de violencia debe significar un riesgo efectivo o latente, un peligro común para la navegación general. Algunos autores enuncian esta idea expresando que debe tratarse de hechos ejecutados indistintamente contra cualquier bandera y no contra una determinada, o bien diciendo que el pirata se caracteriza por la circunstancia de obrar "sin autorización oficial". Ambas calificaciones provienen de la época en que los soberanos ejercían el "derecho de represalia" y en consecuencia autorizaban a personas privadas, mediante una patente especial, a atacar el comercio de un Estado determinado, aun encontrándose con él en plena paz. Indudablemente, el buque que, en las condiciones que hemos señalado, efectúa ataques contra buques de la propia bandera así como extrañas, es un pirata; puede afirmarse que, para que exista peligro común, no es esencial que se hayan realizado ataques contra banderas distintas y ni siquiera se requiere siempre que se esté en presencia de una pluralidad de ataques. El ataque dirigido contra un solo buque constituye un acto de piratería cuando reúne los elementos que acabamos de indicar —salvo el caso de que haya sido dirigido contra un buque de la nacionalidad del agresor y éste sea un buque insurrecto⁴⁰—, porque aquel ataque, realizado sin justificación posible, permite prever la realización de otros análogos y ello pone en peligro la seguridad general.

⁴⁰ Sobre los buques insurrectos y la piratería, *vid. infra*, núm. 470.

El artículo 15 de la Convención sobre la Alta Mar incorpora estos elementos al definir los actos de piratería así: "Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación: 1) Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido: a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado..." Además de los elementos tradicionales mencionados, la Convención añade que el acto ilegal de violencia debe ser cometido "con un propósito personal"; esta adición ha dado lugar a discutir si la definición comprende los actos inspirados en motivos políticos. Algunos autores, como Waldock,⁴¹ excluyen esta posibilidad, basados en la interpretación literal de la Convención. Otros, como Grieg,⁴² sostienen que hay que distinguir entre los actos realizados por grupos de insurgentes que tengan algún reconocimiento internacional o no; en el primer caso los actos sólo serían considerados piratas cuando no tengan conexión con la rebelión, en el otro caso todos los actos de violencia en alta mar serían considerados *prima facie* piratería. Esta segunda tendencia se basa en las decisiones nacionales en los casos de piratas de *Magallanes*, *Ambrose Light* y *El Huascar*.⁴³ Este problema de la piratería y los motivos políticos que la pueden inspirar fue discutido en 1961 con motivo de la toma del paquebote portugués *Santa María* por el Capitán Galvao, en nombre del "Movimiento de Independencia Nacional"; el

⁴¹ Brierly, J. L., *The law of nations*, 6th. Edition,² edited by Sir Humphrey Waldock. Oxford, 1963, pág. 313.

⁴² Grieg, D. W., *International Law*, London, 1970, pág. 258.

⁴³ En el caso de los piratas de *Magallanes*, insurgentes chilenos capturaron buques americanos y británicos en puertos chilenos y los utilizaron en sus operaciones y causaron daños en las embarcaciones. Luego fueron capturados por un buque de guerra británico y una Corte británica consideró que las acciones constituían actos de piratería (1853), 1 Sp. Ecc. and Ad. 81.

En el caso del *Ambrose Light* se trataba de un buque insurgente colombiano, cuyo movimiento no había sido reconocido internacionalmente. El buque fue capturado por el buque de guerra norteamericano *Alliance* y un tribunal de ese país sostuvo que era legal la captura, porque su cometido era realizar actos de violencia en alta mar y fue condenado como pirata. 25 Fed. 408 (1885).

El Huascar era un buque de guerra peruano en manos insurgentes que recabó carbón de buques británicos, sin pago. En tales circunstancias, un tribunal británico consideró que *El Huascar* había realizado actos de piratería. Pitt Cobbett, *Leading Cases in international Law*, vol. 1, pág. 92.

buque no fue capturado y finalmente después de varios días de expectativa arribó a Recife, donde el gobierno del Brasil le otorgó asilo político a Galvao y sus hombres.

Otro problema de interpretación que surge de la definición del artículo 5º es si los actos cometidos a bordo de un buque o una aeronave por la tripulación o los pasajeros y dirigidos contra el buque o la aeronave misma o personas o propiedad a su bordo, pueden ser considerados actos de piratería. El párrafo a) del inciso 1º, del artículo 15, en su texto español, contiene una fórmula general, mientras que el texto inglés dice: "(a) On the high seas, against another ship or aircraft . . ."; el uso de la palabra "another" puede sugerir la teoría contraria a la que surge del texto español. Debe recordarse que en 1956 el comentario de la Comisión de Derecho Internacional, autora del proyecto, señaló que los actos dirigidos contra el barco mismo o personas o bienes a bordo, no pueden ser considerados piratería.

También son considerados actos de piratería, conforme con el artículo 15, incisos 2º y 3º, la asociación, así como la incitación, para cometer estos actos, a saber: "2º) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimientos de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; 3º) Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrafos 1º y 2º de este artículo".

Además de los actos cometidos por un buque privado calificados como piratería, también, conforme con el artículo 16 de la Convención, se le asimilan los "perpetrados por un buque de guerra o un buque del Estado o una aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave".

Como consecuencia de lo que acabamos de comentar, la Convención considera buque o aeronave pirata, en su artículo 17, "los destinados, por las personas bajo cuyo mando se encuentran, a cometer cualquiera de los actos previstos en el artículo 15" y agrega que "se consideran también piratas los buques y aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos, mientras se encuentren bajo el mando efectivo de las personas culpables de esos actos".

A pesar de haberse dedicado a cometer actos de piratería, el buque no pierde su nacionalidad salvo que opere dicha pérdida por aplicación de la ley de la bandera. El artículo 18 dice: "Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad no obstante haberse convertido en

buque o aeronave pirata. La conservación y pérdida de la nacionalidad se rigen por la ley del Estado que la haya concedido”.

Finalmente, corresponde observar que la sublevación de la tripulación o de los pasajeros constituye delito de piratería *jure gentium*, porque significa desconocer por medio de la violencia la autoridad del capitán —autoridad legal y universalmente reconocida como indispensable para la seguridad de la navegación— e importa suplantarla por la que impone arbitrariamente un grupo de individuos desconocidos e irresponsables.

147. CAPTURA Y JUZGAMIENTO. — La captura de los piratas está condicionada principalmente por la circunstancia de que sean encontrados *in flagranti delicto* o de que se trate de un buque sospechado de piratería.

La sanción contra el buque pirata la aplica el captor.

1. Todo buque sorprendido en alta mar *in flagranti delicto* de piratería puede ser capturado por el buque, cualesquiera que sean su especie y bandera, que así lo encuentre. La captura del buque sorprendido igualmente en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, corresponde a ese Estado; pero el buque extranjero que fuese atacado allí por un pirata no faltaría a sus deberes si, procediendo en defensa propia, dominase al agresor y procediera a entregarlo a las autoridades locales.

La persecución de un buque pirata, comenzada en alta mar o en las propias aguas, según el caso, puede continuar en el mar territorial de otro Estado y realizarse allí la captura, para entregarlo en seguida a la autoridad local.

El artículo 19 de la Convención sobre la Alta Mar dispone sobre este particular: “Todo Estado puede apresar en alta mar, o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas y detener a las personas o incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave. Los tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes, dejado a salvo los intereses legítimos de terceros de buena fe”. La piratería es, en consecuencia, la base de la jurisdicción del Estado que efectuó la captura en alta mar, “o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado”, pero una vez capturado el buque, o los piratas, no se aplica ya el derecho internacional que autoriza la captura, sino el derecho interno del Estado de la nacionalidad del buque que efectuó la captura.

Según el artículo 21 de la Convención la captura sólo podrá llevarse a cabo, por causa de piratería, por buques de guerra y aeronaves militares u otros buques o aeronaves al servicio de un gobierno autorizados a tal fin.

Cuando se trata de un buque sospechado de piratería ¿pueden los buques de guerra proceder en la alta mar a verificar su pabellón? Una parte de la doctrina, fundándose en el principio de la libertad de los mares y en el hecho de que la piratería es hoy poco frecuente, deniega ese derecho, salvo cuando estuviese autorizado por los tratados y ello con referencia a determinadas zonas marítimas; sin embargo, no pocos autores admiten la verificación del pabellón en alta mar, a condición de que se proceda con toda circunspección y, en caso de que la sospecha resulte infundada, el Estado correspondiente se responsabilice por los perjuicios causados. Según el artículo 22 de la Convención, ya mencionado con anterioridad, un buque de guerra que encuentre un buque mercante extranjero en alta mar puede efectuar un registro si tiene motivos fundados para creer que el buque se dedica a la piratería. Ahora bien, conforme al artículo 20, si el buque es "apresado por sospechas de piratería sin fundamento suficiente, el Estado que lo haya apresado será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave, de todo perjuicio o daño causados por la captura".

2. En tiempos de la navegación a vela, siendo las comunicaciones marítimas difíciles, irregulares y muy lentas, el pirata apresado era castigado sin más trámite con la pena capital colgándolo de las jarcias del navío. Esta situación ha cambiado. El buque pirata y su tripulación deben ser conducidos a un puerto, y corresponde a las autoridades de éste decidir, de acuerdo con las leyes locales, acerca de la validez de la captura y la culpabilidad de la tripulación. El procedimiento para juzgar, así como la pena aplicable, dependen de la ley del país que asume la jurisdicción. Lo esencial es que el presunto pirata sea sometido a un juicio regular.

Los bienes recapturados a los piratas que sean de propiedad de terceros deben ser restituidos a éstos, siempre que los reclamen dentro de cierto plazo y mediante el pago de determinado porcentaje de su valor en el carácter de indemnización o recompensa para el captor.⁴⁴ Los bienes de propiedad de los piratas —buques, armas, municiones, mercaderías, etc.— corresponden al captor.

⁴⁴ Estas reglas han sido estipuladas en varios tratados concertados desde el siglo XVII.

VI. DERECHO DE PERSECUCIÓN ININTERRUMPIDA ("HOT PURSUIT")

147a. **CONDICIONES GENERALES.** — Como ya lo señalamos, todos los actos que se realizan en alta mar a bordo de un buque privado están sometidos a la jurisdicción del Estado del pabellón que la ejerce por medio de sus naves de guerra, con la excepción de la represión internacional de la piratería, el derecho de persecución ininterrumpida (*hot pursuit*) y el tráfico de esclavos.

1. La norma básica está formulada en forma clara en el artículo 23, inciso 1º, de la Convención sobre la Alta Mar cuando establece: "El Estado ribereño podrá emprender la persecución de un buque extranjero cuando tenga motivos fundados para creer que ha cometido una infracción de sus leyes y reglamentos". La doctrina ha considerado que no cualquier infracción da lugar al derecho de persecución, debe tratarse de la violación de ciertas normas importantes como las leyes de inmigración o tratarse de actos de contrabando; si por el contrario, la violación fuera de un carácter menor, como errores en reglamentos de navegación, no habría lugar a dicho derecho de persecución. Sin embargo, la Convención no distingue. La Convención comprende no sólo infracciones efectivamente llevadas a cabo y comprobadas, sino también sospechas de infracción. En caso que la persecución no sea justificada, el inciso 7º del mismo artículo 23 dispone el resarcimiento "de todo perjuicio o daño que haya sufrido (el buque extranjero) por dicha detención o intercepción".

2. La persecución debe comenzar, conforme con el inciso 1º, ya sea que el buque extranjero se encuentre en aguas interiores, en el mar territorial o en la zona contigua del Estado del buque perseguidor; en caso de comenzar en la zona contigua "no se podrá emprender más que por atentado a los derechos para cuya protección fue creada dicha zona". La persecución no sólo podrá efectuarse contra el buque, sino también contra cualquiera de sus lanchas que estén cometiendo infracciones en las zonas ya mencionadas, aunque el buque mismo se encuentre más allá de ellas. Además, no es necesario que el buque perseguidor se encuentre en estas zonas en el momento de dar la orden de detenerse, lo importante es dónde se cometió la infracción. Según el inciso 3º del artículo 23 de la Convención para considerar que se ha comenzado la persecución el buque perseguidor deberá comprobar que el perseguido, sus lanchas o embarcaciones de los que haga de buque madrina, se

encuentren dentro del mar territorial o la zona contigua según el caso y deberá darse señales de detención.

Para llevar a cabo la persecución pueden intervenir, según el inciso 4º, buques de guerra o aeronaves militares u "otros buques o aeronaves, al servicio del gobierno especialmente autorizados a tal fin". A las aeronaves se aplican, conforme con el inciso 5º a), las mismas normas que a los buques.

Un problema que se ha discutido en la doctrina es el caso de un buque que se une a la persecución comenzada por otro. Aunque la Convención no dice nada al respecto, está aceptada como una norma consuetudinaria que no es necesario que el buque que detenga al barco perseguido sea el mismo que la comenzó, siempre que se haya unido a la persecución y no meramente lo haya interceptado.⁴³ Con referencia a la persecución con aeronaves militares la Convención establece normas especiales, debido a la peculiaridad de este medio. El artículo 23, inciso 5º b) establece: "La aeronave que haya dado la orden de detención habrá de continuar activamente la persecución del buque hasta que un buque o aeronave del Estado ribereño llegue y la continúe, salvo si la aeronave puede por sí sola detener al buque. Para justificar la visita y registro de un buque en alta mar no basta que la aeronave lo haya descubierto cometiendo una infracción, o que tenga sospechas que la ha cometido, si no le ha dado la orden de detenerse y no ha emprendido la persecución o no lo han hecho otras aeronaves o buques que continúan la persecución sin interrupción".

El derecho de persecución, siempre que sea ininterrumpida, puede ser indefinida en cuanto a tiempo y siempre que tenga lugar en alta mar, pero no puede continuarse en el mar territorial de otro Estado. Dice el inciso 2º del artículo 23 de la Convención: "El derecho de persecución cesará en el momento en que el buque perseguido entre el mar territorial del país a que pertenece o en el de una tercera potencia".

Finalmente la Convención contiene en el inciso 6º del artículo 23, una norma que si bien no tiene que ver estrictamente con el derecho de persecución ininterrumpida, era útil clarificar. Si el buque extranjero es detenido en un lugar sometido a la jurisdicción de otro Estado y escoltado hacia puerto para ser investigado, "no se podrá exigir que sea puesto en libertad por el solo hecho de que el buque y su escolta hayan atravesado una parte de alta mar, si las circunstancias han impuesto esta travesía".

⁴³ International Law Commission, *Year book*, 1956, vol. II, pág. 285.

3. Muchos de los problemas jurídicos que suscita la persecución ininterrumpida se plantearon en el arbitraje entre Gran Bretaña y Estados Unidos, con motivo del incidente del *I'am alone*.⁴⁶ El *I'am alone* era un buque registrado en Canadá, con bandera británica que se dedicaba al contrabando de licores en los Estados Unidos, en la época de la vigencia de la llamada ley seca. El buque fue avistado y perseguido por el guardacostas *Walcott*. Según los Estados Unidos la persecución comenzó a 8 millas de la costa, según Gran Bretaña a 14 millas. De acuerdo con un tratado de 1924 entre ambos países, Estados Unidos podía ejercer jurisdicción en casos de contrabando de licor hasta una hora de navegación de las líneas de base del mar territorial. El *Walcott* tuvo problemas con su cañón y llamó en auxilio a otros guardacostas. El *Dexter* continuó la persecución y finalmente hundió al *I'am alone* el alta mar. Los Estados Unidos justificó su acción en el Tratado de 1924 y Canadá sostuvo que la persecución debería haber comenzado en el mar territorial de tres millas de Estados Unidos. El asunto presentaba una serie de problemas interesantes, pero el laudo se limitó a dictaminar que hacer fuego y hundir al *I'am alone* no se justificaba ni bajo el Tratado de 1924, ni bajo el derecho internacional consuetudinario y que el grado de fuerza a ser empleado debía ser proporcional al objetivo de abordar, registrar, capturar y traer a puerto el buque sospechoso.

VII. TRAFICO DE ESCLAVOS

147b. NOCIONES GENERALES. — 1. El artículo 22 de la Convención sobre la Alta Mar establece en su inciso 1º b) el derecho de un buque de guerra de efectuar el registro de un buque mercante extranjero, en alta mar, si tiene motivos para creer que el buque se dedica a la trata de esclavos. El derecho de registro que el derecho internacional consuetudinario ha concedido respecto a la piratería se ha extendido, de esta manera, al tráfico de esclavos en alta mar. Esta norma de carácter general fue precedida por una serie de acuerdos bilaterales particularmente de Gran Bretaña con otros países europeos (Francia, Portugal, España, Suecia, Holanda, etc.), en el siglo pasado, que permitía este derecho de registro recíproco de sus buques en alta mar en caso de sospecha de trata de esclavos. También el Tratado de Bruselas de 1890 sobre tráfico de esclavos en el Mar Rojo, permitió el control de cierto tipo de buques en esa zona.

⁴⁶ United Nations, *Repertory of International Arbitral Awards*, vol. III (1935), pág. 1609.

2. Con anterioridad a la Convención sobre la Alta Mar, en el orden multilateral sólo se había establecido la obligación para los Estados de tomar medidas para prevenir el tráfico de esclavos en sus aguas territoriales y en los buques de su bandera. La Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones estableció en su artículo 3º: "Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas útiles conducentes a prevenir y reprimir el embarque, desembarco y transporte de esclavos en sus aguas territoriales, así como, en general, en todos los barcos que enarbolan sus pabellones respectivos". A su vez, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, del 30 de abril de 1956, ampliatoria de la Convención de 1926, dispone en el artículo 3º, inciso 2º: "a) Los Estados Partes dictarán todas las disposiciones necesarias para impedir que los buques y las aeronaves autorizados a enarbolar su pabellón transporten esclavos y para castigar a las personas culpables de dicho acto o de utilizar el pabellón nacional con ese propósito; b) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para impedir que sus puertos, aeropuertos y costas sean utilizados para el transporte de esclavos". El artículo 4º agrega: "Todo esclavo que se refugie a bordo de cualquier buque de un Estado Parte en la Convención quedará libre *ipso facto*".

Estas normas de derecho convencional y consuetudinario están también incorporadas a la Convención sobre la Alta Mar, cuyo artículo 13 dice: "Todo Estado estará obligado a tomar medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados para enarbolar su bandera. Todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su bandera, quedará libre *ipso facto*". Esta última frase del artículo refleja el famoso fallo, en 1772, de Lord Mansfield en el caso Somerset, cuando dijo que ningún hombre podía ser esclavo en el territorio británico.

VIII. CONTAMINACION

147c. CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS. — La contaminación por hidrocarburos es uno de los problemas más serios que presenta el adelanto tecnológico en su aplicación al medio marino. Esta contaminación ha tenido importantes consecuencias en cuanto a la conservación

de las especies en el mar y las playas del litoral marítimo. Las depredaciones causadas por esta contaminación han hecho necesario tratar de reglamentar ciertas actividades en alta mar, como la limpieza de buques tanques petroleros, limitando la libertad que se gozaba en este aspecto. El peligro de contaminación y destrucción fue puesto en coincidencia en 1967 cuando el buque liberiano *Torrey Canyon*, con 120.000 toneladas de petróleo, tuvo un accidente en alta mar al sudoeste de las costas de Inglaterra. El buque comenzó a perder petróleo y a arruinar y contaminar las playas inglesas y luego las francesas. El gobierno británico, en vista del enorme perjuicio que podían sufrir sus costas, ordenó el bombardeo y la destrucción del *Torrey Canyon*, a pesar de encontrarse en alta mar y justificó su acción en el concepto de auto preservación. La limpieza de las costas de Gran Bretaña y Francia costó a los armadores 14 millones de dólares.

El artículo 24 de la Convención sobre la Alta Mar establece: "Todo Estado está obligado a tomar medidas para evitar la contaminación de las aguas por los hidrocarburos vertidos de los buques, desprendidos de las tuberías sub marinas o producidos por la explotación y exploración del suelo y del subsuelo submarinos, teniendo en cuenta las disposiciones de los convenios existentes en la materia". Esta norma extiende la obligación de los Estados no sólo a los buques, sino también a las tuberías submarinas y a la explotación del suelo y del subsuelo marino y se complementa con el artículo 5º, inciso 7º, de la Convención sobre la Plataforma Continental que crea al Estado ribereño la obligación de adoptar, en las zonas de seguridad, que se pueden establecer en torno a las instalaciones de explotación, todas las medidas adecuadas para proteger los recursos vivos del mar contra agentes nocivos.

Con anterioridad a la adopción del artículo 24, se había aprobado, en 1954, la Convención para la Prevención de la Contaminación del Mar por Hidrocarburos, que recibió algunas adhesiones. Esta Convención establecía fundamentalmente el deber de las partes de establecer penas en su legislación, por la contaminación proveniente de la limpieza de tanques de buques petroleros. La prohibición de descargar petróleo se limitaba sólo a zonas situadas hasta 50 millas de la costa, distancia que aumentaba en el Mar del Norte y otros lugares.

Esta Convención fue revisada en 1962 y en 1971, bajo los auspicios de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (IMCO). Por el nuevo instrumento se prohíbe la limpieza dentro de las 100 millas de la costa de petroleros de más de 20.000 toneladas y todo Estado tiene derecho a denunciar la infracción.

Estas convenciones se refieren a los casos de contaminación por limpieza de tanques, es decir por operaciones regulares, pero no contienen normas relativas a la contaminación por accidente, como ocurrió en el caso del *Torrey Canyon*, al que nos hemos referido.

Después de la repercusión que tuvo este accidente la IMCO adoptó, en 1969, en Bruselas, dos convenciones, la primera creando un seguro obligatorio para los petroleros y otorgando ciertas competencias, más allá del mar territorial, al Estado costero, en caso de accidente grave; la otra, adoptando el principio de la responsabilidad objetiva del propietario de buques que transporten más de 2.000 toneladas de petróleo. En 1971, una convención complementaria de estas normas, creó un fondo para compensar, en caso que la indemnización sea insuficiente y para aliviar la carga financiera del propietario.

El marco de estas convenciones se extendió a otras sustancias que tengan carácter nocivo, además de hidrocarburos, en el convenio de Londres de 1973, que se refiere tanto a desechos por accidente como internacionales, y fue adoptado con el objeto de reemplazar tratados anteriores. Tal se firmó un Protocolo sobre la intervención en alta mar en caso de contaminación, por otras sustancias que hidrocarburos.

En 1972, luego de la Conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente, y siguiendo sus recomendaciones, se aprobó en Londres una Convención sobre la Prevención de la Contaminación del Mar como resultado de la Inmersión de Desechos, que establece la obligación para las partes de tomar las medidas adecuadas y armonizar políticas, con tal fin, y se prevé la celebración de reuniones de consulta.

En el orden regional, países de Europa occidental adoptaron en 1972, en Oslo, una convención para reglamentar la contaminación por distintas sustancias, adoptando reglas diferentes según el caso y en 1976, las Comunidades Europeas aprobaron por medio de su Consejo, directivas para proteger el medio acuático de ciertas sustancias peligrosas. En 1974, aprobaron otro tratado referente a la contaminación del mar pero de origen terrestre, como los desechos arrojados en los ríos. El Báltico también ha sido objeto de una convención a estos efectos, entre los ribereños. En 1976 bajo los auspicios del Programa de Naciones Unidas sobre el medio ambiente, se adoptaron en Barcelona una Convención para la Protección del Mediterráneo contra la contaminación; un Protocolo para Prevenir arrojado de desechos en dicho mar por buques y aeronaves; un Protocolo para la cooperación en caso de emergencia para combatir la contaminación por petróleo y otras sustancias nocivas en el Mediterráneo.

147d. CONTAMINACIÓN POR DESECHOS RADIOACTIVOS. — Además del problema de la contaminación por hidrocarburos ha surgido en los últimos tiempos la contaminación por el uso de la energía atómica, que puede darse por descarga de desechos radioactivos de barcos de propulsión nuclear o de plantas eléctricas operadas con energía atómica. También el mar puede ser contaminado por material radioactivo proveniente de armas nucleares.

El artículo 25, inciso 1º, de la Convención sobre la Alta Mar destinado a reglamentar la primera situación dispone: "1. Todo Estado está obligado a tomar medidas para evitar la contaminación del mar debida a la inmersión de desperdicios radioactivos, teniendo en cuenta las normas y reglamentaciones que pueden dictar las organizaciones internacionales competentes". Estas normas y reglamentaciones son las que adopta la Organización Internacional de Energía Atómica. Como en el caso de la contaminación por hidrocarburos cada Estado debe tomar las medidas pertinentes para evitarlas, pero no se establece ninguna jurisdicción sobre barcos extranjeros, en alta mar, por este hecho.

El problema de las explosiones de armas atómicas y la contaminación de la alta mar fue uno de los temas debatidos en la Conferencia de Ginebra de 1958. No se llegó a ningún acuerdo y sólo se adoptó, a propuesta de India, una resolución que reflejaba la preocupación de muchos Estados por las explosiones nucleares que constituyen una interferencia en la libertad de los mares. Además, a propuesta de Gran Bretaña se agregó el artículo 2º de la Convención sobre la Alta Mar, que las libertades de la alta mar que allí se enumeran y otras reconocidas por los principios generales del derecho internacional "serán ejercidas por todos los Estados con la debida consideración para con los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar".

El artículo 25, inciso 2º, establece una obligación de carácter muy general en cuanto a las medidas para evitar la contaminación, producto de las circunstancias de la Conferencia. Dice: "2. Todos los Estados están obligados a colaborar con los organismos internacionales competentes, en la adopción de medidas para evitar la contaminación del mar y del espacio aéreo superyacente resultante de cualesquiera actividades realizadas con sustancias radioactivas o con otros agentes nocivos". La obligación de los Estados Partes de esta Convención consiste únicamente en colaborar con los organismos internacionales que se dedican a estos problemas.

IX. TENDIDO DE CABLES SUBMARINOS

La Convención de París de 1884 estableció por primera vez un régimen multilateral de protección de cables submarinos y la Convención sobre la Alta Mar reconoció en su artículo 2º, entre las libertades de la alta mar, la de tender cables y tuberías submarinos. Más adelante, los artículos 26 a 29 reglamentan esta libertad.

El artículo 26, inciso 1º, vuelve a reiterar: "Todo Estado tiene el derecho de tender sobre el lecho de la alta mar cables y tuberías submarinos."

En cuanto a los derechos de otros Estados, la Convención reconoce que el tendido de cables y tuberías submarinos no debe impedir la explotación y exploración de la plataforma continental, pero a su vez dice el inciso 2º de dicho artículo: "el Estado ribereño no podrá impedir que se tiendan cables o tuberías submarinos ni que se proceda a su conservación". Además, se prevé en el inciso 3º que al realizar el tendido se tendrán en cuenta los cables y tuberías ya existentes y la posibilidad de no impedir su reparación.

La Convención crea a los Estados, en su artículo 27, la obligación de tomar medidas legislativas para sancionar la ruptura o el deterioro, por un buque, voluntariamente o por negligencia culpable, de líneas de telégrafo o teléfono, cables de alta tensión o tuberías submarinos. La misma obligación de dictar las medidas legislativas necesarias asumen los Estados Parte, conforme con el artículo 28, para que respondan por el costo de la reparación, las personas sometidas a su jurisdicción que al tender cables o tuberías, causen rupturas o deterioros en otros cables o tuberías. Por otra parte, según el artículo 2º también el Estado Parte debe dictar las medidas legislativas necesarias para que el propietario de un buque que pierda un ancla, una red o un aparejo de pesca para no causar daño a un cable o tubería submarinos, sea indemnizado por el propietario del cable o tubería.

X. EMISIONES EN ALTA MAR

Para escapar a reglamentaciones nacionales que prohíben la emisión de propaganda en radio y televisión, se instalaron en la alta mar, particularmente en Europa, emisoras instaladas en barcos con banderas de con-

veniencia, que afectaban, además, la repartición internacional de longitudes de onda. A estas emisoras se las calificó popularmente de "piratas", pero no se le aplicaron las normas consuetudinarias sobre piratería que ya hemos analizado, sobre todo el poder universal de impedir estas actividades.

Se han celebrado algunas convenciones sobre este problema, que llegó a tener gran importancia en países como Gran Bretaña y en especial Holanda, además de constituir un pingüe negocio. La Convención Internacional de Telecomunicaciones de Ginebra, de 1959, dispuso en su artículo 7º: "El establecimiento y el uso de estaciones de radio y televisión en buques, aeronaves u otro objeto flotante, o que se mantenga en el aire fuera del territorio nacional está prohibido". Bajo los auspicios del Consejo de Europa, se celebró, en 1965, el Acuerdo Europeo para la Represión de Emisiones de Radiodifusión efectuadas por Estaciones fuera del Territorio Nacional, que establece la obligación de tomar las medidas necesarias en el orden interno, para reprimir estas infracciones y para impedir que dichas emisoras tengan colaboración que permita su funcionamiento.

Capítulo X

LAS COMUNICACIONES AEREAS

I. LA AERONAVEGACION

148. NOCIONES GENERALES. — La aeronavegación fue reglamentada, desde sus comienzos en el presente siglo XX, por el derecho interno de cada Estado. Pero sus disposiciones resultaron insuficientes por tratarse de un medio de transporte que pronto llegó a utilizarse con gran ventaja en las comunicaciones internacionales. Algunos Estados concertaron al respecto tratados bipartitos con países vecinos. Entretanto, la aeronavegación, habiéndose desarrollado prodigiosamente en las últimas décadas, requirió acuerdos más amplios, convenciones de carácter multilateral que unieran a todos los continentes.

Por medio de convenciones bipartitas y principalmente de convenciones multilaterales —y sin perjuicio de los reglamentos de derecho interno que no contraríen a aquéllas— la aeronavegación está regida hoy por normas de derecho internacional positivo.

1. El primer acuerdo multilateral fue la convención internacional sobre navegación aérea suscripta en París el 13 de octubre de 1919. Este instrumento, elaborado en el ambiente de la posguerra, no pudo sustraerse a graves defectos: los Estados que lo concertaron pertenecían a uno de los grupos beligerantes; y aun cuando dicha convención quedó abierta a la adhesión de los neutrales, lo cierto es que sus estipulaciones respondían en parte a un criterio exclusivista. Esto determinó una polifurcación de esfuerzos que es de lamentar: poco después a iniciativa del gobierno español, se elaboró la Convención Iberoamericana de Navegación Aérea, firmada en Madrid el 1º de noviembre de 1926 por España, Portugal y los países iberoamericanos; y luego, promovida por Estados Unidos, otra de carácter continental, la Convención Panamericana sobre Aviación Comercial suscripta en La Habana el 20 de febrero de 1928.

El texto de las tres convenciones es muy semejante. Sin embargo, estébale lejos de instaurar un régimen jurídico mundial, puesto que los Estados Unidos se habían hecho parte contratante únicamente en la Convención Panamericana de 1928 y por otro lado Alemania, Hungría, Turquía y la Unión Soviética permanecían fuera de todas las convenciones.

La guerra de 1939-45 vino a dejar sin efecto a las mencionadas estipulaciones para casi todos los Estados contratantes. Cuando se preveía la terminación de las hostilidades bélicas, el gobierno de Estados Unidos convocó una conferencia internacional; reunida en Chicago, se concertó el 7 de diciembre de 1944 la convención sobre aviación civil internacional* y sus acuerdos complementarios relativos al tránsito y al transporte internacional, estos últimos con el objeto de hacer más amplia la libertad de aeronavegación en los Estados que se hagan parte contratante en ellos. La Convención de Chicago sigue en sus líneas generales a las convenciones anteriores, pero las mejora y se propone sustituirlas, para lo cual impone a los Estados contratantes la obligación de denunciarlas.

Este régimen era todavía incompleto, no sólo del punto de vista territorial sino en cuanto a su contenido jurídico, pues no regía lo concerniente a la jurisdicción sobre las aeronaves en materia civil y penal.

2. La Convención de Chicago —a semejanza de lo que antes habían hecho las de París y Madrid— ha erigido la Organización de Aviación Civil Internacional (O.A.C.I.), órgano permanente entre los Estados miembros, que ejerce atribuciones administrativas, de control y de estudio técnico.

3. Además de las convenciones multilaterales, se han celebrado, dentro del régimen general de Chicago, tratados bilaterales que regulan el aterrizaje comercial.¹

149. **CONDICIÓN JURÍDICA DE LAS AERONAVES.** — Se consideran aeronaves todos los aparatos de transporte que utilizan el aire como elemento de sustentación y traslación, ya sean más livianos o más pesados que el aire, ya con motor o sin él y ya se poseen sobre la tierra o sobre las aguas: globos libres, globos dirigibles, aviones, hidroaviones, helicópteros, etcétera.

1. La Convención de París de 1919* distingue entre aeronaves de Estado y aeronaves privadas, la Convención de Chicago de 1944* clasifica las aeronaves también en dos clases, pero con diferente terminología

¹ La República Argentina ha suscripto tratados de esta especie con Brasil, en 1933 y 1948, con Portugal, en 1947, con Italia, Dinamarca, Noruega, Suecia, Holanda, Francia y Chile, en 1948, con Gran Bretaña, en 1946, con la República Federal de Alemania en 1960 y con Suiza en 1956.

y tiene en cuenta su utilización. El artículo 3º señala que la Convención sólo se aplica a aeronaves civiles y no a las aeronaves de Estado, que define como "las que se usen para servicios militares, aduaneros o policiales". Por exclusión, todas las otras aeronaves son consideradas civiles para la Convención y comprenderían, ya pertenezcan al Estado o a particulares, las que se dedican al transporte de pasajeros, correspondencia o mercaderías o realizan vuelos.

La mayoría de los Estados son partes del convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves*, de Ginebra de 1948, por el que se reconocen recíprocamente el derecho de propiedad, el derecho de arrendamiento, la hipoteca y otros derechos similares de garantía, siempre que estuvieran establecidos de acuerdo con la ley del Estado de matrícula e inscripto en el registro público del mismo, habilitado a tal efecto.

2. La nacionalidad de las aeronaves es la del Estado en que están matriculadas según el artículo 17 de la Convención de Chicago y no podrán estar registradas en más de un Estado. Cada Estado es libre de establecer las condiciones que estime conveniente para la matriculación de aeronaves, según se infiere de la misma Convención, pero debe transmitir a cualquier otro Estado contratante o a la O.A.C.I., la matrícula y propiedad de cualquier aeronave privada, si le fuera solicitada (art. 21).

3. Las aeronaves privadas se individualizan por una "marca de nacionalidad", constituida para cada Estado por una o dos letras mayúsculas determinadas; por el "distintivo de matrícula", formado por un segundo grupo de tres o cuatro letras mayúsculas, y por la indicación del nombre y domicilio del propietario. Además, cada aeronave debe llevar a bordo un certificado de matrícula que contenga esas diversas indicaciones, un diario de a bordo, certificado de navegabilidad, lista de pasajeros, manifiesto de carga, etc. (art. 29, Convención Chicago).

Las aeronaves públicas se caracterizan solamente por los colores nacionales pintados en sus alas.

150. LA CIRCULACIÓN AÉREA INTERNACIONAL — Las normas que rigen la circulación aérea internacional se aplican únicamente al tiempo de paz y difieren según se trate del espacio aéreo situado sobre la alta mar o sobre el territorio de otro Estado, ya sea marítimo o terrestre.

La Convención de Aviación Civil Internacional, también llamada Convención de Chicago de 1944 establece en su artículo 89 que "en caso de guerra las disposiciones de esta Convención no afectarán la libertad de acción de ninguno de los Estados contratantes afectados, bien sea

como beligerantes o como neutrales". Se aplicará el mismo principio en caso que un Estado contratante declare "un estado de emergencia nacional" y lo informe al Consejo de la Organización Internacional de Aviación Civil.

1. La circulación aérea sobre la alta mar está abierta a todas las aeronaves, sin distinción de clase, ni nacionalidad. El artículo 2º, inciso 4º, de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958, enumera entre otras libertades, "la libertad de volar sobre la alta mar".

2. En el espacio aéreo situado sobre el territorio terrestre, el mar territorial o las aguas interiores, la circulación aérea está subordinada, en principio, a los derechos del respectivo Estado subyacente o costero, dado que allí ejerce soberanía. Por el artículo 1º de la Convención de Chicago de 1944,* que se inspira en la Convención de París de 1919,* "los Estados contratantes reconocen que cada Estado tiene soberanía exclusiva sobre la zona aérea que abarca su territorio"; entendiéndose por tal, en el artículo 2º, "la extensión terrestre y las aguas territoriales adyacentes".

3. El derecho de "tránsito inocuo" por el espacio aéreo sujeto a la jurisdicción nacional por aeronaves extranjeras es acordado mediante acuerdos multilaterales o bilaterales, que establecen las condiciones de su otorgamiento; dicho derecho no surge de normas del derecho internacional general, que se limita a establecer la soberanía del Estado subyacente sobre el espacio aéreo. En consecuencia, la Convención de Chicago, otros instrumentos multilaterales complementarios y convenciones bilaterales, fijan el régimen de tránsito inocuo, como lo acabamos de señalar.

En el caso de aeronaves de Estado, conforme con el artículo 3º c) de la Convención de Chicago es necesario un acuerdo especial, para que dichas aeronaves sobrevuelen el territorio o aterricen en éste y deben hacerlo conforme con las condiciones estipuladas.

En el caso de aeronaves civiles, según la Convención de Chicago se debe distinguir, de acuerdo a su artículo 5º, aquellas que prestan "servicios aéreos de itinerario fijo" (*scheduled international air services*), de las que no lo prestan (*non scheduled international air services*).

Si la aeronave no se dedica a servicios internacionales de itinerario fijo y no tuviere fines comerciales, tendrá derecho a hacer vuelos o transitar sin hacer escalas, o hacerlas en el territorio de otra Parte Contratante, sin obtener permiso previo, pero tendrá que aterrizar si así lo solicita el Estado sobre el que vuela. En caso que dichas aeronaves deseen sobrevolar regiones inaccesibles o que no cuenten con las debidas

facilidades de navegación aérea, los Estados contratantes se reservan el derecho de que sigan determinadas rutas u obtengan permisos especiales.

Si la aeronave no se dedica a servicios internacionales de itinerario fijo, pero efectúa vuelos de transporte remunerado o por fletamento de pasajeros, carga o material postal, el Estado "donde tenga lugar el embarque o desembarque tendrá derecho a imponer los reglamentos, condiciones o limitaciones que considere de lugar", según el mencionado artículo 5º de la Convención de Chicago. Con motivo de la proliferación de los vuelos llamados "charter" y taxis aéreos, muchos Estados se basan en esta norma para imponer condiciones que impidan una competencia desigual con los vuelos de itinerario fijo. Otros Estados han acordado entre sí permitir el ingreso de aeronaves que no se dedican a servicios internacionales de itinerario fijo, sin requerir permiso previo, tal como se establece en el Acuerdo sobre derechos comerciales de este tipo de servicios (Agreement on Commercial Rights of Non-Scheduled Air Services) en Europa, de 1956, elaborado por la Conferencia Europea de Aviación Civil.

Los vuelos de aeronaves que prestan servicios internacionales de itinerario fijo están sujetos a la autorización del Estado subyacente. El artículo 6º de la Convención de Chicago estableció el principio básico de todo el tráfico comercial aéreo contemporáneo: "No se prestarán servicios internacionales de itinerario fijo en el territorio o hacia el territorio de un Estado contratante, excepto con el permiso especial u otra autorización de dicho Estado, y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización".

En la Conferencia de Chicago de 1944 se presentaron dos posiciones antagónicas. Los Estados Unidos, que deseaban establecer una libertad absoluta del aire, dentro de los márgenes de seguridad aérea necesarios y la de otros países, como Gran Bretaña, que deseaban que el servicio internacional aéreo regular estuviera sometido a autorización previa, tesis que fue incorporada al artículo 6º. Sin embargo, este principio fue condicionado para aquellos Estados que fueran parte de dos convenios adicionales y optativos que establecieron las llamadas "libertades del aire" de Chicago.

Por el primer convenio los contratantes se reconocen las dos primeras libertades, conocidas como libertades técnicas. El Convenio sobre Tránsito,* que así se llama, establece en su artículo 1º, sección 1ª. "Cada uno de los Estados contratantes reconoce a los demás Estados contratan-

tes los siguientes privilegios de la libertad del aire respecto a servicios aéreos internacionales sujetos a itinerario fijo: 1) El privilegio de volar sobre su territorio sin aterrizar; 2) El privilegio de aterrizar para fines no comerciales". Es decir, la libertad de sobrevuelo, primera libertad y la libertad de escala técnica, segunda libertad, que comprende el derecho de reabastecerse, reparar averías, etcétera.

Estas libertades se otorgan dentro de determinadas condiciones que han sido establecidas en el artículo 1º, sección 4ª. El Estado puede designar ruta y aeropuertos que podrán ser usados y podrá imponer derechos "justos y razonables" por el uso de aeropuertos e instalaciones. Sobre la base de no discriminación dichos derechos no podrán ser mayores que los que pagan servicios internacionales similares. En caso que un Estado no esté de acuerdo con los derechos impuestos, podrá presentarse ante el Consejo de la OACI, que preparará un informe.

En caso de que una empresa extranjera no cumpla con las leyes del Estado en que goza de estas libertades, o con las obligaciones contraídas de conformidad con el Convenio, conforme a la sección 4ª, del artículo 1º del mismo, dicho Estado podrá rehusar o revocar el permiso otorgado. También podrá hacerlo en caso "en que no esté satisfecho de que nacionales de un Estado contratante poseen una parte substancial de dicha empresa y la dirigen de hecho".

Para el caso de Estados que no poseen líneas aéreas y tienen interés en servicios de esta índole, la sección 3ª del artículo 1º, establece: "El Estado contratante que conceda a las líneas aéreas de otro Estado contratante el privilegio de aterrizar para fines no comerciales, podrá requerir de dichas líneas aéreas que ofrezcan servicio comercial razonable en los países en que se efectúen los aterrizajes". Tal requerimiento no implicará discriminación alguna entre las líneas aéreas que exploten una misma ruta.

Este Convenio sobre Tránsito* ha recibido un alto número de ratificaciones.

Por el segundo convenio, llamado Convenio de Transporte, las Partes de este Acuerdo se reconocen otras tres libertades, conocidas como "libertades comerciales", a saber:

La tercera, libertad o privilegio de dejar pasajeros, correspondencia y mercancías procedentes del país de origen de la aeronave;

La cuarta, libertad o privilegio de admitir a bordo pasajeros, correspondencia y mercancía con destino al país de origen de la aeronave;

La quinta, libertad o privilegio de admitir pasajeros, correspondencia y mercancías con destino a cualquier otro Estado contratante o

dejar los que procedan de cualquier otro Estado contratante.

El Convenio de Transporte no ha entrado en vigor por no alcanzar las ratificaciones necesarias. Estados Unidos, que fuera su promotor, lo denunció en 1946.

En cuanto a las libertades comerciales, la dificultad principal se encuentra en la aceptación de la quinta libertad, que facilitaría el virtual monopolio del aire de los países más adelantados, que tienen más posibilidades de desarrollar su industria aeronáutica y sus compañías aéreas internacionales. Por ello, no ha sido aceptado el Convenio de Transporte y se ha preferido reglar estos puntos por medio de convenios bilaterales.

Estos convenios regulan rutas, frecuencias, capacidad de transporte, tarifas, etc. y puede comprender el otorgamiento recíproco de las tres libertades o de una o dos de ellas. El acuerdo más comentado y de mayor importancia ha sido el llamado Acuerdo de Bermuda, de 1946, entre Estados Unidos y Gran Bretaña.

Por este Acuerdo ambos países se otorgaron recíprocamente las tres libertades comerciales, sujetas a ciertas restricciones. Las rutas aéreas, itinerarios y aeropuertos se determinan, por acuerdo común, en un Acuerdo de Rutas anexo, las tarifas se determinarán también de común acuerdo y se establecen ciertos principios que deben regular frecuencias y capacidades. De conformidad con estos principios el transporte "debe estar en estrecha relación con los requerimientos del público", debe haber "una igual y equitativa oportunidad para los transportes de las dos naciones para operar en cualquiera de las rutas respectivas entre sus territorios"; en las rutas aéreas troncales debe tenerse en consideración el interés de los transportadores aéreos del otro gobierno, de modo de no afectar indebidamente los servicios que éste último proporcione, en todo o en parte, de la misma ruta. Con el objeto de proporcionar capacidad adecuada a la demanda de tráfico entre el país del cual es nacional la aeronave y el país de destino último, se ejercerá el derecho de embarcar o desembarcar tráfico internacional, de o para terceros países de acuerdo con los principios de desarrollo ordenado que suscriben los gobiernos y se sujetará a los principios generales de modo que la capacidad del tráfico se subordine: a) a los requerimientos del tráfico entre el país de origen y el de destino; b) a los requerimientos de adecuada explotación y c) a los requerimientos del tráfico de la zona donde pasa la línea, después de tener en cuenta los servicios regionales y locales. El Acuerdo de Bermuda adopta el llamado sistema de "fill up" (relleno), para el ejercicio de la quinta libertad, al condicionarlo a tener en cuenta los servicios regionales y locales.

No todos los acuerdos bilaterales siguen el modelo de Bermudá, pues las situaciones no suelen ser iguales. También es conocido el modelo llamado "chosen instrument", por el que cada Estado indica la compañía aérea para una ruta determinada y entre las compañías arreglan el tráfico, buscando igualdad.

4. La Convención de Chicago reserva la navegación aérea de cabotaje para los aviones nacionales, es decir la destinada al tráfico entre dos puntos del territorio nacional. El artículo 7º de la Convención, en una fórmula de redacción negativa, otorga a los Estados el derecho "a rechazar a las aeronaves de otros Estados contratantes permiso para tomar en su territorio pasajeros, materia postal o carga transportados por remuneración o fletamento y destinados a otro punto dentro de su territorio". El Estado puede renunciar a este derecho, pero no lo puede hacer para beneficiar a otro Estado con exclusividad; por el mismo artículo las partes se comprometen "a no concertar acuerdos que concedan específicamente tal privilegio a base de exclusividad o a ningún otro Estado o línea aérea de otro Estado, y a no obtener de ningún otro Estado dicho privilegio exclusivo".

5. El sistema de Chicago, además de establecer las bases principales de la navegación internacional reconociendo libertades y derechos básicos contiene una serie de normas bastante detalladas para proteger la seguridad en el vuelo y en el Estado subyacente.

La Convención sobre Aviación Civil Internacional,* la principal convención de Chicago, a la que ya nos hemos referido, establece el derecho del Estado subyacente de prohibir o limitar vuelos sobre ciertas zonas, por razones militares o de seguridad pública. En caso de emergencia o en interés de la seguridad pública, se podrá prohibir o limitar vuelos sobre la totalidad o parte del territorio por periodos limitados. En ambos supuestos el Estado subyacente podrá exigir el aterrizaje en un aeropuerto designado para ello (art. 9º).

Por el artículo 68 de la Convención, "cada uno de los Estados contratantes podrá designar la ruta que seguirá en su territorio un servicio aéreo internacional y los aeropuertos que podrá usar dicho servicio", salvo disposiciones especiales del tratado.

Toda aeronave que penetre en el territorio de otro Estado deberá aterrizar en aeropuerto designado para hacer aduana, si los reglamentos locales lo exigen, salvo que el paso sin aterrizar sea autorizado por permiso especial o de acuerdo a las disposiciones de la Convención (art. 10).

Las disposiciones de entrada y salida y circulación deben aplicarse sin discriminación (art. 11). Los aeropuertos abiertos a nacionales deben serlo también a aeronaves extranjeras y se les debe otorgar la misma ayuda e imponer los mismos cargos por el uso de facilidades (art. 15).

Todas las aeronaves que vuelen sobre su territorio o las que tengan sus distintivos deberán cumplir los reglamentos en general y particularmente los que regulan la entrada, despacho, inmigración, pasaporte, aduana, cuarentena, medidas sanitarias, etc. (arts. 13 y 14).

En cuanto a la seguridad de la aeronavegación, los Estados Contratantes deben proveer su territorio de aeropuertos, radio, meteorología y otras ayudas a la navegación, deben poner en vigencia servicios adecuados, uniformes de comunicaciones, claves, distintivos, señales, luces, mapas, etc. (art. 28). En caso de peligro, se debe prestar ayuda y todas las Partes se comprometen a una colaboración coordinada (art. 25); si se trata de accidente grave el Estado donde ocurra el accidente hará una investigación al respecto (art. 26).

El Estado Parte deberá tomar medidas para facilitar y acelerar procedimientos de aduana e inmigración (art. 23) y el avión, su combustible y repuestos que queden en tierra para el servicio de la línea aérea tendrán entrada libre de derechos (art. 24).

El Convenio de Aviación Civil Internacional de 1944 creó, además, la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI), a la que nos referimos en el capítulo XV.

Para asegurar la cooperación entre compañías aéreas en cuanto a tarifas, se estableció la International Air Transport Association (IATA), una organización no gubernamental interempresaria que ejerce considerable influencia en el tráfico aéreo.

151. RESPONSABILIDAD AÉREA. — Las normas convencionales correspondientes a la responsabilidad aérea, están contenidas en la Convención de Varsovia de 1929 llamada "Convención para la unificación de determinadas reglas relativas al transporte aéreo internacional"* y en la Convención de Roma de 1952 sobre "Daños causados por aeronaves extranjeras o terceros en la superficie"*. La Convención de Varsovia fue modificada sucesivamente por el Protocolo de La Haya de 1955*, el Convenio Complementario de Guadalajara de 1961 y el Protocolo de Guatemala de 1971.

Estas convenciones contienen indudablemente normas de derecho internacional privado. Los tribunales competentes son tribunales nacionales, ya sea el del domicilio del transportador o del lugar de destino

(art. 28 de la Convención de Varsovia) o donde ocurrió el daño (art. 20 de la Convención de Roma). Se trata de instrumentos internacionales para unificar normas aplicables. Sin embargo, dada su gran importancia en el tráfico aéreo, estimamos necesario incluir una breve noticia general del problema de la responsabilidad aérea.

La Convención de Varsovia unifica los títulos de transporte (billetes de pasaje, boletín de equipaje, carta de porte aérea) y las normas de responsabilidad del transportador.

En cuanto a responsabilidad el sistema establece que en caso que un pasajero sufra daño por muerte o lesiones corporales o por destrucción, pérdida o avería de equipajes o mercancía, o por retraso en el transporte aéreo el transportador será responsable (arts. 17, 18 y 19), sobre la base de una presunción *juris tantum*, es decir, salvo que el transportador pruebe que él o sus representantes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño (art. 20, inc. 1º). La responsabilidad será atenuada o descartada por el Tribunal nacional, "conforme a los preceptos de su propia ley", si la persona lesionada contribuyó al daño o lo produjo (art. 21).

En compensación por la presunción establecida, la Convención limita la responsabilidad del transportador (art. 22) salvo que el daño se deba a una acción u omisión del mismo o de sus representantes en el ejercicio de sus funciones, con intención de causar daño, o "con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño" (art. 25).

La Convención de Varsovia de 1929* fijó el límite en 125.000 Francos Poincaré por pasajero que haya sufrido lesiones o por muerte y 250 Francos Poincaré por kilogramo, en caso de equipajes y mercaderías. Antes de la liberación del precio del oro en 1971, 125.000 Francos Poincaré equivalían a 8.300 u\$s.

Esta suma resultó baja, sobre todo en algunos países como los Estados Unidos donde las costas del juicio se incluyen en el monto de los daños a pagar. El Protocolo de La Haya de 1955*, además de incorporar otras reformas al Convenio de Varsovia*, dobló la suma a 250.000 francos en cuanto a pasajeros. A pesar de ello, el principal transportador aéreo, los Estados Unidos, no se sintió satisfecho y no ratificó el Protocolo de La Haya. Más aún, ante la amenaza de denuncia por Estados Unidos del Convenio de Varsovia, en 1965, se llegó a un acuerdo entre líneas aéreas, el llamado acuerdo de Montreal, por el que los transportadores de y para los Estados Unidos acuerdan voluntariamente subir el límite de compensación por pasajero a 75.000 u\$s ó 58.000 u\$s según que

comprendan o no las costas y además se acepta el principio de la responsabilidad absoluta del transportador, que renuncia a acogerse al artículo 20, inciso 1º, de Varsovia.

Este acuerdo entre transportadores de Montreal ha creado un doble standard. Si la aeronave sale, va o aun toca los Estados Unidos, via otro país, los límites de compensación son infinitamente mayores que para el resto del mundo.

Por ello, en 1971, 21 Estados se reunieron en Guatemala y enmendaron las normas referentes a pasajeros establecidas en las Convenciones de Varsovia y La Haya. El Protocolo de Guatemala estableció cambios radicales. Así aceptó el principio de responsabilidad absoluta, aumentó a 1.500.000 francos, excluyendo costas, los límites de responsabilidad e inclusive permite que Estados Partes puedan establecer sistemas complementarios de compensación. Pero, por el contrario, suprime la posibilidad del pasajero de reclamar un monto de daños ilimitado en caso de culpa del transportador. Los Estados Unidos no ha ratificado este Protocolo aún, tampoco la República Argentina; hay una actitud de espera y en la realidad funciona el doble standard mencionado.

El Convenio de Guadalajara de 1961, complementario del de Varsovia, tiene por objeto establecer reglas particulares aplicables al transporte aéreo internacional efectuado por una persona que no sea parte en el contrato de transporte, es decir el transportador de hecho. Este tratado estipula que tal Convención de Varsovia se aplica tanto al transportador contractual como al de hecho, el primero por el total del transporte y el segundo por el transporte que lleva a cabo.

Por su parte, la Convención de Roma de 1952, sobre Daños causados por aeronaves extranjeras a terceros en la superficie* establece el principio de la responsabilidad absoluta del operador, salvo que los daños no sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado, o si se debe al mero paso de la aeronave por el espacio aéreo, de acuerdo a los reglamentos de tránsito. Se incurre en responsabilidad si quien haya sufrido el daño prueba que provienen de una aeronave en vuelo o de una persona o cosa caída de la misma (art. 1º); se infiere de esta norma que no debe probar culpa del operador aéreo.

En caso que el daño haya sido causado por culpa de la persona que lo ha sufrido, la reparación debe ser reducida, en la medida que esta culpa ha contribuido al daño (art. 6º). De acuerdo con el sistema de responsabilidad absoluta la convención limita el monto de la indemnización, de acuerdo con un cálculo hecho sobre la base del peso de la aeronave, que va de 500.000 francos cuando se trata de aeronaves de

hasta 1.000 kg. hasta 10.500.000 francos cuando el peso es de 50.000 kg.; pasando esta cifra, se pagará 100 francos por kilogramo excedente. En caso de muerte o lesión de una persona la responsabilidad no podrá exceder 500.000 francos.

La Convención contiene normas detalladas sobre seguridades destinadas a cubrir la responsabilidad del operador aéreo y reglas de procedimientos y plazos.

151a. JURISDICCION SOBRE LAS AERONAVES. — La jurisdicción sobre los hechos de carácter civil que tengan lugar en una aeronave (nacimientos, defunciones, contratos, colisiones, etc.) no han sido todavía objeto de regulación por medio de normas convencionales. Como ya lo hemos señalado, la Convención de Ginebra, de 1948, sobre Reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves,* se refiere a dicho reconocimiento reciproco de derechos de propiedad, arrendamiento, garantía e hipoteca, pero su mismo objetivo supone su aplicación posible por tribunales distintos a los de la matricula de la aeronave.

Por el contrario, existen algunos tratados que regulan la jurisdicción aplicable a ciertos hechos de carácter penal.

Nos referiremos primero a la jurisdicción civil. La doctrina concuerda, en general, que cuando la aeronave vuela sobre territorio nacional, o sobre alta mar o aterriza en ellos rige la ley de su pabellón. El artículo 199 del Código Aeronáutico argentino establece: "Los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos en una aeronave privada argentina sobre territorio argentino, sus aguas jurisdiccionales o donde ningún Estado ejerza soberanía, están regidos por las leyes de la Nación Argentina y serán juzgados por sus tribunales".

También hay que distinguir el tipo de aeronave de que se trate. En caso de aeronaves militares, estarán sometidas a la jurisdicción de su pabellón, gozan de inmunidad de jurisdicción, exención de visitas aduaneras o de policía y de impuestos, etc. Si se trata de aeronaves de Estado no militares, se estima que deben aplicarse los mismos principios de los buques de Estado no militares, es decir, estarán sometidos a la jurisdicción de su pabellón y gozarán de inmunidad de jurisdicción si realizan vuelos con fines no comerciales. Toda aeronave de Estado deberá obedecer los reglamentos locales. El artículo 201 del Código Aeronáutico de la República Argentina, dice: "Los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos en una aeronave pública extranjera sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales están regidos por la ley del pabellón y serán juzgados por sus tribunales".

En la aplicación de las normas mencionadas hasta ahora parece no haber mayor discrepancia, el problema radica cuando se trata de aeronaves privadas o que se dedican a fines privados y vuelan sobre o aterrizan en el territorio de otro Estado. En este caso hay que tener en cuenta los intereses del Estado subyacente, los del Estado de matrícula y los del Estado de aterrizaje o del punto de partida, cuando es diferente del subyacente. La doctrina de *lege ferenda* ha propuesto soluciones variadas teniendo en cuenta los intereses mencionados, pero no hay acuerdo.

En general se distingue entre la aeronave estacionada y en vuelo en o sobre territorio extranjero. En el primer supuesto parece más oportuno que los actos jurídicos estén sometidos a la jurisdicción del Estado local. Si la aeronave se encuentra en vuelo los actos jurídicos que tuvieran lugar a bordo podrían quedar sometidos a la ley de la matrícula, si no tuvieran repercusiones en el Estado subyacente. Pero éstas son soluciones de *lege ferenda*, que varían en doctrina, como ya hemos señalado. El Código Aeronáutico Argentino establece en la segunda parte del artículo 199: "Corresponde igualmente la jurisdicción de los tribunales argentinos y la aplicación de las leyes de la Nación, en el caso de hechos ocurridos, actos realizados o delitos cometidos a bordo de una aeronave privada argentina, sobre territorio extranjero, si se hubiese lesionado un interés legítimo del Estado argentino o personas domiciliadas en él o se hubiese realizado en la República Argentina el primer aterrizaje posterior al hecho, acto o delito". Por otra parte, contemplando la situación de la aeronave extranjera sobre territorio argentino, el artículo 200 dice: "En los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos en una aeronave privada extranjera en vuelo sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales, la jurisdicción de los tribunales argentinos y la aplicación de las leyes de la Nación sólo corresponde en caso de: 1º) Que infrinjan las leyes de seguridad pública militares o fiscales; 2º) Que infrinjan leyes o reglamentos de seguridad aérea; 3º) Que comprometan la seguridad o el orden público o afecten el interés del Estado o de las personas domiciliadas en él o se hubiese realizado en la República el primer aterrizaje posterior al hecho, acto o delito, si no mediase en este último caso pedido de extradición". El artículo 201 agrega: "Los hechos ocurridos, los actos realizados y los delitos cometidos en una aeronave pública extranjera sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales están regidos por la ley del pabellón y serán juzgados por sus tribunales".

En contraste con los hechos de carácter civil, algunas importantes convenciones han reglamentado la jurisdicción aplicable a ciertos hechos

de carácter penal, sin perjuicio de destacar que las normas internas del Código Aeronáutico Argentino, que acabamos de citar; comprenden también infracciones y delitos, como se desprende de su lectura.

En lo que respecta a infracciones a las normas de circulación aérea podrían ejercer jurisdicción tanto el Estado subyacente, como el de la matrícula. El artículo 12 de la Convención de Chicago* establece que "cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar medidas para garantizar que todas las aeronaves que vuelen sobre su territorio o maniobren dentro de él, y todas las aeronaves que lleven el distintivo de su nacionalidad, dondequiera que se encuentren, observarán los reglamentos que rijan sobre vuelos y maniobras de aeronaves". No existe norma en la Convención de 1944 para establecer cuál debe prevalecer. Posteriormente, la Convención de Tokio de 1963*, resolvió en su artículo 4º la prevalencia de la jurisdicción del Estado subyacente, como veremos en seguida.

También puede suscitarse controversias cuando las infracciones o los delitos cometidos en el espacio aéreo atentan contra la seguridad del Estado subyacente; parecería que existe, en tal caso, por parte de dicho Estado, un mayor interés a proteger. En caso de delitos que no atenten contra la seguridad y también cometidos en el espacio aéreo, los intereses del Estado de matrícula deben prevalecer. Por supuesto que estas normas de *lege ferenda* se refieren exclusivamente a aeronaves civiles o de Estado con fines privados, o aeronaves de Estado, ya sean militares o no.

El Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de Tokio, de 1963**, contiene algunas reglas que timidamente tratan de solucionar el problema de la jurisdicción penal sobre aeronaves.

El convenio se aplica a infracciones a las leyes penales y otros actos, que sin ser infracciones, pongan en peligro la seguridad de la aeronave matriculada en un Estado contratante, o de las personas o bienes en la misma o que pongan en peligro el orden y la disciplina a bordo (art. 1º, inc. 1º) cuando la aeronave "se halle en vuelo, en la superficie de la alta mar o en cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado" (art. 1º, inc. 2º).

El Convenio de Tokio se basa en el principio que el Estado de matrícula es el competente para conocer de las infracciones mencionadas, en los lugares citados y que debe tomar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción a bordo de aeronaves matriculadas en tal Estado

(art. 3º), salvo que dichas infracciones produzcan efecto en un Estado contratante que no sea el de la matrícula, o que la infracción haya sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo, o que afecte la seguridad de tal Estado, o que constituya una violación de los reglamentos de vuelo y maniobra de aeronaves, vigente en tal Estado, o cuando sea necesario ejercer la jurisdicción para cumplir con un acuerdo internacional (art. 4º). Como se podrá apreciar estas importantes excepciones derogan por varias razones el principio del artículo 3º. Pero, además, no se excluye "ninguna jurisdicción penal ejercida de acuerdo con las leyes nacionales" (art. 3º, inc. 3º).

La Convención también establece las facultades del comandante de la aeronave con respecto a las personas a bordo, quien podrá, en un vuelo internacional, tomar medidas razonables, inclusive coercitivas, cuando las estime necesarias, para proteger la seguridad de la aeronave, personas o bienes, mantener el buen orden y disciplina, o entregar la persona a las autoridades competentes (art. 6º, inc. 1º). Las medidas coercitivas no se aplicarán más allá de cualquier punto de aterrizaje y el comandante notificará antes de aterrizar la situación (art. 7º). El comandante podrá desembarcar en el territorio de cualquier Estado que se aterrice, cualquier persona que haya cometido o esté a punto de cometer actos que puedan poner en peligro la seguridad de la nave (art. 8º). Si el comandante estima que una persona a bordo ha cometido un acto que puede constituir una infracción grave a las leyes penales del Estado de matrícula, podrá entregarla a las autoridades de cualquier Estado donde aterrice (art. 9º). Las medidas tomadas de acuerdo con la Convención, no dan lugar a responsabilidad.

En cuanto a las facultades y obligaciones de los Estados, se permitirá el desembarco de una persona que atente contra la seguridad de la nave (art. 12) y se aceptará la entrega por el comandante de quien haya cometido una infracción grave a las leyes penales del Estado de matrícula y podrá proceder a su detención (art. 13). Si la persona en cuestión no puede o no desee proseguir el viaje y el Estado de aterrizaje se rehúsa admitirla, salvo que sea nacional o tenga su residencia en ese Estado, podrá enviarla al Estado de que sea nacional o donde tiene su residencia, o donde inició el viaje (art. 14), pero si dicha persona no es ni devuelta, ni admitida, podrá continuar viaje hacia el punto de destino que elija (art. 15).

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 273 a 281.

En cuanto a la extradición, las infracciones a bordo serán consideradas como si se hubiesen cometido "no sólo en el lugar en el que hayan ocurrido, sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave" (art. 16).

En 1963, cuando se adoptó esta Convención de Tokio, ya habían tenido lugar algunos casos de lo que luego se llamó piratería aérea, aunque con la gravedad y asiduidad con que se desarrolló posteriormente. La Convención esbozó una muy tímida solución jurídica para lo que llamó apoderamiento ilícito de una aeronave, obligando a los Estados Partes a "tomar todas las medidas adecuadas para que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control" (art. 11). El apoderamiento ilícito tiene lugar, para la Convención, "cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo".

Con posterioridad a 1963 los casos de piratería aérea aumentaron considerablemente hasta constituir un verdadero peligro a la navegación aérea;² la Convención de Tokio no respondía a las necesidades del momento y además había recibido aun pocas ratificaciones. En tal circunstancia, bajo los auspicios de la OACI, se adoptó la Convención de La Haya de 1970, llamada Convenio para la represión de apoderamiento ilícito de aeronaves**. Por ese entonces, el sabotaje y otros actos cometidos antes del despegue habían comenzado a ser un peligro quizás mayor que la piratería. En Würenligen (Suiza) una bomba colocada en la bodega de equipajes destruyó un avión de Swissair con 50 pasajeros a bordo. La OACI convocó entonces, en 1971, a pedido de Suiza, otra nueva reunión en Montreal que elaboró el Convenio para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil**.

Ambos instrumentos son paralelos, salvo en la definición de los delitos que intenta reprimir. La Convención de La Haya está dirigida sólo a la piratería aérea, el Convenio de Montreal al sabotaje y la piratería.

² La Ley 17.567, de 1967, que reformó el Código Penal argentino, incorporó al art. 198, sobre el delito de piratería, el caso de la piratería aérea, adoptando las disposiciones del Código Aeronáutico.

** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, para la Represión de apoderamiento ilícito de las aeronaves, págs. 282 a 287; para la Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, págs. 288 a 293.

El artículo 1º del Convenio de La Haya, califica como delito el acto por el cual una persona a bordo de una aeronave en vuelo, "ilícitamente, mediante violencia, amenazas de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodera de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de dichos actos". Por su parte, el Convenio de Montreal, en una fórmula más amplia, establece que comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: "a) Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de la aeronave; b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; d) Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; e) Comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de la aeronave en vuelo". También el Convenio de Montreal considera delito el intento de cometer cualquiera de los actos mencionados. Para ambos tratados la complicidad también es considerada delito.

En los dos instrumentos, los Estados Partes se comprometen a establecer penas severas para los delitos ocasionados y ejercer su jurisdicción si el delito se comete en su territorio, a bordo o contra una aeronave de su matrícula, o arrendada, o si la aeronave aterriza con el presunto delincuente a bordo. Todo Estado en que se encuentre esta persona podrá detenerla, si lo considera justificado procederá a una investigación preliminar y comunicará la detención a los Estados interesados en esta situación. Luego de la investigación transmitirá sus resultados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

Muy importantes son las normas referentes a extradición. El pirata aéreo se apodera de la aeronave, casi siempre fuera del territorio donde aterriza. Se crea así un problema de extradición que puede ser grave, si no hay tratado de extradición entre los Estados en cuestión o si el tratado no contempla la piratería aérea, como es normal en la mayoría de estos tratados, anteriores a la propagación de esta práctica.

Los tratados que estamos comentando no crean la obligación de

proceder a la extradición, pero si debe someterse al delincuente a las autoridades competentes "a efectos de enjuiciamiento". El artículo 7º de ambos instrumentos establece: "El Estado contratante en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna ya sea que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado".

Las Partes consideran que estos delitos se encuentran comprendidos entre los tratados de extradición ya celebrados entre ellos y se comprometen a incluirlos en los que se celebren en el futuro.

Si los Estados subordinan la extradición a la existencia de tratado, en su política nacional, y no existe tratado entre las partes contratantes, podrán dichos Estados "discrecionalmente considerar el presente convenio como la base jurídica necesaria para la extradición" (art. 8º); tímida fórmula de buena voluntad, sin crear obligación jurídica. Si los Estados no subordinan la extradición a la existencia de un tratado, reconocerán los delitos como caso de extradición. En ambos casos, la extradición está sujeta a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

II. TELECOMUNICACIONES

152. NOCIONES GENERALES. — La Convención Internacional de Telecomunicaciones de Montreux*, adoptada en 1965, define la telecomunicación como: "Cualquier transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes y sonidos o información de cualquier naturaleza por hilo, óptica o cualquier otro sistema electromagnético". Comprende, en consecuencia, el teléfono, el telégrafo, la radio y la televisión.

La transmisión de informaciones, por cualquiera de los medios mencionados, es materia de orden público y como tal está subordinada a la reglamentación del Estado. La Convención arriba mencionada reconoce el "derecho soberano de cada país de reglamentar sus telecomunicaciones". Sin embargo, una aplicación extrema de este principio de soberanía

nia traería como consecuencia la imposibilidad de establecer una red mundial de telecomunicaciones; este tipo de comunicación no puede solucionarse mediante acuerdos bilaterales, como ocurre en gran medida con el tráfico aéreo, porque existe la necesidad fundamental de garantizar servicios seguros permanentes de transmisiones para la navegación marítima y aérea, servicios de correspondencia pública, etc. Además, si los Estados emitirían ondas desde sus propias estaciones e interferirían con las extranjeras libremente, se crearía un enorme caos. Por ello, ha sido necesario establecer mecanismos que coordinen las comunicaciones mundiales sobre bases jurídicas y muy particularmente, el otorgamiento de frecuencias de ondas. La Convención de Montreux* establece su propósito de "facilitar las relaciones y la cooperación entre los pueblos por medio de un sistema eficiente de telecomunicaciones". La Unión Internacional de Telecomunicaciones es el organismo internacional creado con este objeto.

1. Existen antecedentes sobre este punto. Varias convenciones internacionales han sido concluidas desde 1865 sobre la unión y la reglamentación de los servicios de telecomunicaciones.

La primera Convención Telegráfica Internacional se firmó en París en 1865 y creó la Unión Telegráfica Universal con sede en Basilea y se refería exclusivamente al servicio telegráfico. Esta Convención fue revisada en diversas oportunidades; por la Convención de San Petersburgo, que estuvo en vigor desde 1875 a 1932, se modificaron los llamados Reglamentos Telegráficos anexos a la Convención. Disposiciones referentes al servicio telefónico fueron agregadas a estos reglamentos en 1885.

La primera Convención Radiotelegráfica se firmó en Berlín en 1906 y fue revisada en Londres en 1912 y en Washington en 1927, cuando se estableció por primera vez la distribución de frecuencias.

La Conferencia de Madrid de 1932 concentró en un solo instrumento la Convención Telegráfica, el Reglamento Telefónico y la Convención Radiotelegráfica y se estableció la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

La Convención Internacional de Telecomunicaciones fue revisada en varias oportunidades por conferencias de plenipotenciarios y los Reglamentos (Telegráfico, Telefónico y Radio [General y Adicional]) por conferencias administrativas de delegados. Deben destacarse las Conferencias de El Cairo (1938) y las Conferencias regionales de Europa en Lucerna en 1933 y Montreux en 1939 y de América en La Habana, en 1945; estas conferencias regionales son importantes porque la distribu-

ción de frecuencias puede estar afectada por los husos horarios y las particularidades geográficas.

En 1947 se adoptó en Atlantic City (Estados Unidos) la Carta Mundial de Telecomunicaciones, que fue sometida a revisiones periódicas.

Las comunicaciones por satélites están fundamentalmente reguladas en el acuerdo de 1971 que creó Intelsat*, que analizamos en la próxima sesión de este capítulo.

2. El sistema de telecomunicaciones está basado en algunos principios desarrollados en las sucesivas convenciones, a saber: igualdad de trato a los usuarios en cuanto al tipo de servicios y cargos; derecho del Estado de paralizar transmisiones peligrosas a la seguridad del Estado, ser contrarias a la ley, el orden público o la decencia; derecho del Estado de suspender los servicios por tiempo indefinido, notificando a los otros Estados partes; irresponsabilidad del Estado hacia los usuarios particularmente en reclamaciones por daños; seguridad sobre el secreto de la correspondencia internacional, salvo el caso de aplicación de leyes internas o en ejecución de convenciones internacionales; obligación de las Partes de establecer canales e instalaciones para una comunicación internacional rápida, operados por los mejores métodos y protegidos y mantenidos correctamente; deber de las Partes de informarse mutuamente las infracciones a la convención; prioridad, en primer término, a las comunicaciones concernientes a la seguridad de la vida y luego a las provenientes de gobiernos, que podrán expresarse en secreto, facultad que también podrán utilizar particulares, salvo los Estados que no den su consentimiento a este último uso; obligación de arreglo de cuentas internacionales por telecomunicaciones conforme con las reglamentaciones establecidas, salvo arreglos especiales, usando como unidad monetaria el franco oro; uso racional del espectro de radiofrecuencias; obligación de no causar interferencias dañosas a los servicios de comunicaciones de otros Estados.

Los problemas jurídicos contemporáneos en materia de telecomunicaciones se centra en el uso de las ondas radioeléctricas; el uso del teléfono y del telégrafo no presenta hoy grandes dificultades jurídicas internacionales. El problema reside en la asignación de frecuencias, dado su número limitado. La U.I.T. ha creado con tal propósito el Comité Internacional de Registro de Frecuencias compuesto por personalidades independientes.

Más referencias sobre la U.I.T. se encontrarán en el capítulo XV.

3. El establecimiento de las llamadas "radios piratas" más allá del límite del mar territorial de un Estado, ha sido materia de preocupación, particularmente en Europa, donde se ha celebrado, en 1965, el Acuerdo Europeo de represión de estaciones de radiodifusión fuera del mar territorial.

III. LAS COMUNICACIONES Y LA UTILIZACION DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE

152a. ANTECEDENTES. — La aventura del espacio ha comenzado hace unos pocos años, pero ya empieza a verse la utilidad que pueden prestar al hombre estos maravillosos adelantos.

Los satélites de comunicaciones han permitido, con una estupenda recepción, utilizar decenas de miles de canales telefónicos o cientos de canales de televisión. Estos satélites están como "colgados" en el espacio, sobre el mismo punto de la Tierra, sobre el Ecuador, a 35.903 km. de altura, girando a una velocidad tal que siempre enfrentan el mismo punto, que también se encuentra girando por movimiento de la Tierra. En consecuencia, la órbita de 35.903 km. sobre el Ecuador es una zona donde son necesarios los acuerdos internacionales para evitar interferencias en la traslación de los satélites.

No existe aún un acuerdo universal reglamentando esta utilización del espacio ultraterrestre por medio de satélites de comunicaciones. En 1962, el gobierno de los Estados Unidos aprobó el establecimiento de la Communication Satellite Corporation (COMSAT), sociedad de carácter mixto con acciones del gobierno y en manos de inversiones. En 1964 se creó INTELSAT, por medio del Acuerdo estableciendo arreglos interinos para un sistema de satélites de comunicaciones comerciales mundiales*. La dirección administrativa quedó a cargo de COMSAT. El organismo debía facilitar el control internacional del uso de la órbita estacionaria. El acuerdo fue renegociado en 1971 con nuevas disposiciones sobre el poder de decisión sobre lanzamiento, utilización y control del satélite.

El acuerdo de 1971* estableció una organización interestatal con el objeto de dar a todas las regiones del mundo, sobre bases comerciales, el sector espacial necesario para las telecomunicaciones internacionales o aun para otros fines, como investigación espacial o meteorología no militar.

El organismo comprende una Asamblea de representantes que efectúan recomendaciones de política general, un Consejo de Gobernadores permanente, que toma sus decisiones con un sistema de votos ponderados; en el acuerdo de 1971 los Estados Unidos perdieron el derecho de veto. Este Consejo tiene amplios poderes en el sector espacial, pero provisionalmente la ejecución está confiada por contrato a la sociedad americana COMSAT, a la que ya nos hemos referido. En principio, al cabo de seis años la gestión de administración quedará bajo la autoridad directa del Consejo.

El artículo 14 estipula que todo proyecto de establecer un sistema distinto, por alguno de los Estados Parte, no debe causar perjuicio económico considerable al sistema mundial de INTELSAT.

Los países miembros son 77, sin participación de los Estados socialistas. El primer satélite llamado "Pájaro madrugador" fue puesto en órbita sobre las costas del Brasil en 1965. En 1974, 13 satélites Intelsat se encontraban en órbita y se habían construido numerosas estaciones terrestres de recepción.

Países europeos occidentales han previsto el establecimiento de un sistema de comunicaciones por satélites que comenzará a funcionar en 1980 (West European Communication Satellite System). Los países socialistas establecieron una organización similar en 1971, llamada Intersputnik.

Con el propósito de establecer un sistema mundial de satélites marítimos y mejorar las comunicaciones marítimas, en lo referente a calamidades, accidentes y seguridad, la eficiencia en el manejo de los buques, los servicios de correspondencia pública marítima y las capacidades de radiodeterminación, se ha establecido, bajo los auspicios de la I. M. C. O. (Organización Consultiva Marítima Intergubernamental), en 1976, la Organización Internacional de Satélites Marítimos (INMARSAT), cuyos instrumentos básicos son un acuerdo intergubernamental y un acuerdo operativo.

Como la transmisión directa de imágenes por televisión de un país a otro presenta algunos delicados problemas políticos, la Subcomisión Jurídica de la Comisión de Naciones Unidas está estudiando detenidamente los "Principios que gobiernan el uso por los Estados de satélites artificiales terrestres para transmisiones directas de televisión". Pero tanto la UNESCO, en su declaración del 15 de noviembre de 1972, como la Asamblea General de las Naciones Unidas también en 1972¹ han afirma-

¹ Resolución 2916 (XXVII), del 9 de noviembre de 1972.

do, considerando este problema de las transmisiones directas, el principio del estricto respeto a los derechos soberanos de los Estados.

Otro de los temas que son objeto de especial atención y estudio es la prospección de recursos terrestres que pueden llevar a cabo satélites sensores. Mediante su uso es posible hacer un inventario detallado de los recursos naturales, tipos de suelos, vegetación, minerales, etc., estudio que permite indicar cuáles cosechas son aconsejables, qué enfermedades tienen los plantíos, dónde explotar minerales, etc. La Subcomisión jurídica está estudiando las consecuencias jurídicas de este nuevo aprovechamiento del espacio.

La Subcomisión jurídica también tiene a su consideración un proyecto de tratado sobre la Luna.

LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Capítulo XI

LOS ORGANOS DEL ESTADO EN SUS RELACIONES EXTERIORES

I. COMENTARIOS GENERALES

153. NOCIONES GENERALES. — Los Estados, como las personas jurídicas, son representados por individuos en el establecimiento y mantenimiento de relaciones recíprocas. Estas personas o grupo de personas, son los órganos del Estado en sus relaciones exteriores. El derecho internacional determina en qué condiciones estos órganos pueden comprometer al Estado frente a otros Estados u otros sujetos de derecho internacional e indica los privilegios e inmunidades necesarios para el ejercicio de sus funciones internacionales. El derecho interno reglamenta, dentro de su ámbito, las correspondientes competencias.

Tradicionalmente, los órganos estatales encargados de las relaciones exteriores del Estado han sido el jefe de Estado o el jefe de Gobierno, según el caso, el ministro de Relaciones Exteriores, los agentes diplomáticos permanentes y los agentes consulares. Actualmente, las relaciones exteriores son encauzadas, además, dado la mayor interdependencia de los Estados, por agentes *ad hoc*, que pueden estar encargados de problemas políticos determinados, pero también de problemas técnicos, que devienen cada día más frecuentes. Por otra parte, el desarrollo de las organizaciones internacionales ha dado lugar a una activa diplomacia multilateral y ante tales organizaciones los Estados se encuentran representados por misiones permanentes diplomáticas o de observación o delegados ante órganos o conferencias convocados por la organización u observadores en tales órganos o conferencias.

En el caso del jefe de Estado, jefe de Gobierno y ministro de Relaciones Exteriores, el derecho internacional dispone que pueden representar *ipso facto* a su Estado, sin necesidad de tener que probar su autoridad. Los agentes diplomáticos, por el contrario, deben demostrar su representación por medio de credenciales; la misma norma se aplica a la diplomacia *ad hoc*. Los agentes consulares, por su parte, no representan al Estado en la totalidad de sus relaciones internacionales, como lo hacen los agentes diplomáticos permanentes, realizan funciones generalmente no políticas y con el objeto principal de proteger los intereses del Estado y sus nacionales.

Hasta hace poco tiempo las normas de derecho internacional referentes a los órganos del Estado, tenían carácter consuetudinario. Recientemente, sobre la base de la labor de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, ha comenzado su codificación, en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961*, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963*, la Convención de Nueva York sobre Misiones Especiales de 1969*, la Convención de Nueva York de 1973 sobre la prevención y represión de infracciones contra las personas que gozan de protección internacional y la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975.

II. LOS JEFES DE ESTADO

153a. NOCIONES GENERALES. — Es jefe de Estado la persona que ejerce y representa con carácter supremo el poder público que rige en un Estado. Durante mucho tiempo se ha usado a este respecto el calificativo de "soberano", proveniente del carácter absoluto con que se ejercía el poder.

El origen del cargo, así como el título y las atribuciones del jefe del Estado, están regidos por el derecho interno. Esas materias son ajenas al derecho internacional: para éste el jefe de Estado es la persona que encabeza el poder público, cualesquiera que sean el título que invista, el método para su adquisición, el alcance de sus atribuciones y la forma de su desempeño.

Al asumir el poder, el jefe de Estado dirige sendas cartas autógrafas a los demás jefes de Estado comunicándoles el acontecimiento. Si la ascensión al poder es consecuencia de un cambio de régimen institucional —por ejemplo una monarquía que se convierte en república o viceversa— la contestación a la referida notificación puede importar el reconocimiento del nuevo gobierno.

154. FUNCIONES. — Ciertos actos del jefe de Estado son de naturaleza internacional: posee la representación exterior del Estado, pero normalmente delega su ejercicio en su ministro de Relaciones Exteriores o en el representante diplomático que ha acreditado en el respectivo Estado extranjero; reconoce a los representantes diplomáticos que los Estados extranjeros acreditan ante él y puede tratar con ellos, aunque por lo general delega tal función en su ministro de Relaciones Exteriores;

envia funcionarios consulares al exterior y admite los de otros países; concierda tratados o se adhiere a ellos, los ratifica y los denuncia; formula la declaración de guerra y estipula la paz.

Algunas de estas funciones son compartidas, en el orden interno, con otros poderes u órganos del Estado, según lo disponga el derecho local; pero en definitiva es el jefe de Estado quien las ejerce del punto de vista internacional, ya sea por sí mismo o en forma delegada, según acaba de verse.

155. CEREMONIAL. — El Estado que recibe en su territorio a un jefe de Estado extranjero debe acordarle el tratamiento condigno con el cargo que inviste. El ceremonial respectivo se inspira en todos los países —aun cuando hay diferencias de detalle— en el propósito de tratar por igual a todos los jefes de Estado. Han desaparecido las distinciones de rango que se hacían entre los que ostentaban título de emperador, rey, o presidente, y se han suprimido los “honores reales”.

El jefe de Estado que se propone realizar un viaje no oficial por territorio extranjero y desea substraerse a las fatigas del protocolo, hace informar que viajará *de incógnito*. El país referido se limita a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el incógnito así como la seguridad personal del huésped.

156. INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS. — La costumbre internacional ha establecido que el jefe de Estado, así como las personas de su familia y el séquito oficial, gozan en territorio extranjero de ciertas inmunidades, que consisten en la inviolabilidad de su persona y en la exención de jurisdicción local, y de privilegios que importan la exención de determinados impuestos.

Ese trato extraordinario no se funda ya en la ficción de la “extraterritorialidad”, según la cual presumíase que el lugar en que se halla el jefe de Estado extranjero forma parte de su propio territorio. La doctrina reconoce hoy que no es menester acudir a tal ficción: las inmunidades tienen por base la necesidad de que el jefe de Estado disponga de entera independencia y los privilegios están abonados por razones de recíproca cortesía.

1. En virtud de la inviolabilidad, se debe prevenir y reprimir toda ofensa, daño o violencia, tanto de parte de las autoridades como de la población, contra la persona o los efectos de un jefe de Estado extranjero. Ello comprende también los agravios de carácter moral, ya sea que el

jefe de Estado se encuentre en el país o fuera de él, pues tales hechos afectan al gobierno que preside, y el Estado que nos los previene o reprime incurre en responsabilidad.

La exención de jurisdicción en materia penal es absoluta y alcanza a la persona, la residencia y los efectos. Pero la exención de jurisdicción civil plantea algunos problemas. Sin duda, el jefe de Estado extranjero no puede ser demandado, en su carácter de tal, sin afectar su personalidad oficial y por tanto los intereses del Estado; y no hay tampoco duda que si el jefe de Estado demanda, a título meramente personal, a otro individuo, la jurisdicción local procede, porque él se somete voluntariamente a ella. Pero ¿podría ser sometido a juicio civil en su carácter de persona privada? En la doctrina, la tendencia actual se orienta hacia la admisión por los tribunales de las acciones reales o de las inherentes a los juicios universales en que el jefe de Estado sea parte, así como en las acciones provenientes de obligaciones contractuales o de establecimientos comerciales; pero la doctrina aparece dividida en cuanto a las acciones personales fundadas en la responsabilidad civil emergente de delitos o de cuasidelitos, y los tribunales se han inclinado a declararse incompetentes en tales casos.

2. Por motivos de cortesía, se exime al jefe de Estado extranjero del pago de los impuestos directos y de las tasas. Pero se exceptúan de esta liberalidad los impuestos y las tasas sobre los inmuebles que poseyere a título personal y sobre las sucesiones en que fuese parte.

3. Las inmunidades y privilegios rigen aunque el jefe de Estado viaje "de incógnito", pues esta fórmula exime únicamente de las reciprocas obligaciones protocolares y la personalidad que posee el jefe de Estado no se ha extinguido.

4. Los privilegios e inmunidades de los jefes de Estado tienen el carácter de normas consuetudinarias; la Convención sobre Misiones Especiales de las Naciones Unidas,* dispone solamente en su artículo 1º que "el jefe del Estado que envía, cuando encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional". La Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal dispone en su artículo 50 que el jefe de Estado que encabece una delegación ante un órgano o una Conferencia convocada por un organismo internacional gozará, "además de lo que otorga la presente Convención, de las facilidades y de los derechos e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a los jefes de Estado".

5. En algunos Estados, de acuerdo con su estructura constitucional, el jefe del Estado es también el jefe del Gobierno, como ocurre en los regímenes presidenciales, por ejemplo en la República Argentina, pero en otros el jefe del Estado ejerce sólo funciones representativas, mientras que el jefe del Gobierno ejerce el poder ejecutivo, como ocurre en los regímenes parlamentarios europeos.

En el caso de jefes de Gobierno el derecho internacional considera que sus funciones internacionales tienen la misma naturaleza de los jefes de Estado y, en consecuencia, se les acuerda similares inmunidades y privilegios.

III. MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

156a. NOCIONES GENERALES. — El ministro de Relaciones Exteriores ejecuta la política exterior del país, bajo la dirección del jefe de Estado o del jefe del Gobierno o del parlamento según sea el caso, de acuerdo con la constitución.

1. Es muy importante señalar que de acuerdo con el derecho internacional, como en los casos de jefes de Estado o de Gobierno, el ministro de Relaciones Exteriores tiene autoridad para hablar por y comprometer su Estado internacionalmente. En el caso de Groenlandia Oriental la C.P.I.J. dijo: "La declaración que hizo el ministro de Relaciones Exteriores el 22 de julio de 1919, en nombre del gobierno noruego, fue netamente afirmativa: 'He dicho hoy al ministro de Dinamarca que el Gobierno noruego no pondrá dificultades al arreglo de este asunto'. La Corte considera indiscutible que semejante respuesta a una petición del representante diplomático de una potencia extranjera, hecha por el ministro de Relaciones Exteriores en nombre del Gobierno en un asunto que es de su competencia, obliga al país que pertenece el ministro".¹

2. Las comunicaciones de representantes extranjeros, salvo circunstancias excepcionales, deben ser dirigidas al ministro de Relaciones Exteriores. La Convención sobre Relaciones Diplomáticas de 1961* establece en su artículo 41, inciso 2º, que "todos los asuntos oficiales de que la misión está encargada por el Estado acreditante han de ser tratados con el ministro de Relaciones Exteriores de ese Estado o por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido".

¹ C.P.J.I., *Série A/B*, núm. 53, pág. 71.

El ministro de Relaciones Exteriores, en muchos países, coadyuva a la justicia declarando, a pedido de parte o del juez, sobre la condición de soberano de un Estado extranjero, su jefe o su propiedad, sobre el reconocimiento de gobiernos o Estados extranjeros, sobre la condición de los individuos que reclaman inmunidades diplomáticas. Su información, en estos casos, es generalmente concluyente para el juez.

En cuanto a sus inmunidades cuando viaja al extranjero, es indudable que debe gozar de la inviolabilidad de cualquier medida coercitiva, particularmente de inmunidad penal; aunque es éste un tema que la doctrina no había estudiado en detalle, hasta que el artículo 28, inciso 2º, de la Convención sobre Misiones Especiales* dispuso: "El jefe del Estado, el ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado, gozarán en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la presente convención de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional".

IV. LOS AGENTES DIPLOMATICOS

157. NOCIONES GENERALES. — Son agentes diplomáticos las personas que ejercen la representación oficial de un Estado en otro Estado, ya sea de modo general y permanente, o bien con carácter *ad hoc*, esto es, para determinado asunto.

Los primeros agentes diplomáticos permanentes fueron instituidos en el siglo XV por las repúblicas italianas. La paz de Westfalia (1648), al erigir en los Estados europeos un sistema de equilibrio político, indujo a mantener entre ellos representantes diplomáticos permanentes. Esta práctica se amplió y generalizó más tarde, especialmente desde mediados del siglo XIX.

La realización de congresos o conferencias internacionales ha sido cada vez más frecuente desde el Congreso de Viena de 1815; y si bien a algunos de los más importantes concurren en persona los jefes de Estado o sus primeros ministros, el desarrollo de aquel método ha exigido acreditar en ellos agentes diplomáticos *ad hoc* en carácter de delegados plenipotenciarios.

1. La facultad de enviar y recibir agentes diplomáticos pertenece a los Estados, se llama respectivamente derecho de legación activo y pasivo. Se ha discutido si los Estados están obligados, conforme con el derecho internacional, a recibir o a enviar tales agentes. Consideramos

que debe distinguirse entre ambas situaciones. En el caso de envío, se trata claramente de una facultad sujeta a la discreción del Estado en cuestión. El problema se presenta con el recibo de agentes diplomáticos, aquí debemos distinguir si se trata del establecimiento de una misión diplomática permanente o de una misión especial. En este último caso, el Estado no puede normalmente rehusarse a recibirla, en el primero su instalación depende del consentimiento mutuo. El artículo 2º de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas dispone: "El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo" y el artículo 15 establece que "los Estados se pondrán de acuerdo acerca de la clase que habrán de pertenecer los jefes de sus misiones".

El derecho de legación es ejercido, en la medida en que lo requieren las conveniencias políticas, acreditando un agente diplomático perteneciente a alguna de las categorías que se especifican en seguida. Ese agente diplomático, llamado "jefe de misión", está acompañado por los "miembros de la misión" que se estime necesario: consejeros, secretarios, agregados comerciales, militares, navales, etcétera.

Cada Estado, a fin de atender el derecho de legación, ha organizado el "servicio exterior". Generalmente, éste comprende hoy todo lo relativo al funcionamiento del Ministerio de Relaciones Exteriores, como también a los agentes diplomáticos y a los funcionarios consulares en el exterior.²

2. El conjunto de los jefes de misión acreditados ante un gobierno constituye el "cuerpo diplomático", que tiene a su frente como "decano" al nuncio o al jefe de misión más antiguo en el lugar dentro de los de mayor jerarquía. Esa entidad no ejerce funciones políticas sino puramente protocolares; sin embargo, en circunstancias extraordinarias y graves suelen reunirse para adoptar decisiones con el objeto de obrar de consuno, y las manifestaciones oficiosas que en consecuencia exprese tienen significación innegable.

3. Las normas relativas a los agentes diplomáticos se rigen hoy en día, principalmente, por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961**, que ha recibido un excepcional número de ratificaciones (más de cien). Sin embargo, el preámbulo de dicho tratado afirma que "las normas de derecho internacional consuetudinario han de

² En la República Argentina rige la ley 20.957 sobre régimen del Servicio Exterior de la Nación, de 1975. Las anteriores leyes fueron las 4.711 y 4.712, de 1905, la 12.951, de 1947, la 17.702 de 1968 y la 19.300 de 1971.

** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 115-128.

continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención". En 1928 se concertó en la Habana una convención interamericana sobre la materia.³

158. ESPECIES. — Los agentes diplomáticos permanentes fueron clasificados en las siguientes categorías por un reglamento del Congreso de Viena de 1815, modificado por el Congreso de Aquisgrán de 1818: 1ª Embajadores, Legados y Nuncios, estos dos últimos de la Santa Sede; 2ª Enviados Extraordinarios y Ministros Plenipotenciarios, e Internuncios de la Santa Sede; 3ª Ministros Residentes; 4ª Encargados de Negocios, que pueden ser permanentes o *ad interim*. Esta clasificación tuvo por objeto poner término a enojosas cuestiones de precedencia originadas en los distintos títulos; hoy sólo tiene valor histórico, pues todos sus componentes obran por igual en nombre y representación del Estado que los ha acreditado. Además, la tercera categoría ha quedado en desuso, y se nota la tendencia a nivelar la representación designando únicamente a embajadores como jefes de las misiones permanentes.

La Convención sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, divide los jefes de misión en tres clases, según su artículo 14, a saber: "a) embajadores o nuncios acreditados ante los jefes de Estado, y otros jefes de misión de rango equivalente; b) enviados, ministros o internuncios acreditados ante los Jefes de Estado; c) encargados de negocios acreditados ante los ministros de Relaciones Exteriores". El artículo, confirmando una norma consuetudinaria, agrega: "Salvo por lo que respecta a la precedencia y a la etiqueta, no se hará ninguna distinción entre los jefes de misión por razón de su clase".

Aparte de los jefes de misión, cada Estado da a sus agentes diplomáticos las denominaciones que estime conveniente dentro de las clásicas utilizadas hasta ahora, como ministros, consejeros, secretarios o agregados. La ley 20.957, del Servicio Exterior de nuestro país establece las siguientes categorías: "A) Embajador extraordinario y plenipotenciario; B) Ministro plenipotenciario de primera clase; C) Ministro plenipotenciario de segunda clase; D) Consejero de embajada y cónsul general; E) Secretario de embajada y cónsul de primera clase; F) Secretario de embajada y cónsul de segunda clase; G) Secretario de embajada y cónsul

³ Hallábase en vigor, el 30 de setiembre de 1976, entre Brasil, Chile (r), Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana (r.), Ecuador, El Salvador, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela.

de tercera clase". En el Servicio Exterior argentino estos agentes pueden ejercer funciones indistintamente en el servicio diplomático o en el servicio consular.

Los agentes diplomáticos *ad hoc*, de los que hablaremos en detalle al tratar de las misiones especiales, son acreditados para un asunto determinado, ya puramente protocolar —visita de cortesía, celebración de un acontecimiento, etc.—, o bien para realizar una negociación circunstancial de carácter político, económico, etc. Se les inviste, por lo general, con el título correspondiente a una de las dos primeras categorías; y si deben desempeñar sus funciones en una conferencia internacional se les titula *delegados*, en cuyo caso su carácter diplomático proviene del hecho de estar munidos de plenipotencia.

A veces se envía al extranjero ciertos agentes oficiales no permanentes y sin carácter diplomático, pues no ejercen la representación formal del Estado. Tales son: los *agentes confidenciales*, a los que se encomienda efectuar ante el gobierno de un Estado cierta exploración o gestión de carácter reservado; los *comisionados* o *peritos*, encargados de realizar, con funcionarios análogos de otro Estado, determinados estudios o trabajos de carácter oficial relativos a demarcación de límites, al régimen aduanero, ferroviario, policial, etc.; los delegados *sin plenipotencia*, que tienen encargo de deliberar en una conferencia internacional acerca de cuestiones técnicas, preparar anteproyectos de acuerdos que ulteriormente pueden ser subscritos por los gobiernos o sus representantes diplomáticos, o bien elaborar conclusiones que recomiendan a los gobiernos a fin de que oportunamente las adopten como corresponda; y los *observadores*, que a veces son enviados a una conferencia internacional, con anuencia de ésta, por un Estado que no participa en ella de modo oficial.

159. DESIGNACIÓN E INVESTIDURA. — La costumbre internacional ha establecido, como requisito previo para la designación de un jefe de misión diplomática, consultar confidencialmente al gobierno ante el cual ha de ser acreditado, si el candidato es "persona grata". El gobierno consultado puede responder en sentido negativo sin que por ello tenga que expresar los motivos en que se funda, así lo ha establecido también el artículo 4º de la Convención de 1961. No se requiere igual consulta para la designación de los demás funcionarios que integran el personal oficial de la misión diplomática o del resto del personal de la misión diplomática permanente, que el Estado acreditante podrá nombrar libremente, según el artículo 7º de la misma Convención, salvo los agregados

militares, en cuyo caso, el Estado receptor "podrá exigir que se le sometan de antemano sus nombres, para su aprobación"; pero toda objeción al nombramiento o a la permanencia de cualquiera de ellos determina su inmediato retiro.

En cuanto a la nacionalidad del agente diplomático la Convención de Viena dispone en su artículo 8º, inciso 1º, que los miembros del personal diplomático "habrán de tener, en principio, la nacionalidad del Estado acreditante", pero podrán designarse, conforme con el inciso 2º, personas que tengan la nacionalidad del Estado receptor, con el consentimiento de este Estado, que podrá retirarlo en cualquier momento. En el caso de nacionales de un tercer Estado, el Estado receptor podrá reservarse el mismo derecho de objetar su nombramiento, según el inciso 3º.

Es corriente, particularmente en casos de Estados de no muchos recursos financieros, que se acrediten agentes diplomáticos ante dos o más Estados y organismos internacionales. El artículo 5º de la Convención de 1961 lo permite, salvo que los Estados receptores se opongan expresamente, pudiendo establecerse una misión diplomática dirigida por un encargado de negocios *ad interim* en los Estados en que el jefe de misión no tenga sede permanente. También la Convención autoriza en el artículo 6º la situación inversa, es decir, el nombramiento por parte de dos o más Estados de la misma persona, ante un tercer Estado, salvo que el Estado receptor se oponga.

1. Los jefes de misión de las dos primeras categorías, establecidas en la Convención de Viena de 1961, acreditan su carácter con las "cartas credenciales", documento en el cual el jefe de Estado que lo envía manifiesta al jefe del Estado de destino que ha resuelto designar ante él en carácter de embajador (o ministro, en su caso) a la persona cuyo nombre indica, y en consecuencia le ruega quiera prestar entero crédito a cuanto exprese y haga como tal. Los agentes diplomáticos de la tercera categoría —es decir, los encargados de negocios— se acreditan, si son permanentes, por medio de una "carta de gabinete", documento análogo al anterior pero subscripto por el respectivo ministro de Relaciones Exteriores y dirigido a su colega del país de destino; y, si son *ad interim*, quedan acreditados por medio de nota firmada por el jefe de misión que transitoriamente se ausenta.

Los "plenos poderes" o "plenipotencia" son un documento mediante el cual el jefe de Estado autoriza a determinado agente diplomático —ya sea permanente o *ad hoc*— a realizar tal o cual negociación diplo-

mática o a participar en una conferencia de esta especie, y en ambos casos a subscribir los acuerdos que correspondan. Pueden estar contenidos en las "cartas credenciales" o pueden ser especiales.

El carácter, antes absoluto, de los "plenos poderes" ha sido atenuado considerablemente. Hoy se entiende que autorizan a negociar y a firmar; pero los acuerdos que en virtud de ellos se realicen están subordinados a la ratificación ulterior del respectivo gobierno, salvo que el tratado entre en vigor por la mera firma.

El artículo 7º de la Convención sobre el Derecho de los Tratados* establece en su inciso 2º b) que los jefes de misión diplomática, se considera que representan a su Estado, sin tener que presentar plenos poderes, "para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados".

Las "instrucciones" que el agente diplomático recibe de su gobierno no son documentos habilitantes sino directivas para el desempeño del cargo, que se le dan con carácter reservado. La personería del agente diplomático, así como la extensión de sus facultades, surgen únicamente de las "cartas credenciales" y de los "plenos poderes".

2. El jefe de misión queda investido en su carácter de representante de su gobierno desde el momento en que, habiendo presentado personalmente sus "cartas credenciales" al jefe del Estado respectivo, y es así reconocido oficialmente por éste como tal. Así lo dispone el artículo 13 de la Convención de Viena, agregando que el orden de presentación de credenciales se determinará por la fecha y hora de llegada del jefe de misión. El artículo 18 dispone, además, que "el procedimiento que se siga para la recepción de los jefes de misión será uniforme respecto de cada clase".

La precedencia entre los jefes de misión, dentro de su clase, uno de los problemas objeto de grandes dificultades en otras épocas de las relaciones internacionales, se establece, según la práctica y el artículo 16 de la Convención de Viena, "siguiendo el orden de la fecha y hora que hayan asumido sus funciones, mediante la presentación de credenciales".

El orden de precedencia dentro de la propia misión diplomática es el notificado al Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme con el artículo 17 de la Convención de Viena. Dicha precedencia la establece cada Estado en la forma que estime corresponder; el problema se presenta cuando existen agentes diplomáticos de distintas ramas del gobierno, aparte del Ministerio de Relaciones Exteriores, como los agregados militares, financieros, laborales, agrícolas, científicos, comerciales, etcétera.

3. Normalmente, salvo que se haya convenido otra vía, se notificará al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, según el artículo 10 de la Convención de Viena, el nombramiento de los miembros de la misión, su llegada o salida definitiva o terminación de sus funciones, las de la familia del miembro de la misión, de los criados particulares y la contratación y el despido de personas residentes en el Estado receptor.

Además, cada salida y llegada del jefe de la misión debe notificarse, a los efectos de establecer con precisión a cargo de quién se encuentra la misión diplomática, en carácter de encargado de negocios *ad interim*. Los encargados de negocios *ad interim* podrán ser designados, de acuerdo con el artículo 19 de la Convención, en caso de vacancia o de imposibilidad del jefe de misión de ejercer sus funciones y generalmente se nombra a un miembro del personal diplomático, pero la Convención prevé, en el mismo artículo 19, que podrá designarse a personal administrativo y técnico, con el consentimiento del Estado receptor, "para hacerse cargo de los asuntos administrativos corrientes de la misión".

4. Uno de los problemas más delicados de la post guerra en materia de representación diplomática es el número de representantes que puede acreditarse; es bien sabido los abusos que han tenido lugar designándose, a veces, misiones numerosísimas, de cientos de agentes, con los más diversos propósitos. Por ello, la Convención de Viena establece en el artículo 11. inciso 1º que, a falta de acuerdo, el Estado receptor podrá exigir que el número de miembros de la misión se mantenga dentro de límites "de lo que se considere razonable y normal, según las circunstancias y condiciones de ese Estado y las necesidades de la misión de que se trate". También dicho Estado podrá negarse a aceptar funcionarios de una determinada categoría, según el inciso 2º del mismo artículo.

159a. LOCALES DE LA MISIÓN. — Normalmente la misión diplomática se instala en la sede del gobierno del Estado receptor, pero el artículo 12 de la Convención de Viena autoriza a establecer, con el consentimiento del Estado receptor, oficinas que formen parte de la misión, en otras localidades diferentes de la sede principal.

A los efectos del mejor funcionamiento de la misión, el Estado receptor deberá, conforme con el artículo 21, facilitar al Estado acreditante la adquisición de los locales necesarios para el funcionamiento de la misión diplomática. Cuando esto no sea posible, como ocurre en países donde los Estados extranjeros no pueden adquirir propiedad

inmueble, el Estado receptor deberá ayudar a obtener alojamiento de otra manera. El mismo artículo prevé, en su inciso 2º, que dicho Estado deberá ayudar también a obtener alojamiento adecuado para los miembros de la misión diplomática.

160. FUNCIONES. — Las funciones del agente diplomático son esencialmente cuatro, a saber: misión de representación, misión de negociación, misión de observación e información, y misión de protección. La Convención de 1961 las enumera de la siguiente forma, en su artículo 3º, inciso 1º: "a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y la de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c) negociar con el gobierno del Estado receptor; b) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor". Las misiones diplomáticas podrán además, de acuerdo con el inciso 2º, ejercer funciones consulares.

Estas funciones están enumeradas en forma no exhaustiva; el artículo 3º, inciso 1º, comienza diciendo: "Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente", es decir, que puede haber otras y las hay, como por ejemplo ejercer la representación de un tercer Estado, que ocurre en el caso de ruptura de relaciones diplomáticas, como veremos más adelante, o aún en forma permanente, por ejemplo, Suiza representa los intereses de Liechtenstein y los Países Bajos los de Luxemburgo, en ciertos Estados.

En el desempeño de sus funciones, el agente diplomático tratará los asuntos oficiales, conforme con el artículo 41, inciso 2º, de la Convención de Viena, con el Ministerio de Relaciones Exteriores o por conducto de él, con el ministerio que se haya convenido. En la práctica y en casos excepcionales, el jefe de misión puede tratar asuntos importantes con el jefe del Estado o del Gobierno, con su anuencia previa e intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cada Estado establece las reglas del ceremonial para precisar las formas y procedimientos a que deben ajustarse en sus relaciones oficiales los representantes diplomáticos acreditados en él. Esas reglas tienen por objeto asegurar un tratamiento regular sobre la base del principio de igualdad de los Estados.

161. INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS PERSONALES. — La costumbre internacional, y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, reconocen a los agentes diplomáticos ciertas inmunidades, consistentes en la inviolabilidad de su persona y en la exención de la jurisdicción local, y el privilegio de estar exentos de las cargas fiscales directas.

La inviolabilidad de la persona y la exención de la jurisdicción local implican substraer la persona y las cosas del agente diplomático, como también su sede, a la aplicación de las leyes y a la injerencia de las autoridades locales.

Esta situación fue explicada por Grocio mediante una figura, diciendo que era como si se hallaran fuera del territorio. Pero la idea de la "extraterritorialidad" de las embajadas y legaciones se prestó al abuso: en los siglos XVII y XVIII hubo embajadores en Roma, Madrid, Venecia, etc., que extendieron la "extraterritorialidad" a todo el barrio de su residencia y pretendieron que en él no podían penetrar las autoridades locales, con lo cual algunos llegaron a amparar allí toda especie de malhechores. Tal conducta originó serios conflictos.

La idea de la "extraterritorialidad" ha sido abandonada desde mediados del siglo XIX como una ficción innecesaria. El agente diplomático no se ha instalado con fines personales sino que ha sido enviado para desempeñar una alta representación política; y es indudable que no podría desempeñarse si estuviera subordinado a las autoridades locales. La inviolabilidad de su persona y la exención de la jurisdicción local se fundan, pues, en la necesidad de asegurar su libertad e independencia en el ejercicio de sus funciones; la exención de las cargas fiscales directas es un privilegio que se inspira solamente en motivos de cortesía. Pero todo ello se practica sobre la base de la reciprocidad, ya sea que provenga de la costumbre internacional o de los tratados.

La Convención de Viena se basa en esta teoría de la función; su preámbulo indica: "Reconociendo que tales inmunidades y privilegios se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas en calidad de representante de los Estados".

Las inmunidades y privilegios diplomáticos comprenden al jefe de misión y a los otros miembros del personal diplomático y conforme con el artículo 37, inciso 1º, a los miembros de la familia de un agente diplomático, siempre que no sean nacionales del Estado receptor y formen parte de la casa del agente.

Los miembros del personal administrativo y técnico y sus familiares, siempre que no sean nacionales y formen parte de la casa, gozarán también de los mismos privilegios e inmunidades que los agentes diplomáticos, salvo que la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa no se extenderá a actos realizados fuera del ejercicio de sus funciones, según el artículo 37, inciso 2º, de la Convención de 1961. Tampoco podrán importar objetos destinados a su uso personal, con excepción de los destinados a su primera instalación.

Los miembros del personal de servicio de la misión, es decir, empleados en el servicio doméstico de la misión, pero no sus familiares y siempre que no sean nacionales, ni residan permanentemente en el Estado receptor, gozan, de acuerdo con el inciso 3º del mismo artículo, de inmunidad por actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de exención de impuestos y gravámenes por sus salarios y están exentos de las disposiciones de seguridad social del Estado receptor.

Los criados particulares de los miembros de la misión, o sea del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión, continúa el inciso 4º del artículo 37, que no sean nacionales, ni residan permanentemente en el Estado receptor, sólo gozarán, de conformidad con la Convención, de exención en cuanto a los impuestos y gravámenes. El mismo tratado prevé, sin embargo, que dicho Estado receptor podrá reconocerles a tales personas, otros privilegios e inmunidades. También el inciso 4º establece que al ejercer su jurisdicción, en estos casos, el Estado receptor no debe estorbar indebidamente el funcionamiento de la misión.

En el presente siglo, las inmunidades y privilegios diplomáticos se han extendido, mediante estipulaciones contractuales y por el mismo motivo de asegurar su independencia, a algunos funcionarios internacionales: a los miembros que constituyen ocasionalmente el Tribunal de Arbitraje de La Haya; a los representantes de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, así como a los funcionarios superiores de esas instituciones;⁴ a los magistrados de la Corte Internacional de Justicia, etcétera.

⁴ La Asamblea General de la O.N.U. elaboró el 13 de febrero de 1946* una convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas. Esta Convención contiene

1. El artículo 29 de la Convención de Viena comienza disponiendo, conforme al derecho consuetudinario: "La persona del agente diplomático es inviolable". Ello significa que dicho agente no puede ser objeto de actos de coerción por parte del Estado receptor. El artículo, en consecuencia, continúa: "No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto". Más aún, debe gozar de una protección mayor, por representar un Estado extranjero, que el resto de los habitantes contra actos de violencia o insulto; el artículo 29 finaliza así: "El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad". En tal sentido el artículo 221 del Código Penal argentino reprime con seis meses a tres años de prisión al "que violare las inmunidades de un jefe de Estado o del representante de una potencia extranjera".

En los últimos años el secuestro e inclusive el asesinato de diplomáticos ha preocupado a la comunidad internacional. La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en 1973, la Convención para la prevención y castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive agentes diplomáticos***. La Convención entiende por "personas internacionalmente protegidas" los jefes de Estado y de Gobierno, los ministros de Relaciones Exteriores y cualquier representante oficial de un Estado o de una organización internacional intergubernamental que, de acuerdo con el derecho internacional, tenga derecho a protección especial, es decir, los agentes diplomáticos conforme también al artículo 29 de la Convención de Viena y los funcionarios y jueces internacionales mencionados más arriba. Se incluyen, además, los miembros de su familia que forman parte de su casa.

El objeto de la Convención es prevenir y castigar el asesinato, secuestro o cualquier otro ataque contra las personas internacionalmente protegidas, mencionadas más arriba, su residencia y sus medios de transporte, según su artículo 2º, así como la amenaza, la tentativa y la complicidad para cometer tales actos.

disposiciones referentes a las Naciones Unidas mismas, a los representantes ante ella y a los funcionarios internacionales. El Secretario General y los Secretarios Generales adjuntos gozan de todos privilegios e inmunidades diplomáticos. Otros funcionarios internacionales gozan sólo de inmunidad de jurisdicción respecto de actos oficiales y están exentos del servicio militar. Los sueldos no pueden ser sometidos a impuestos a los réditos, pero los acuerdos de sede, que permiten el establecimiento de las organizaciones internacionales en determinados Estados, no exceptúan, generalmente, de estos impuestos al personal nacional. Una Convención similar sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados fue aprobada por la Asamblea General el 21 de noviembre de 1947.

Para conseguir dicho objeto la Convención crea un procedimiento para tratar de castigar al delincuente, en cualquier lugar que se encuentre. Para ello se establece una competencia penal extendida, que puede resultar de la nacionalidad del delincuente, del lugar donde se haya cometido el hecho, o de su sola presencia en el territorio de un Estado, cuando, en esta última circunstancia, no haya lugar a la extradición. El artículo 3º obliga a las Partes a tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción en tales casos. Además, el Estado en que se encuentra el inculcado puede tomar medidas, si las circunstancias lo justifican, a los efectos de asegurar su presencia para su juzgamiento o extradición, que deberán ser comunicadas a los Estados interesados, según el artículo 6º.

Con referencia a la extradición, la Convención dispone en el artículo 8º, que si existe tratado de extradición entre las Partes, pero que no incluye entre los delitos los actos mencionados, éstos deben considerarse como extraditables; si no hay tratado, y la extradición está condicionada, en su legislación, a la existencia de tratado, la Convención puede ser considerada la base legal a tales efectos; si, por el contrario, la extradición no está sujeta a tratado, las Partes reconocen en la Convención estos delitos como directamente extraditables.

Si el Estado decide no extraditar al inculcado, debe, sin excepción y sin demora, someter el caso a las autoridades competentes a los efectos del procesamiento.

Además, en varios artículos de la Convención los Estados se comprometen a cooperar en la prevención de estos delitos mediante la adopción de medidas con tal objeto e intercambio de información.

Dos problemas interesantes fueron discutidos en ocasión de la adopción de la Convención: la cuestión del asilo y el reconocimiento del derecho de los pueblos de disponer de sí mismos, en relación a este tratado.

El primer problema consiste en delimitar jurídicamente si las reglas de asilo pueden o deben prevalecer sobre las normas de la Convención. La solución dada en el artículo 12 establece que las disposiciones de la Convención no afectarán la aplicación de los tratados de asilo, entre los Estados que son parte de dichos instrumentos, pero un Estado parte en dichos tratados no podrá invocarlos frente a quienes no lo sean.

*** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 154-159.

La otra cuestión, sobre el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, fue aún más discutida. El tema era si el acusado que luchaba por ejercer este derecho, en una causa justa, dentro de las normas de Naciones Unidas, quedaba comprendido por la Convención. La solución consistió en la adopción de una resolución de la Asamblea, por supuesto no incluida dentro de la Convención, reservando este derecho de los pueblos de disponer de sí mismos en la lucha contra el colonialismo y el apartheid.

Una convención similar destinada a combatir el secuestro de diplomáticos fue adoptada por la Asamblea de la OEA en 1971. Por ella las Partes se obligan a prevenir y sancionar los actos de terrorismo contra personas que, de acuerdo con el derecho internacional, el Estado debe proteger especialmente y la extorsión conexas con dichos delitos, procediendo la extradición en tales casos y correspondiendo la calificación del delito al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran las personas sospechadas, sin que las disposiciones de la Convención supongan menoscabo al derecho de asilo. Las Partes se comprometen a intercambiar informaciones, tomar medidas adecuadas de prevención, cooperar en el cumplimiento rápido de los pedidos de extradición e incluir estos delitos en su legislación penal, si no estuvieran ya contemplados en ella.

La inviolabilidad se extiende no sólo a la persona del agente diplomático, sino también a su residencia particular, conforme con el artículo 30 de la Convención de Viena, así como a sus documentos, su correspondencia y sus bienes, salvo los casos, que veremos en seguida, en que está exceptuado de la inmunidad civil y administrativa del Estado receptor.

2. La inmunidad de la jurisdicción local impide que los agentes diplomáticos sean sometidos a juicio, tanto en materia penal, civil o administrativa, o sean objeto de medidas de ejecución.⁵

La inmunidad de jurisdicción penal es absoluta. El artículo 31 de la Convención de 1961 que trata sobre la inmunidad dispone, en su inciso 1º: "El agente diplomático gozará de la inmunidad de jurisdicción penal en el Estado receptor". No admite excepción alguna.

⁵ En la República Argentina, según los arts. 100 y 101 de la Constitución, la Corte Suprema ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los asuntos concernientes a embajadores y ministros diplomáticos. La ley 48 extendió esa jurisdicción, para entender "del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes" en las causas relativas al personal de la legación, a los individuos de su familia y a la servidumbre; la jurisprudencia estableció que la inmunidad de jurisdicción civil y penal comprende a todas

Por el contrario, la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa tiene tres excepciones, según el mismo artículo, a saber: caso de una acción real sobre un inmueble privado situado en el territorio del Estado receptor; caso de una acción sucesoria en que el agente diplomático figure a título privado y caso de cualquier acción referente a cualquier actividad profesional o comercial.

El agente diplomático, además, no está obligado a testificar, de acuerdo con el mismo artículo 31, inciso 2º.

La inmunidad, tanto penal como civil administrativa del agente diplomático y de todas las personas que gocen de ella, es renunciable, pero debe hacerlo el Estado acreditante. Si bien es cierto que la inmunidad es personal, ella es conferida en razón de la función, no de la persona. El diplomático interesado no puede renunciar por sí, sino su Estado debe juzgar si procede o no la renuncia, según sus intereses estatales. El artículo 32, inciso 2º, establece que la renuncia del Estado acreditante debe ser siempre expresa. Incumbe, pues, al agente diplomático demandado remitir al juez la prueba de que su gobierno renuncia expresamente a su inmunidad.

En caso de reconvencción ligada a la demanda principal, el artículo 32, inciso 3º, establece que no será permitido invocar la inmunidad de jurisdicción.

Por supuesto que las mismas acciones que correspondan contra las personas que invocan la inmunidad de jurisdicción en el Estado receptor,

estas personas, pero es renunciable. El decreto-ley 1.285, del 4 de febrero de 1958, ratificado por la ley 14.467, sobre Organización de la Justicia Nacional, establece en el artículo 24 que la Corte Suprema conoce con jurisdicción originaria y exclusiva de "las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia del modo que una corte de justicia pueda proceder conforme al derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público". Por el mismo artículo son consideradas como causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros "las que les afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad, así como las que en la misma forma afecten a las personas de su familia, o al personal de la Embajada o legación que tenga carácter diplomático". Agrega: "No se dará curso a las acciones contra las personas mencionadas en el punto anterior, sin requerirse previamente, del respectivo embajador o ministro plenipotenciario, la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio". Finaliza definiendo como causas concernientes a cónsules extranjeros "las seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil o criminal".

podrán interponerse en el Estado acreditante, tal como lo establece el artículo 31, inciso 4º, de la Convención de Viena.

3. El agente diplomático no puede ser tampoco objeto de medidas de ejecución, según el artículo 31, inciso 3º, de la Convención, salvo los casos de excepciones a la inmunidad civil, en cuyo caso la ejecución podrá llevarse a cabo siempre "que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o su residencia".

Además, el artículo 32, inciso 4º, agrega que dicha renuncia a la inmunidad civil o administrativa "no ha de entenderse que entraña renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo que será necesaria una nueva renuncia".

Si bien es cierto que el agente diplomático y las otras personas ya mencionadas gozan de doble inmunidad de jurisdicción y de ejecución, ello no significa que se trate de una inmunidad substantiva, sino de procedimiento. En otras palabras, si un diplomático comete una contravención o delito o no cumple una obligación contractualmente contrai-da, eso no significa que pueda cometer tales infracciones o violar sus compromisos. El agente diplomático, conforme con el artículo 41 de la Convención, está obligado, por el contrario, a respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. Su inmunidad no le autoriza a no cumplir con las leyes del Estado receptor, no tiene inmunidad del derecho sustantivo de este Estado, sino de los procedimientos ante las jurisdicciones de este Estado, que es algo diferente.

4. El agente diplomático está exento de todos los impuestos directos.⁶ El artículo 34 de la Convención de Viena dispone que "estará exento de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales o municipales". Esta norma está sujeta a varias excepciones según

⁶ En la República Argentina, la ley 13.238, del 2 de setiembre de 1948, modificada por el decreto-ley 8756, del 31 de julio de 1957, declaró exentas de gravámenes nacionales, provinciales y municipales, a título de reciprocidad, a las representaciones diplomáticas y consulares extranjeras, así como las agencias establecidas con fines oficiales. La exención comprende los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras, presentes y futuros, que recaigan sobre los bienes y los actos de carácter oficial o vinculados con el mantenimiento de la representación y toda actividad referida a su cometido; pero no alcanza a los tributos respecto de los cuales las representaciones extranjeras no revistan el carácter de contribuyentes de derecho. La exención comprende "los edificios ocupados por las sedes oficiales que sean de la propiedad de los respectivos gobiernos... mientras conserven su destino". Queda excluido de la exención "el personal de nacionalidad argentina, nativo o naturalizado, que no invista el carácter de jefe de misión o cónsul, cualquiera que fuera el cargo que desempeñe".

el mismo artículo: *a)* impuestos indirectos; *b)* impuestos sobre bienes inmuebles privados; *c)* impuestos a las sucesiones, salvo los impuestos sobre bienes muebles que se hallaren en el Estado receptor por el solo hecho de haber vivido allí; *d)* impuestos a ingresos privados e impuestos al capital que graven inversiones efectuadas; *e)* impuestos por servicios particulares prestados; *f)* derechos de registro, aranceles judiciales, hipotecas y timbre.

Además, el agente diplomático gozará de exención aduanera. El artículo 36 de la Convención dispone que el agente diplomático estará exento de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo gastos de almacenamiento y acarreo de los objetos destinados a su uso personal o de miembros de su familia, incluidos los efectos destinados a su instalación. El equipaje personal del agente diplomático no podrá ser objeto de inspección aduanera a menos que se sospeche que no se trata de objetos personales, o sean objetos cuya importación o exportación esté prohibida o animales o plantas sometidos a cuarentena. La inspección aduanera en estos casos sólo podrá efectuarse en presencia del interesado o su representante autorizado.

También el agente diplomático está exento, de conformidad con el artículo 33, de las disposiciones sobre seguridad social vigentes. Los criados particulares a su servicio estarán asimismo exentos de dicha legislación, siempre que estén protegidos por la legislación del Estado acreditante y no sean nacionales, ni tengan residencia en el Estado receptor. En caso de aplicación de estas excepciones, el agente diplomático deberá cumplir con las disposiciones sobre seguridad social del Estado receptor, a efectos de no dejar sin protección a estas personas. Las disposiciones del artículo 33 no impiden la participación voluntaria en el régimen de seguridad social, ni la aplicación de convenios especiales de seguridad social.

Por último, el agente diplomático está exento de prestaciones personales, tales como servicios públicos, cualquiera sea su naturaleza o cargas militares, conforme al artículo 35 de la Convención de Viena.

161a. INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS DE LA MISIÓN. — Estos privilegios e inmunidades se fundan sobre el principio de que la misión diplomática debe funcionar sin trabas, ni presiones que impidan el cumplimiento de sus objetivos lícitos.

Para ello, la norma central es, tal como lo establece el artículo 22, que los locales de la misión son inviolables. En consecuencia, como allí

se dice: "Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión".

También son "siempre" inviolables, según el artículo 24, los archivos y documentos de la misión, "dondequiera que se hallen".

Tampoco puede tener lugar ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución en los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como sus medios de transporte, conforme con el artículo 22, inciso 3º, de la Convención. Por ello, cualquier comunicación del Poder Judicial del Estado receptor a una misión diplomática, se efectúa por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La misión y su jefe son autorizados por el artículo 20 de la Convención de Viena, a colocar su bandera y escudo en los locales de la misión, incluyendo la residencia del jefe de misión y en sus medios de transporte.

A los miembros de la misión diplomática el Estado receptor debe garantizarles libertad de circulación y tránsito, según el artículo 26, que agrega que dicha garantía se otorgará, "sin perjuicio de sus leyes y reglamentos referentes a zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional".

En los problemas políticos surgidos en la relación entre los países socialistas y los de occidente, los temores de espionaje y las medidas de retorsión han dado lugar a frecuentes limitaciones de la libertad de movimiento de los miembros de la misión diplomática.

El artículo 27 de la Convención de Viena reconoce el derecho de libertad de comunicación de la misión para fines oficiales, utilizando los medios de comunicación adecuados, como correos diplomáticos, mensajes en clave o en cifra, etc. Esta correspondencia es inviolable. Así, las valijas diplomáticas, que no pueden contener más que objetos y documentos para uso oficial, no pueden ser abiertas ni retenidas.

Los correos diplomáticos que transportan esta correspondencia gozan también de inviolabilidad personal, no pueden ser objeto de detención o arresto. La valija diplomática puede ser también confiada al comandante de una aeronave comercial, pero no es considerada correo diplomático.

Recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, el 13 de diciembre de 1976, por Resolución 31/76 pedir a la C.D.I. que estudie propuestas acerca de la elaboración de un protocolo relativo al estatuto del correo diplomático y la valija diplomática no acompañada por un correo diplomático, lo "que constituiría un desarrollo y concreción de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961".

El Estado acreditante goza, además, en virtud del artículo 23 de la Convención de exención fiscal de todos los impuestos sobre los locales de la misión de que sean propietarios o inquilinos, salvo los que constituyan el pago de servicios particulares. Lo mismo sucederá si el jefe de la misión es propietario o inquilino de los locales de la misión. La exención fiscal no se otorgará a los impuestos que deba pagar el particular que venda o arriende los locales de la misión.

Además, los derechos y aranceles que perciba la misión, según el artículo 28, están exentos de todo impuesto o gravamen.

En materia aduanera, el Estado receptor, conforme con el artículo 36, inciso 1º a), permitirá la entrada, libre de derechos de aduana, de los objetos destinados al uso oficial de la misión.

161b. OBLIGACIONES DEL ESTADO RECEPTOR. — El artículo 25 de la Convención de Viena establece la norma general que el “Estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión”. Para ello, de conformidad con el artículo 22, inciso 2º dicho Estado tiene la obligación de tomar medidas especiales adecuadas para proteger los locales de la misión no sólo contra toda intrusión, sino que se debe evitar que se perturbe su tranquilidad o se atente contra su dignidad.

161c. OBLIGACIONES DEL ESTADO ACREDITANTE. — Ya hemos señalado que el personal de la misión tiene la obligación de respetar las leyes locales y no podrá inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado, pero además, los locales de la misión no pueden ser utilizados, a virtud del artículo 41, inciso 3º, de la Convención de manera incompatible con sus funciones.

Debe recordarse, además, aunque no se trate estrictamente de obligaciones del Estado acreditante, pero sí de sus agentes diplomáticos, que éstos no podrán ejercer ninguna actividad profesional o comercial a provecho propio, conforme lo establece el artículo 42.

161d. LIMITE DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES. — Los privilegios e inmunidades otorgados a los distintos miembros del personal de la misión, están limitados *rationae personae*, *rationae temporis* y *rationae loci*.

Rationae personae, las inmunidades del agente diplomático que se nacional del Estado receptor, lo que está permitido por el artículo 8º de la Convención de Viena, o de los que tengan residencia permanente e

dicho Estado, están limitadas, de acuerdo a su artículo 38, inciso 1º, a la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción por actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones. Los otros miembros de la misión y los criados particulares que se encuentren en las mismas condiciones, gozarán de los privilegios e inmunidades en la medida que lo admita el Estado receptor, que habrá de ejercer su jurisdicción sobre estas personas, sin que perturbe el funcionamiento de la misión, conforme con el inciso 2º del mismo artículo.

Debemos recordar, además, entre las limitaciones *rationae personae*, en segundo término, que los otros miembros de la misión, es decir, el personal administrativo y técnico, el personal de servicio y los criados gozan de privilegios e inmunidades menos amplias que los agentes diplomáticos, como ya lo hemos señalado en el número 161 de este capítulo.

Rationae temporis, las inmunidades y privilegios se otorgan a los beneficiarios, mientras se encuentren en condición oficial en el territorio del Estado receptor.

El artículo 39, inciso 1º, de la Convención de Viena establece: "Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo o, si se encuentra ya en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al ministerio que se haya convenido".

Estos privilegios cesan, siguiendo con el artículo 39, en el momento en que la persona salga del país o que expire el plazo concedido para su salida, hipótesis que se puede presentar si fuera declarado persona *non grata*, o cuando se rompieran las relaciones diplomáticas o en caso de conflicto armado. Es decir, que aun terminadas las funciones del miembro de la misión, ellas subsisten por un periodo de tiempo razonable, necesario para liquidar sus asuntos y salir del territorio. En caso de fallecimiento, los miembros de la familia también gozarán de los privilegios e inmunidades correspondientes hasta la expiración de un plazo razonable para abandonar el país y podrán sacar los bienes muebles suyos y del causante.

Pero por los actos realizados en ejercicio de las funciones como miembro de la misión, continuarán gozando de inmunidad, después del cese de funciones del miembro de la misión.

Rationae loci los privilegios e inmunidades son acordados, en principio, en el territorio del Estado receptor, salvo el tránsito por un tercer Estado.

El artículo 40 de la Convención de Viena dispone que si el agente diplomático y los miembros de su familia atraviesan el territorio de un tercer Estado o estuvieran en él para ir a tomar posesión de su cargo o volver al país, dicho Estado le concederá la inviolabilidad y todas las inmunidades necesarias. La correspondencia oficial y los correos diplomáticos gozarán en el tercer Estado de la misma protección a que se halla obligado el Estado receptor.

161e. FIN DE LA MISIÓN DIPLOMÁTICA. — En cuanto a las personas consideradas miembros de la misión, sus funciones terminan normalmente por traslado a otro destino a iniciativa del Estado acreditante según el artículo 43, inciso a) de la Convención.

Además, la misión podrá terminar para un miembro del personal diplomático si el Estado acreditante comunica, tal como está dispuesto en el artículo 9º, que es persona *non grata*, en cuyo caso no está obligado a exponer los motivos de su decisión. También podrá declarar a cualquier otro miembro del personal de la misión no aceptable. En tales circunstancias el Estado acreditante deberá retirar o poner término a las funciones de la persona en cuestión, según sea el caso. Si este Estado se niega a actuar de acuerdo con lo señalado, el Estado receptor podrá negarse a reconocerle privilegios e inmunidades.

La misión diplomática puede terminar por cierre temporal definitivo, sin ruptura de relaciones, por conflicto armado o por ruptura de relaciones diplomáticas.

En todos los casos, aun existiendo conflicto armado el Estado receptor, de conformidad con el artículo 44, deberá facilitar la salida del personal y de sus familias lo más pronto posible, poniendo a su disposición los medios de transporte indispensables a tal efecto, si ello fuere necesario y respetar los locales de la misión, así como sus bienes y archivos.

En caso de ruptura de relaciones diplomáticas o de cierre definitivo o temporario de la misión, el Estado acreditante está facultado, según el artículo 45, a confiar la custodia de los locales, sus bienes y archivo, así como la custodia de sus intereses y los intereses de sus nacionales a un tercer Estado, aceptable para el Estado receptor.

V. AGENTES DIPLOMATICOS AD HOC

161f. NOCIONES GENERALES. — La Comisión de Derecho Internacional observó en 1958⁷ que las relaciones diplomáticas entre los Estados revisten otras formas que las misiones diplomáticas permanentes “que pueden designarse con la expresión diplomacia *ad hoc* y que comprenden los enviados itinerantes, las conferencias diplomáticas y las misiones especiales enviadas a un Estado con una finalidad determinada”.

En 1960, la C.D.I.⁸ resolvió que la cuestión de las “conferencias diplomáticas” tenía que ver no sólo con las misiones especiales, sino también con la “relación entre Estados y las organizaciones internacionales” y que por tal causa no podía estudiarse separadamente de este tema. Por ello, posteriormente, la C.D.I. preparó un proyecto sobre este tema que se transformó en 1975 en la Convención de Viena Sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, que analizaremos más adelante.

En cuanto al enviado itinerante y las misiones especiales, la C.D.I. decidió acertadamente que no se justificaba la adopción de normas particulares para los primeros, porque si se entiende por enviado itinerante “el que cumple, en los Estados a los que se le envía (y en los que no está acreditado como jefe de una misión permanente), encargos diplomáticos especiales”, se deduce que respecto a cada uno de los Estados que se le envía, la misión del enviado itinerante es una misión especial. Como bien afirma luego la C.D.I., en su conjunto esta misión es una serie de misiones especiales. En consecuencia, la C.D.I. preparó un proyecto único comprendiendo ambos tipos de misiones, que fue la base de la Convención sobre Misiones Especiales** aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 8 de diciembre de 1969.

El artículo 1º, inciso a), de la Convención define así la misión especial, a los efectos de la Convención: “Por misión especial se entenderá una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un

⁷ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1958, vol. II, pág. 96.

⁸ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1960, vol. II, pág. 181.

** *Id.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 134 a 151.

LOS ORGANOS DEL ESTADO



objetivo determinado". La definición señala el carácter provisional, limitado, bilateral, representativo y consensual que debe tener la misión, pero además tiene un carácter restrictivo, pues excluye otra forma de diplomacia *ad hoc* constituida por el envío de funcionarios que no son diplomáticos de profesión, que van a tratar problemas de diversa índole, generalmente técnicos, pero sin tener carácter representativo.

El consentimiento del Estado receptor debe ser obtenido previamente al envío de la misión especial y sus funciones también deben ser determinadas por mutuo consentimiento, según los artículos 2º y 3º de la Convención. Este consentimiento se solicita normalmente por la vía diplomática, pero pueden utilizarse otros medios mutuamente convenidos, pues, de conformidad con el artículo 7º, no es necesaria la existencia de relaciones diplomáticas o consulares para la recepción de la misión.

La Convención aprobada en New York en 1969 se inspira y quizás, más aún, reproduce muchas de las normas de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Nos referiremos en consecuencia sólo en forma somera a los aspectos más importantes.

Como la Convención de Viena este nuevo instrumento reconoce varias formas diferentes de misiones especiales, en sus artículos 4º, 5º y 6º, a saber: envío de la misma misión especial ante dos o más Estados, envío de una misión especial común por dos o más Estados, envío de misiones especiales por dos o más Estados para tratar una cuestión de interés común. En todo estos casos, debe observarse la regla del consentimiento del Estado receptor. Si la misión es encabezada por un jefe de Estado, por un jefe de Gobierno, un ministro de Relaciones Exteriores u otro tipo de personalidad de rango elevado, dichas personas gozan de los privilegios e inmunidades que le otorga el derecho internacional, además de los que le pueda otorgar la Convención, conforme con su artículo 21.

Asimismo el sistema de nombramiento y composición de la misión especial es similar a la Convención de Viena. Por los artículos 8º, 9º y 12, el Estado que envía tiene la facultad de designar libremente los miembros de la misión especial, que podrá estar integrada por uno o varios representantes y comprender personal diplomático, administrativo, técnicos y de servicio. El Estado receptor, por su parte, podrá negarse a aceptar una misión especial cuyo número de miembros no considere razonable y, además, sin dar razones, a cualquier persona como miembro de la misión especial. En todo momento y tampoco sin tener que exponer los motivos de su decisión el Estado receptor podrá declarar a cualquier

representante del Estado que envía o a cualquier miembro del personal diplomático, como persona *non grata* o no aceptable si se trata de otros miembros del personal de la misión, sin tener que dar las razones de su decisión.

Pero el envío de una misión especial no será necesaria, por el artículo 7º de la Convención, para la existencia de relaciones diplomáticas o consulares y, a su vez, en el artículo 20, inciso 2º, se dispone que la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares no supone el fin de la misión especial.

Se considerará que ha comenzado la misión especial desde que tome contacto oficial con el Ministerio de Relaciones Exteriores u otro órgano si así se ha convenido, sin ser necesario, como en el caso de las misiones diplomáticas permanentes, según el artículo 13 de la Convención de Nueva York, ni de la presentación, ni de la entrega de cartas credenciales.

Por el artículo 20, inciso 1º, de la Convención, las funciones de una misión especial terminan por acuerdo entre los Estados interesados, la realización de su cometido, la expiración del periodo señalado para ella, la notificación del Estado que envía que pone fin a la misión o la retira y la del Estado receptor que la considera terminada.

En materia de privilegios e inmunidades, las disposiciones de la Convención de New York, son casi idénticas tanto en lo que se refiere a la misión, como a sus miembros. La principal diferencia consiste en que se agrega, a las excepciones sobre inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, dispuesta en la Convención de Viena, la "acción por daños resultante de un accidente ocasionado por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate", de acuerdo con el artículo 31, inciso 2º d), de la Convención de Nueva York.

VI. LOS FUNCIONARIOS CONSULARES

162. NOCIONES GENERALES. — Los cónsules son funcionarios oficiales de un Estado que actúan en territorio de otro Estado, con previo consentimiento de éste, ejerciendo, en lo que respecta al tráfico comercial y a las transacciones privadas con su país, así como a sus nacionales domiciliados, residentes o transeúntes, ciertos actos administrativos que surten efecto en su propio país, además, trabajan a favor del intercambio entre los Estados respectivos, informan sobre el particular a su gobierno

y auxilian a dichos nacionales en ciertas circunstancias personales extraordinarias. Debe recordarse muy especialmente y a efectos de evitar toda confusión que los cónsules no son agentes diplomáticos.

1. Como antecedente remoto de la institución consular se recuerda a los *próxenos*, que en las ciudades de la antigua Grecia asumían la protección y ayuda de sus coterráneos cuando llegaban a la ciudad en que ellos residían. En realidad, la institución consular ha tenido origen en los países de Levante, como consecuencia del desarrollo alcanzado por las factorías comerciales instaladas allí, a partir del siglo XII, por venecianos, genoveses, pisanos, etc. Las corporaciones de mercaderes y marinos que traficaban en los puertos de Levante se habituaron a designar anualmente a uno de sus connacionales allí domiciliados para confiarle la función de dirimir como árbitro las divergencias que se suscitaban entre ellos en sus relaciones comerciales. El cónsul surgió así como un magistrado electivo. La institución se extendió en el siglo XIII a la Europa del Mediterráneo y más tarde a los países del Mar del Norte y del Báltico. Desde el siglo XV, los extranjeros que se hallaban en los países de Levante quedaron en situación difícil como consecuencia de la conquista otomana y la implantación de las leyes del Corán; los países occidentales exigieron del sultán que se les reconocieran los derechos de residir y de comerciar y que únicamente los cónsules respectivos tuviesen jurisdicción sobre ellos. Apareció así en dichas regiones, mediante tratados que se llamaron "capitulaciones", un régimen de extraterritorialidad para aquellos extranjeros.

Los cónsules eran investidos por sus nacionales residentes, y por eso se les llamó *electi*. Posteriormente, con la desaparición de los pequeños Estados mercantiles y a medida que los poderes del Estado se fueron centralizando en manos de las grandes monarquías, los cónsules pasaron a ser designados y enviados por los gobiernos, y por ello se les dio el calificativo de *missi*. Por otra parte, los representantes diplomáticos adquirían carácter permanente y los cónsules perdían toda atribución política y judicial, con excepción de ciertas regiones de Levante, en las cuales conservaron funciones judiciales.

2. La implantación de la función consular ha menester de consentimiento expreso o tácito de parte del Estado extranjero. Con ese objeto se acostumbra estipular por medio de tratados bipartitos el derecho recíproco de establecer consulados; en otros casos, el establecimiento de consulados se realiza de hecho en forma recíproca.

Todo lo referente a la institución consular se rige por la costumbre internacional y por tratados.

La Convención sobre Relaciones Consulares**, adoptada en Viena el 24 de abril de 1963, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, ha codificado las normas relativas a este tema, pero ella misma prevé, en su artículo 73, que sus disposiciones "no afectarán a otros acuerdos internacionales en vigor entre los Estados que sean partes de los mismos" y por otra parte, tampoco impedirán que los Estados concierten otros "acuerdos internacionales que confirmen, completen, extiendan o amplíen" dichas disposiciones. Además, el preámbulo afirma "que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las materias que no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones de la Convención".

En el orden regional, se suscribió en La Habana, en 1928, una convención interamericana sobre la materia⁹ y el Consejo de Europa elaboró en 1967 la Convención sobre Funciones Consulares, que tiene en cuenta algunos problemas particulares, como las migraciones de trabajadores.

En el orden interno, cada Estado generalmente establece en un reglamento consular las normas generales a que se debe ajustar su personal consular, normas que son actualizadas periódicamente mediante circulares. El actual Reglamento Consular argentino fue aprobado por decreto número 8714 de 1963.

163. ESTABLECIMIENTO DE LAS RELACIONES CONSULARES. — El artículo 2º, inciso 1º, de la Convención de Viena dispone que el "establecimiento de relaciones consulares entre Estados se efectuará por consentimiento mutuo", tal como es el caso de las relaciones diplomáticas. Sin embargo, dado que el establecimiento de relaciones consulares no trae aparejado consecuencias políticas, se pueden mantener consulados en territorios de Estados no reconocidos o bajo el control de regímenes no reconocidos o en territorios no autónomos o en protectorados. Así, es común que se establezcan oficinas consulares antes de la independencia de un territorio, o ante un gobierno no reconocido, como sucedió con la Unión Soviética y la República Popular de China y actualmente con el gobierno de Taipei o en territorios coloniales como Hong Kong; en estos casos, debe también obtenerse el consentimiento de la autoridad que domina el territorio.

⁹ Estaba en vigor, el 30 de septiembre de 1976, entre Brasil, Colombia, Cuba, República Dominicana (r.), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay.

** *Vid.* Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 195 a 223.

Aunque el consentimiento se concede generalmente en tratados de amistad y comercio o en tratados consulares, el establecimiento de relaciones diplomáticas implica el consentimiento para establecer relaciones consulares, según el artículo 2º, inciso 2º, de la Convención: esto es correcto, porque como ya hemos visto, al tratar las relaciones diplomáticas, nada impide que la misión diplomática ejerza funciones consulares. Pero la ruptura de relaciones diplomáticas, no entraña la ruptura de relaciones consulares, de conformidad con el inciso 3º de la Convención.

163a. ESTABLECIMIENTO DE LA OFICINA CONSULAR. — El establecimiento de relaciones consulares no supone automáticamente la autorización para la apertura de una oficina consular. El artículo 4º, inciso 1º, de la Convención de Viena dispone: "No se podrá establecer una oficina consular en el territorio del Estado receptor sin su consentimiento". Ello se debe a que, a diferencia de la misión diplomática que en principio debe tener una sola oficina, salvo acuerdo del Estado receptor, el Estado que envía puede establecer varias oficinas consulares en distintas ciudades y zonas del Estado receptor, dadas sus funciones de promoción del comercio y protección de los intereses de los nacionales, pero dicho Estado receptor, por razones de seguridad nacional u otras que le sean propias, puede negarse a la apertura de consulados.

Si existe una sola oficina consular, ésta actúa generalmente para todo el país, pero el Estado que envía puede establecer circunscripciones consulares. El artículo 4º de la Convención de Viena prevé la necesidad de la aprobación del Estado receptor para el establecimiento de la sede de la oficina consular, su clase y su circunscripción que no podrá modificarse sin dicho acuerdo. El artículo 6º de la Convención faculta, en circunstancias extraordinarias, al funcionario consular a ejercer sus funciones fuera de la circunscripción con el consentimiento del Estado receptor. Los artículos 7º y 8º permiten también a una oficina consular cumplir funciones en otros Estados y ejercerlas por cuenta de un tercer Estado, con el consentimiento de los interesados.

163b. CLASIFICACIÓN. — Cada Estado clasifica a sus funcionarios consulares en categorías: cónsules generales, cónsules, vicecónsules, etc.; las dos primeras categorías suelen subdividirse en primera clase, segunda clase, etc. También se clasifica a las oficinas en consulados generales, consulados y viceconsulados. Todas esas clasificaciones implican diferencia de jerarquía en el escalafón administrativo, tienen efecto

en cuanto a la extensión y a la importancia del "distrito consular" que se asigna al funcionario y a la oficina, y determinan cierta subordinación de carácter administrativo entre las oficinas existentes en un mismo país; pero no importan, en cuanto a la función consular, diferencia de atribuciones para el jefe de la oficina ni para ésta misma. Funcionarios consulares de jerarquía menor son designados a veces como adjuntos del cónsul titular; pero ellos no ejercen la función consular sino cuando eventualmente se les habilita para desempeñarla en reemplazo o en subsidio del titular.

Desde otro punto de vista, se distingue a los "cónsules de carrera" y a los que no lo son. Los primeros pertenecen al servicio exterior en el carácter de funcionarios públicos permanentes; los segundos han sido nombrados por algunos Estados para regentar un consulado de poca importancia, escogiéndose a una persona residente en la localidad a quien se asigna una de las categorías inferiores de la escala consular, y ese cargo, siendo honorario o escasamente remunerado, no es incompatible con el ejercicio de actividades lucrativas de orden privado. Hoy se tiende a designar únicamente a "cónsules de carrera". Más aún: en los principales países el servicio exterior ha sido unificado, de modo que un funcionario consular puede ser transferido para desempeñar funciones en la categoría equivalente de la representación diplomática y viceversa. Este es el sistema del Servicio Exterior argentino; además, la ley 20.957 prohíbe toda designación honoraria en dicho servicio.

La Convención de Viena distingue en su artículo 1º, dos clases de funcionarios consulares, los de carrera y los honorarios. La distinción afecta principalmente las facilidades, privilegios e inmunidades que se otorgan a unos y a otros, como veremos más adelante, en las disposiciones de la Convención. A su vez, la Convención prevé en su artículo 9º cuatro categorías de jefes de oficina consular: a) cónsules generales; b) cónsules; c) vicecónsules y d) agentes consulares. El inciso 2º del mismo artículo concede a las partes la facultad de denominar en la forma que lo estimen conveniente a los funcionarios consulares que no sean jefes de oficina consular.

La precedencia entre los jefes de oficina consular se determina, por el artículo 16 de la Convención, por la fecha de concesión del *exequatur*. Los jefes de oficina consular que sean cónsules honorarios, seguirán a los jefes de oficina consular de carrera.

164. DESIGNACIÓN E INVESTIDURA. — La designación de un funcionario consular no requiere consulta previa al gobierno del Estado receptor acerca del candidato. El artículo 10 de la Convención de Viena dispone: "Los jefes de la oficina consular serán nombrados por el Estado que envía y serán admitidos al ejercicio de sus funciones por el Estado receptor".

La persona designada, conforme con el artículo 11, inciso 1º, es provista por su gobierno de un documento denominado "carta patente" que acredita su calidad y destino. Dicho documento, establece el inciso 1º, se transmite por la vía diplomática al Estado receptor.

El jefe de la oficina consular queda admitido para ejercer su cargo desde el momento que el Estado receptor lo autoriza, es decir, desde que le concede el *exequatur*, según el artículo 12. Dicho Estado puede negarse a otorgar el *exequatur*, sin estar obligado a comunicar las razones de la negativa. La Convención establece, en sus artículos 13 y 15, que este jefe puede ser admitido provisionalmente en el ejercicio de sus funciones y que en caso de vacancia o imposibilidad podrá actuar un jefe interino. Además, por el artículo 19, el Estado que envía podrá pedir el *exequatur* de un funcionario de una oficina consular aunque no sea jefe de ella.

Según el sistema de la Convención en sus artículos 19, 20 y 22 el Estado que envía puede nombrar libremente a los miembros del personal consular, pero el Estado receptor, si no existe acuerdo al respecto, puede exigir que el número de funcionarios se mantenga dentro de lo razonable y normal. Los funcionarios han de tener, en principio, la nacionalidad del Estado que envía, pero podrán designarse de otra nacionalidad, inclusive del Estado receptor, con su consentimiento.

165. FUNCIONES. — Las funciones de los cónsules son muy diversas, pues tienen por objeto atender, dentro de su distrito, los intereses generales de su país, especialmente los económicos relacionados con el tráfico comercial; además, están a su cargo ciertas actividades con respecto a sus nacionales domiciliados, residentes o transeúntes en el lugar, y ejercen también funciones de carácter notarial. La labor de los cónsules está principalmente destinada a su propio país y a sus nacionales; pero, a fin de desempeñarla, puede el cónsul, si fuere necesario, entenderse directamente con las autoridades de su distrito y en último caso puede acudir al propio representante diplomático para que actúe en la emergencia según corresponda.

No puede afirmarse, pues, que los cónsules tengan funciones de carácter representativo; estas funciones, puesto que son esencialmente políticas, están reservadas a los agentes diplomáticos. Sin embargo, a falta de representación diplomática, el cónsul por sí o por un tercer Estado, según el artículo 17 de la Convención de 1963, podrá realizar actos diplomáticos,¹⁰ con el consentimiento del Estado receptor y sin que ello afecte a su *status* consular; también podrá representar al Estado que envía ante una organización intergubernamental.

Las funciones de los cónsules pueden clasificarse así: a) fomento de las relaciones, especialmente comerciales y económicas; b) supervisión de la navegación y la aeronavegación; c) protección del Estado que envía y de sus nacionales y d) funciones notariales.

El artículo 5º de la Convención de Viena enumera las funciones consulares, en forma aparentemente exhaustiva.

Sin embargo, otras disposiciones de la Convención aparte del artículo 5º y normas de derecho consuetudinario permiten el ejercicio de otras funciones. Más aún, el inciso m) del artículo 5º es muy amplio al disponer, al término de la enumeración, que los funcionarios consulares pueden ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía, que no están prohibidas por la legislación del Estado receptor o a las que éste no se oponga o las atribuidas por acuerdos internacionales en vigor.

1. En lo que respecta al fomento de las relaciones, los incisos b) y c) del artículo 5º establecen que ello se extiende a las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas, así como a las relaciones amistosas entre el Estado que envía y el Estado receptor; facultando al funcionario consular a informarse, por medios lícitos, de la evolución de la vida económica, comercial, cultural y científica; no se menciona la vida pública puesto que no ejerce la representación del Estado, e informar a su gobierno.

El fomento por los cónsules de las relaciones culturales, científicas y amistosas constituye una novedad dentro del derecho clásico que se ha referido sólo a las relaciones comerciales.

¹⁰ Algunos acuerdos en los que es parte la República Argentina autorizan a los respectivos funcionarios consulares para dirigirse a las autoridades de su distrito reclamando por cualquier infracción a los tratados vigentes y para acudir al gobierno del Estado en caso necesario y cuando no hubiese representante diplomático de su país: Convenciones con Perú (1874), Paraguay (1877), Portugal (1878) e Italia (1855).

2. Con respecto al tráfico marítimo y aéreo, los incisos *k*) y *l*) del mismo artículo, disponen que los funcionarios consulares ejercen derechos de control o inspección y les prestan ayuda a los buques que tengan nacionalidad de su Estado, así como de las aeronaves matriculadas en él y de las tripulaciones de ambos; reciben declaraciones sobre los viajes de los buques, examinan y refrendan los documentos de a bordo; efectúan encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resuelven los litigios que se planteen entre el capitán, los oficiales y los marineros. Además, normas consuetudinarias y otros tratados prevén en mayor detalle, que dichos funcionarios consulares vigilan que se acuerden a los buques de su bandera los derechos y franquicias establecidos por los tratados, la costumbre internacional y las leyes locales; toman conocimiento, a los efectos legales de los papeles de a bordo y pueden examinarlos para verificar si se ha realizado contrabando; toman nota oficial de los nacimientos, defunciones y hechos delictuosos ocurridos a bordo, intervienen en la compra y venta de los buques y autorizan el cambio de bandera, intervienen en el despacho con destino a su país de buques nacionales y extranjeros, así como de mercancías; expiden patentes de sanidad, a falta de autoridad que lo haga; legalizan los manifiestos de carga, confrontándolos con los conocimientos respectivos y visando los certificados de origen de aquélla, así como los documentos y papeles relativos a la nave, pasajeros, tripulantes y carga; visan los pasaportes del pasajero que se dirige a su país e intervienen, de acuerdo con los tratados y reglamentos locales, en las diligencias relacionadas con la captura y entrega de tripulantes desertores, así como en lo concerniente a los casos de arribada forzosa, averías, salvamento o naufragio.

3. En el artículo 5º, inciso *a*), se enumera, de una manera general, entre las funciones de los cónsules, la protección de los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional. Para ello, conforme a los incisos *d*), *e*), *g*), *h*), *i*), y *j*), los funcionarios consulares extienden pasaportes a sus nacionales; les prestan ayuda y asistencia; velan por sus intereses, en caso de sucesión por causa de muerte, y por los intereses de otras personas que carezcan de capacidad plena cuando se requiriere instituir para ellos una tutela o curatela;¹¹ los representan

¹¹ La República Argentina tiene estipulaciones sobre el caso de sucesiones de sus nacionales que no hayan dejado heredero o cuyos herederos estén ausentes o incapaces, con Gran Bretaña (1825), Estados Unidos (1853), España (1870), Perú (1874), Paraguay (1877), Portugal (1878), Suecia y Noruega (1885), Italia (1885) y Francia (1889).

ante los tribunales y otras autoridades a fin de lograr que se adopten medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defender oportunamente esos derechos e intereses; comunican decisiones judiciales y extrajudiciales y diligencian cartas rogatorias.

Además de estas funciones enumeradas en la Convención sobre Relaciones Consulares, los cónsules practican el enrolamiento militar; proveen a la repatriación de los indigentes. También vigilan que sus nacionales gocen de los derechos acordados por los tratados, la costumbre internacional y las leyes locales; pero, siendo la protección de los nacionales en el exterior una función diplomática, deben limitarse a informar de toda transgresión o peligro al representante diplomático de su país y sólo en casos graves y urgentes pueden realizar gestiones oficiosas ante las autoridades locales.

A los efectos de facilitar el ejercicio de sus funciones los cónsules, conforme con el artículo 36 de la Convención de 1963, podrán comunicarse libremente con sus nacionales, visitarlos y reciprocamente. El Estado receptor debe informar a la oficina consular, sin retraso, en caso de arresto, en cualquier forma, detenido o en prisión preventiva, de un nacional del Estado que envía, así como transmitir cualquier comunicación dirigida por dicha persona a la oficina consular. Los cónsules podrán visitar a sus nacionales en tales circunstancias, conversar con ellos y organizar su defensa ante los tribunales. También podrán visitar al nacional que se halle arrestado, detenido, o preso en cumplimiento de una sentencia. Pero si el interesado se opone a estas gestiones el cónsul se abstendrá de intervenir. Todas estas prerrogativas de los funcionarios consulares con relación a sus nacionales se ejercerán conforme con las leyes y reglamentos locales, pero estas disposiciones no impedirán el pleno efecto de los derechos reconocidos en el artículo 36.

Debe agregarse que, a los efectos de un mejor cumplimiento de las funciones consulares, las autoridades del Estado receptor están obligadas, por el artículo 37 de la Convención, a comunicar sin retraso a la oficina consular el fallecimiento de un nacional del Estado que envía, el nombramiento de un tutor o curador a dichos nacionales, así como el lugar del accidente de un buque o de una aeronave de tal matrícula.

A falta de tratado, la ley 163, del 30 de setiembre de 1860, autoriza y reglamenta a título de reciprocidad, dicha intervención de los cónsules extranjeros.

4. En cuanto a las funciones notariales, los cónsules podrán actuar en las mismas condiciones que los notarios de su país y, en consecuencia, autorizan y registran ciertos actos jurídicos (contratos civiles, comerciales, marítimos, otorgamiento de mandatos, protestas, testamentos, legalización de documentos, etc.) que las personas privadas desean realizar a fin de surtir efecto en el país del cónsul. Además, puede actuar como funcionario de registro civil. Ambas funciones se ejercitarán, según el artículo 5º, inciso *f*), siempre que no se opongan a las leyes y reglamentos del Estado receptor.

166. INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS. — Con excepción de los países en que ha existido el régimen de las "capitulaciones", nunca se ha atribuido a los funcionarios consulares la ficción de la "extraterritorialidad"; sin embargo, la costumbre internacional y a veces los tratados les acuerdan algunas inmunidades y privilegios,¹² porque el funcionario consular se encuentra, en virtud de las funciones que ejerce, en una situación diferente de un residente extranjero. Un acto efectuado en el ejercicio de sus funciones es un acto del Estado que envía y bajo el principio de la igualdad de los Estados, queda fuera de la competencia del Estado receptor. Pueden señalarse los más generalizados, ciertamente menores que los correspondientes a los agentes diplomáticos.

La Convención sobre Relaciones Consulares reglamenta las normas referentes a las facilidades, privilegios e inmunidades de la oficina consular y de los funcionarios consulares en forma amplia y detallada, distinguiendo en secciones diferentes las aplicables a la oficina consular, a los funcionarios consulares de carrera y demás miembros de dicha oficina y el régimen a los funcionarios honorarios y a las oficinas dirigidas por éstos.

1. En cuanto a las facilidades de la oficina consular, el Estado receptor, por el artículo 28 de la Convención deberá conceder "todas las facilidades" para el ejercicio de sus funciones. En el artículo 30 dispone, además, que dicho Estado deberá facilitar la adquisición de los locales necesarios para su funcionamiento o ayudarlo a obtenerlos de alguna manera, así como conseguir alojamiento para sus miembros.

¹² Vid. los tratados y convenciones de la República Argentina con Estados Unidos (1853), Brasil (1856), Bolivia (1868), Perú (1874), Paraguay (1877), Portugal (1878), Suecia y Noruega (1885) e Italia (1885), y téngase en cuenta los efectos de la cláusula de la nación más favorecida.

Nos hemos referido ya a las facilidades que se otorgan a los cónsules respecto a la comunicación con sus nacionales y la información que debe enviarles el Estado receptor en casos de defunción, tutela, curatela, naufragios y accidentes aéreos.

2. Con respecto a privilegios de la oficina consular, como de la misión diplomática, el Estado que envía, conforme con el artículo 29 de la Convención, podrá usar su bandera y escudo en el local de dicha oficina, en la residencia del jefe de la oficina consular y en sus medios de transporte, cuando éstos se utilicen en asuntos oficiales.

Por el artículo 32, inciso 1º, los locales consulares y la residencia del jefe de la oficina consular de carrera están exentos de impuestos y gravámenes, ya sean propiedad o alquilados por el Estado que envía. Asimismo, por el artículo 50, inciso 1º a), están exentos de los derechos de aduana los objetos destinados al uso oficial de la oficina consular.

La Convención de Viena reconoce en su artículo 34 la libertad de tránsito a los miembros de la oficina consular, salvo las zonas de acceso prohibidas por razones de seguridad nacional, es decir, en las mismas condiciones que a los agentes diplomáticos.

Asimismo, el artículo 35 también reconoce la libertad de comunicación de la oficina consular para fines oficiales, en normas similares a la misión diplomática y la misión especial.

Finalmente, el artículo 39 de la Convención, otorga a la oficina consular la facultad de percibir derechos y aranceles por sus actuaciones, que estarán exentos de todo impuesto y gravamen.

3. Acerca de las inmunidades de la oficina consular el artículo 31 establece la inviolabilidad de los locales consulares, pero sus disposiciones son más restringidas, es decir de una inmunidad menor que en cuanto a los locales de la misión diplomática. Así, las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar sólo en la parte de los locales que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina, salvo consentimiento de su jefe, que para los consulados es presumible en caso de incendio u otra calamidad. Los locales deberán ser protegidos por el Estado receptor, y no podrán ser objeto, conjuntamente con sus muebles, bienes y medios de transporte, de requisas por razones de defensa o utilidad pública. Pero para estos fines sí podrán ser objeto de expropiación, a diferencia de la misión diplomática, pero debe evitarse perturbar el ejercicio de las funciones consulares. El Estado receptor debe pagar una compensación "inmediata, adecuada y efectiva". Debe recordarse que la requisas es temporaria y la expropiación definitiva.

La residencia del jefe de la misión consular está excluida de estas normas referentes a inviolabilidad. Se omite también la exención del registro, embargo y medidas de ejecución, aplicables a la misión diplomática.

La oficina consular no puede ser utilizada como lugar de asilo, aunque la Convención de Viena no se refiera a este problema. El Reglamento Consular argentino establece en su artículo 9º, inciso 18, cuando se refiere a los Derechos y Obligaciones de los funcionarios consulares que "bajo ningún concepto podrán ejercer el derecho de asilo, que es competencia exclusiva de la misión diplomática, pues ellos mismos están sujetos a la jurisdicción civil o criminal del país en que residen. Carecen en consecuencia de la facultad de sustraer al requerimiento de los jueces a los individuos que residan o se refugien en su residencia particular o en la oficina consular".

La Convención dispone, además, en su artículo 33 que los archivos y documentos consulares son siempre inviolables dondequiera se encuentren.

4. Con relación a las facilidades a funcionarios de carrera y demás miembros de la oficina consular, la convención les reconoce, en su artículo 40, el derecho a ser tratados con deferencia y tomar medidas para evitar atentados en su contra. Asimismo, por el artículo 42 de la Convención de 1963 el Estado receptor está obligado a comunicar al jefe de la oficina consular, o al Estado que envía, si se trata de este último, todo arresto o detención preventiva o la instrucción de un proceso penal a un miembro del personal consular.

Como ya hemos señalado en este capítulo, el agente diplomático no está obligado a dar testimonio, pero en el caso de los miembros del consulado, inclusive los cónsules, podrán ser llamados a comparecer como testigos, aunque en el caso de estos últimos, no se le aplicará ninguna medida coactiva o sanción. Sin embargo, el mismo artículo 44 que reglamenta este asunto, establece que la autoridad que requiera el testimonio deberá evitar que se perturbe al cónsul en el ejercicio de sus funciones. Los miembros de la oficina consular no están obligados a deponer en asuntos relacionados con el ejercicio de sus funciones.

5. Nos referiremos ahora a los privilegios de los funcionarios de carrera y demás miembros de la oficina consular.

En relación con la obligación de comparecer como testigo, es un privilegio la exención de la misma para los miembros de la oficina consular en relación con hechos vinculados con el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, se pueden negar dichos miembros a exhibir la correspondencia y documentos oficiales, así como se podrán rehusar deponer como expertos respecto a las leyes de su Estado.

Conforme con el artículo 46 los funcionarios y empleados consulares y sus familias están exentos de las obligaciones sobre inscripción de extranjeros y permisos de residencia, salvo que los empleados consulares sean residentes permanentes. Además, según los artículos 47 y 48 de la Convención, los miembros de la oficina consular están exentos de las obligaciones relativas a permisos de trabajo y al régimen de seguridad social.

En materia fiscal, los cónsules y los empleados administrativos gozan de exención fiscal, según el artículo 49, con relación a los impuestos personales o reales, con excepción de los impuestos indirectos, los imponibles sobre bienes inmuebles de propiedad privada, sobre sucesiones, sobre ingresos privados; sobre determinados servicios prestados y derecho de registro, aranceles judiciales, hipoteca y timbre.

En materia aduanera están exentos, tal como lo dispone el artículo 50, de derechos e impuestos, los bienes destinados al uso personal del cónsul, incluidos los de instalación. Los empleados consulares gozarán de este privilegio con respecto a su primera instalación. También los cónsules están exentos de inspección aduanera. En caso de fallecimiento de un miembro del consulado o de su familia, el artículo 51 de la Convención establece que el Estado receptor permitirá la exportación de los bienes de propiedad del fallecido y no exigirá los impuestos sobre la sucesión de bienes muebles.

Por último, los miembros de la oficina consular están exentos de todo servicio de carácter público y de cargas militares, como requisas, contribuciones y alojamientos militares.

6. Las inmunidades de los funcionarios consulares de carrera y demás miembros de la oficina consular, reconocidas por los artículos 41 y 43 de la Convención sobre Relaciones Consulares, son respectivamente la inviolabilidad personal y la inmunidad de jurisdicción.

En cuanto a la primera, los cónsules no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva, salvo casos de delitos graves o cuando exista sentencia firme. Pero en caso de procedimiento penal deberán comparecer y las autoridades deberán tratarlos con la debida deferencia.

Respecto a la inmunidad de jurisdicción¹³ los cónsules y los empleados consulares "no estarán sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas por actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares". Se exceptúa el caso de un procedimiento civil que resulte de un contrato concertado por el cónsul o el empleado consular no como agente del Estado o que sea entablado por un tercero, como consecuencia de daños causados en un accidente. La exclusión de la inmunidad de jurisdicción civil de los casos de accidentes refleja la tendencia reciente de considerar los accidentes de tránsito como extraños a la función consular; un criterio similar aunque referido a los accidentes ocurridos fuera de sus funciones se incluyó posteriormente, como ya lo hemos visto, en la Convención sobre Misiones Especiales de 1969.

7. La Convención sobre Relaciones Consulares contiene disposiciones similares a la Convención sobre Relaciones Diplomáticas en materia de renuncia a los privilegios e inmunidades. El artículo 45 de aquélla establece que incumbe al Estado la renuncia a dichos privilegios e inmunidades que otorga la Convención a los miembros de la oficina consular, que deberá ser expresa, presumiéndosela en caso de reconvencción. Además la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, no implica renuncia a la inmunidad de ejecución, para lo que es necesario una nueva renuncia.

Los privilegios e inmunidades consulares comienzan, conforme con el artículo 53, cuando los miembros de la oficina consular entran en el territorio del Estado receptor, o si se hallan con él desde que asumen sus funciones, y terminan cuando abandonen dicho territorio o cuando expire un plazo razonable que se conceda para ello. Pero los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares gozarán indefinidamente de inmunidad de jurisdicción.

8. Las personas que gozan de las facilidades, privilegios e inmunidades establecidos en la Convención están sujetas también a obligacio-

¹³ El decreto-ley núm. 1.275, del 4 de febrero de 1958, ratificado por la ley 14.467, sobre Organización de la Justicia Nacional, establece en su art. 24 que la Corte Suprema conoce con jurisdicción originaria y exclusiva "de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público" y agrega que son "causas concernientes a los cónsules extranjeros las seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil o criminal".

nes. Los artículos 55, 56 y 57 determinan que deben respetar las leyes y los reglamentos del Estado receptor; no inmiscuirse en asuntos internos; no utilizar los locales consulares de manera incompatible con el ejercicio de sus funciones consulares; cumplir con las disposiciones sobre seguro de responsabilidad civil por daños causados a terceros por utilización de vehículos, buques o aviones; no ejercer en provecho propio ninguna actividad profesional o comercial.

9. Como ya lo señalamos al comienzo de la consideración de este tema, la Convención establece un régimen especial aplicable a los cónsules honorarios y a las oficinas consulares dirigidas por los mismos.

Este régimen, según la norma general del artículo 58, les otorga las mismas facilidades, privilegios e inmunidades que a los cónsules de carrera y a las oficinas dirigidas por ellos, salvo las importantes restricciones que vamos a mencionar.

El principio de la inviolabilidad del local consular, es substituido, en el artículo 59, por una mera protección "contra toda intrusión o daño". La inviolabilidad de los archivos y documentos consulares depende, según el artículo 61, que se encuentren separados de la correspondencia particular.

Los locales consulares están exentos de los impuestos y contribuciones sólo si son propiedad o alquilados por el Estado que envía, conforme con el artículo 60 de la Convención.

En cuanto a las franquicias aduaneras el artículo 62 determina que sólo están exentos los artículos importados para el uso oficial del consulado, pudiendo ser sujetos a inspección, pues nada se dice al respecto.

La Convención deniega inviolabilidad personal de los cónsules honorarios. De acuerdo con el artículo 63 están obligados a comparecer ante las autoridades en un proceso penal. El Estado receptor solamente está obligado a tratarlo con la debida deferencia.

Debe recordarse que en general la inmensa mayoría de los cónsules honorarios son o nacionales o residentes permanentes del Estado receptor y en consecuencia le son aplicables las normas del artículo 71, inciso 1º, dentro del Capítulo IV de la Convención de 1963, denominado Disposiciones Generales. Según dicha norma los funcionarios consulares, de carrera u honorarios, en esas condiciones gozan solamente de "inmunidad de jurisdicción y de inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones"; del privilegio de estar exentos de dar testimonio en asuntos relacionados con el ejercicio de dichas funciones y del derecho, en caso de arresto, detención, o procedimiento

penal de que estos hechos sean puestos en conocimiento de las autoridades del Estado que envía, o a su misión diplomática.

Los cónsules honorarios sólo gozan, por el artículo 64, de la protección que puedan necesitar por razón de su carácter oficial.

La exención fiscal, según el artículo 66, está limitada a las retribuciones que el cónsul honorario recibe como consecuencia del ejercicio de las funciones consulares. La exención de la inscripción de extranjeros y del permiso de residencia, así como de prestaciones personales, conforme con los artículos 65 y 67, se limita a los funcionarios y no comprende a su familia, ni al resto de su misión y en cuanto a la inscripción y al permiso de residencia, sólo si no ejercen profesión o actividad profesional en provecho propio.

Los funcionarios consulares honorarios no están exentos de las obligaciones relativas al permiso de trabajo, ni de la aplicación del régimen de seguridad social del Estado receptor y no pueden invocar ningún beneficio en caso de sucesión.

166a. AGENCIAS CONSULARES. — El artículo 69 de la Convención de Viena permite a los Estados interesados al establecimiento de "agencias consulares" dirigidas por agentes consulares que no hayan sido designados jefes de oficina consular. Las condiciones de su actuación serán determinadas por mutuo consentimiento.

166b. MISIONES DIPLOMÁTICAS EN FUNCIONES CONSULARES. — Es común actualmente que las misiones diplomáticas, por razones de presupuesto y en países pequeños, ejerzan también funciones consulares. En tales casos se aplicará a tal ejercicio las disposiciones de la Convención de 1963, "en la medida que sea procedente", según su artículo 70.

En tales circunstancias, los miembros de la sección consular serán comunicados al Ministerio de Relaciones Exteriores.

En materia de privilegios e inmunidades, seguirán gozando de las que el derecho internacional concede a las misiones diplomáticas.

166c. FIN DE LAS FUNCIONES CONSULARES. — Las funciones de un miembro de la oficina consular pueden terminar para el artículo 25 de la Convención de 1963 por estas causas, entre otras no enumeradas: a) notificación del Estado que envía que se ha puesto término a sus funciones; b) revocación del exequátur; c) notificación del Estado receptor que ha dejado de considerar a la persona de que se trate como miembro del personal consular.

El procedimiento normal es el del inciso *a*), es decir, el Estado que envía decide, generalmente por traslado o cierre de la oficina consular, dar por terminadas las funciones de su personal. Pero el Estado receptor podrá, por el artículo 23 de la Convención, declarar a un funcionario consular persona *non grata* y a los otros miembros de la oficina que no son aceptables, sin tener que exponer los motivos que fundan su decisión. Si el Estado que envía se niega a retirar la persona en cuestión o ponerle término a sus funciones, el Estado receptor podrá retirarle el *exequátur* o dejar de considerarlo como personal consular.

Las disposiciones de los artículos 26 y 27 sobre salida del territorio del Estado receptor, aun en caso de conflicto armado y sobre protección de los locales y archivos consulares y de los intereses del Estado que envía en circunstancias excepcionales, son similares a las de la Convención sobre relaciones diplomáticas.

VII. EL MANEJO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

167. ÓRGANO COMPETENTE. — La función de manejar las relaciones exteriores reside en la persona del jefe del Estado. En los países organizados bajo un régimen constitucional, esa función está restringida en cierta medida, subordinando a una autorización previa del Parlamento o del Senado la realización por el Poder Ejecutivo de algunos actos importantes de política exterior, tales como la declaración de guerra, la ratificación de los tratados, la designación de representantes diplomáticos, etc. Sin embargo, estas autorizaciones previas son un requisito de derecho interno; del punto de vista internacional es siempre el jefe del Estado el que realiza la gestión de los asuntos exteriores.

Imposibilitado en la práctica el jefe del Estado de atender en persona los trámites y negociaciones que constantemente requiere el manejo de las relaciones exteriores, encomienda en máxima parte esa tarea a un Secretario de Estado o Ministro de Relaciones Exteriores; y sólo en casos excepcionales, y de modo transitorio, trata aquél al respecto con otro jefe de Estado o con su representante diplomático acreditado ante él.

168. LAS GESTIONES O NEGOCIACIONES DIPLOMÁTICAS. — La dilucidación de los asuntos que plantea la vida de relación internacional se efectúa por medio de gestiones o negociaciones entre el representante

diplomático de uno de los Estados interesados y el Ministro de Relaciones Exteriores del otro. De ordinario esas gestiones se practican así de modo directo por las partes interesadas; pero en ciertas circunstancias pueden desarrollarse con la colaboración amistosa de terceros Estados, según veremos más adelante, o bien en una conferencia u organismo internacional.

Las gestiones o negociaciones diplomáticas se formalizan mediante notas oficiales; pero los asuntos de escasa importancia o los preliminares se tramitan de viva voz, aunque oportunamente se entreguen notas oficiales, o tan sólo "notas verbales" o "memorándums" que se redactan en tercera persona y no llevan firma.

Hasta fines del siglo XVII se acostumbró redactar las notas en lengua latina, pero durante los siglos XVIII y XIX se usó el francés. En la práctica actual, cada Estado emplea su propio idioma, a menos que sea exótico, en cuyo caso utiliza el francés o el inglés.

En toda gestión o negociación diplomática es de regla mantener estricta reserva, sin perjuicio de que las partes, si lo estiman conveniente y previo acuerdo al respecto, puedan dar informaciones acerca de su desarrollo o resultado final. Esa reserva es necesaria: en los asuntos diplomáticos, puesto que se trata de conciliar puntos de vista e intereses distintos y aun opuestos, la discusión pública, al llevar el debate a otros ambientes, en vez de facilitar una solución satisfactoria, vendría a entorpecerla. Cuando la "diplomacia secreta" ha sido fustigada, se ha querido condenar la concertación de convenios que hubiesen de permanecer ignorados por los demás; la historia demuestra que no pocas veces tales convenios, especialmente cuando son de carácter político, han provocado el recelo y han conducido al armamentismo y a la guerra.

169. LOS CONGRESOS O CONFERENCIAS INTERNACIONALES — La práctica de reunir en congresos o conferencias a los representantes de cierto número de Estados a fin de convenir soluciones para determinados asuntos de interés común, se inicia en el siglo XVII con el congreso celebrado en Münster y Osnabrück en 1648, del que resultó la Paz de Westfalia. Hasta fines del siglo XVIII, los congresos internacionales fueron convocados con el propósito de concertar la paz a raíz de una guerra de importancia.

Después del Congreso de Viena de 1815, reunido para reconstruir políticamente a Europa a la caída de Napoleón, se celebraron algunos congresos con un nuevo objeto político, generalmente el de organizar

una defensa común: fueron, en Europa, los promovidos por la Santa Alianza para adoptar medidas contra ciertos movimientos rebeldes, es decir, los congresos de Aquisgrán (1818), Troppau (1820), Laybach (1821) y Verona (1822); y en América los que, según veremos más adelante, se realizaron entre 1826 y 1865 con el propósito de contrarrestar todo intento de reconquista española y a la vez para asegurar entre sí la paz.

En la segunda mitad del siglo XIX aparece una nueva tendencia: convócanse congresos especiales para acordar normas destinadas a regir de modo orgánico y continuado ciertas relaciones comunes, ya sea en lo referente a las comunicaciones, a la salubridad, a los intereses humanitarios, jurídicos, culturales, etcétera.

Al comenzar el siglo XX esas reuniones internacionales, que adoptan entonces el nombre de *conferencias*, emprenden el camino de coordinar los instrumentos de la paz y el orden internacional. Entre éstas deben señalarse especialmente la primera y la segunda Conferencia de la Paz, reunidas en La Haya en 1899 y 1907, en las que se concertaron tratados para la solución pacífica de las divergencias internacionales y para la reglamentación de las leyes de la guerra terrestre y marítima; la Conferencia Naval de Londres de 1909, que intentó la reglamentación de ciertos procedimientos de las hostilidades navales; y después de la Primera Guerra Mundial (1914-18), las conferencias realizadas —algunas con buen éxito y otras sin él— para solucionar las consecuencias económicas de aquella conflagración, que se reunieron en 1922 en Cannes, Génova y La Haya, y las conferencias para la reducción de los armamentos celebradas en Washington (1921-22), en Londres (1930) y en Ginebra (1932).

Algunas conferencias internacionales se han hecho periódicas y otras han adquirido carácter universal o poco menos. Ambas características —periodicidad y universalidad— vinieron en 1919 a inspirar el Pacto de la Sociedad de las Naciones. La Segunda Guerra Mundial (1939-45) y sus terribles consecuencias demostraron aún más la necesidad de esta práctica con las reuniones de consulta y la Conferencia de Chapultepec (1945), entre los países americanos; y en seguida con la Conferencia de las Naciones Unidas, realizada en San Francisco, que elaboró la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

Además de las conferencias de carácter político, celébranse frecuentemente otras internacionales que no son diplomáticas, pero sí oficiales, y tienen por objeto examinar temas científicos, económicos, culturales, etc. Estas asambleas se denominan hoy *congresos*.

1. A los congresos del siglo XVIII y primera mitad del XIX concurren en persona los monarcas interesados, asistidos por ministros de Estado, embajadores y otros funcionarios; en las actuales conferencias diplomáticas, los Estados participantes son representados por delegados plenipotenciarios.

2. En cuanto a la organización y al funcionamiento de las conferencias (y también de los congresos no diplomáticos) debe observarse que son convocadas por uno o más gobiernos o por las organizaciones internacionales. El programa de la Conferencia y el orden en que han de ser tratados los tópicos deben acordarse previamente; es asunto importante y delicado, porque de ello depende en gran parte el éxito final.

La labor de la Conferencia puede conducir a la elaboración de tratados o convenciones, o al menos a la aprobación de resoluciones consistentes en declaraciones, recomendaciones o votos que significan manifestaciones de opinión colectiva tendientes a señalar líneas de conducta común.

Los Estados concurren por medio de delegados, que en las conferencias diplomáticas están munidos de plenos poderes y no así en las demás. La Conferencia se rige por medio de un reglamento, que es aprobado por ella misma o por la institución internacional que la ha convocado.

Según las normas habituales, la Conferencia designa su mesa directiva: presidente, vicepresidente, secretarios, etcétera; y para facilitar el trabajo se divide en comisiones, encargadas de estudiar determinados temas y preparar los proyectos correspondientes, que luego han de ser considerados por la Conferencia reunida en sesión plenaria.

Los distintos proyectos formulados por las comisiones son sostenidos en las sesiones plenarias por sendos relatores o ponentes designados por las respectivas comisiones. Ellos deben actuar, antes que a título personal, como intérpretes de la opinión prevaleciente en la comisión. Es de notar que la discusión principal se efectúa, en la práctica, en las comisiones y rara vez en las sesiones plenarias.

Cada Estado participante dispone de un solo voto, cualquiera que fuere el número de sus delegados. En las comisiones —y subcomisiones, si las hay— toda decisión se adopta por mayoría de votos presentes; en las sesiones plenarias no se procede de este modo, sino cuando se trata de resolver cuestiones de procedimiento.¹⁴

¹⁴En algunos organismos técnicos —como la O.A.C.I. y la O.M.S.— se ha establecido que la Conferencia adopta decisiones de fondo por mayoría de votos.

Las deliberaciones no deben asumir el carácter de una controversia y menos aún tono de polémica, como sucede a menudo en los parlamentos y otras asambleas; para alcanzar un resultado positivo es necesario encontrar la línea de común coincidencia y sería inconducente empeñarse en imponer puntos de vista irreductibles.

La Conferencia se clausura con un Acta Final en que se resumen los antecedentes y el desarrollo de la labor, así como el texto de las convenciones y resoluciones adoptadas, juntamente con las reservas que formulan los Estados participantes; a veces, habiéndose firmado anteriormente las convenciones, se agrega su texto como apéndice del Acta Final. Este documento, subscripto por todos los delegados en la última sesión plenaria, se conserva en los archivos del Estado o de la institución en cuyo seno se ha realizado la conferencia y se remite copia legalizada a cada uno de los Estados concurrentes.

3. En las Conferencias Internacionales del Trabajo, efectuadas desde 1919 bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo, se sigue un procedimiento *sui generis*, según lo veremos oportunamente, porque, aun cuando concurren los Estados miembros de esa organización, aquellas conferencias están constituidas por tres especies de delegados: gubernamentales, patronales y obreros.

169a. LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES. — La proliferación de los organismos internacionales, en las últimas décadas, ha traído, como una consecuencia, entre muchas otras, la necesidad de establecer normas que permitan su funcionamiento con la independencia y eficacia debidas. Las organizaciones internacionales, si bien sujetos del derecho internacional, no son Estados y carecen de territorio propio. Por lo tanto, incumbe al país sede la responsabilidad principal de garantizar el funcionamiento de la organización, sin presiones locales; para ello otorga a la organización propiamente dicha, a sus funcionarios, a los representantes de los Estados miembros y a los observadores de los Estados no miembros, determinadas facilidades, privilegios e inmunidades, que varían según la condición y las necesidades de cada uno de ellos.

1. Estas normas presentan carácter consuetudinario y convencional; algunos Estados han concedido ciertos privilegios, inmunidades y facilidades, sin convención. Esta situación, coexistencia de normas consuetudinarias y convencionales, es reconocida en el preámbulo de la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus

Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal*** que dice: "Afirmando que las normas de derecho internacional consuetudinario continúan rigiendo las cuestiones no reguladas expresamente por las disposiciones de la presente Convención".

Pero la mayoría de estas normas están establecidas en diferentes tratados internacionales. Los más importantes en el orden universal son la Convención que acabamos de citar, adoptada en Viena, en 1975, y principalmente el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas,* aprobado en 1946 por la Resolución 22A de la Asamblea General; la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados," aprobada en 1947 por la Resolución 179 II y los acuerdos bilaterales de Sede entre las Naciones Unidas y los Estados Unidos, de 1947; entre las Naciones Unidas y los Países Bajos con referencia a la Corte Internacional de Justicia, de 1946 y entre las Naciones Unidas y Suiza con relación a la Oficina Europea de Naciones Unidas, de 1946. Naciones Unidas ha celebrado también acuerdos con numerosos países en los que ha instalado oficinas de información o en los que se desarrollan programas de asistencia técnica. Asimismo, se han celebrado, en la esfera regional, tratados similares inspirados en los aprobados por Naciones Unidas, tales como el de la Liga Árabe, el Consejo de Europa, la Unión Europea Occidental, las tres comunidades europeas (Euratom, Comunidad Económica Europea y Comunidad Económica del Carbón y del Acero) y la Organización de los Estados Americanos, cuyo acuerdo sobre privilegios e inmunidades fue abierto a la firma en 1949. La O.E.A. ha celebrado, además, un acuerdo de sede con los Estados Unidos, en 1949.

2. Nos referiremos en orden sucesivo a las normas referentes a la organización propiamente dicha, a sus funcionarios, a los representantes de los Estados miembros y a los observadores de los Estados no miembros.

3. En cuanto a la organización propiamente dicha debemos comenzar recordando que generalmente el propio tratado constitutivo establece disposiciones generales respecto a privilegios e inmunidades.* Así, el artículo 105, inciso 1º, de la Carta de las Naciones Unidas dispone: "La Organización gozará en el territorio de cada uno de sus miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos". La frase "necesarios para la realización de sus propósi-

*** Vid. Ruda, José María, *Instrumentos Internacionales*, págs. 160 a 193.

tos", subraya el carácter funcional de las ventajas reconocidas. A su vez, el artículo 139 de la Carta reformada de la O.E.A. establece que "gozará en el territorio de cada uno de sus miembros de la capacidad jurídica, privilegios e inmunidades que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos".

Los privilegios e inmunidades que generalmente se reconocen a las organizaciones internacionales son: inmunidad de jurisdicción, libertad de comunicaciones, inviolabilidad de los edificios, propiedades y archivos y privilegios fiscales, monetarios y aduaneros.

La inmunidad de jurisdicción surge claramente del artículo 105 y de otros similares vigentes respecto de otras organizaciones que las Naciones Unidas; es imposible "la realización de los propósitos" de una organización internacional, si ésta puede ser sometida a la jurisdicción de las autoridades locales, perdería toda independencia para el ejercicio de sus funciones. Pero, además, el artículo 2º, inciso 1º, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones, así como las que rigen respecto a otras organizaciones, dispone que "la Organización de las Naciones Unidas, sus bienes y propiedades, cualesquiera sean su sede y su poseedor, gozan de inmunidad de jurisdicción, salvo en la medida en que la Organización haya renunciado expresamente a ella en un caso particular".

A los efectos que no queden jurídicamente desamparadas las personas que contratan con la organización, el artículo 8º, inciso 1º, establece que deberá preverse métodos de arreglo apropiados para "las diferencias en materia de contratos u otras diferencias de derecho privado en las que sea parte la Organización". Por ello, los contratos con la U.N., en la esfera privada, estipulan el arbitraje para el caso de controversias.

Los organismos internacionales pueden renunciar a la inmunidad de jurisdicción y así lo ha hecho las Naciones Unidas en caso de accidentes de sus vehículos asegurados, que hayan causado daño. Pero, como en el caso de las normas que rigen las relaciones diplomáticas, la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, no supone renuncia a las medidas de ejecución; el artículo, 2º, inciso 1º, de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas finaliza diciendo: "Queda sin embargo entendido que esta renuncia no puede extenderse a las medidas de ejecución".

La libertad de comunicación se asimila a la de la misión diplomática, es decir facilidades para el uso de códigos y correos y valijas de tipo diplomático, para comunicarse sin impedimentos o censuras y en las mismas condiciones que los gobiernos.

La inviolabilidad de los edificios, propiedades y archivos de las organizaciones internacionales comprende generalmente la prohibición de las autoridades locales de penetrar en ellas, sin permiso de las altas autoridades de la organización, aun para llevar a cabo un arresto o una notificación judicial.

Debe recordarse, en cuanto al sistema jurídico aplicable, que el territorio ocupado por el organismo internacional continuará bajo la soberanía del Estado huésped y, en consecuencia, se aplica la legislación interna en materia civil, penal, administrativa, comercial, etc.; pero la Organización puede establecer reglamentaciones para el ejercicio de sus funciones. De acuerdo con lo establecido en la Sección 8ª del Acuerdo de Sede entre los Estados Unidos y Naciones Unidas, la Asamblea General, por ejemplo, ha autorizado, curiosamente, el expendio de bebidas alcohólicas en la Sede, en días de elecciones en la ciudad de Nueva York, en que dicho expendio está prohibido.

Periódicamente se han presentado problemas de asilo en los locales de las organizaciones internacionales, pero se han solucionado con buena voluntad de todas las partes, pues el derecho internacional consuetudinario no parece reconocer tal privilegio a dichas organizaciones; los convenios no tratan esta situación. La Sección 9ª b) del Acuerdo de Sede entre Naciones Unidas y Estados Unidos asegura la libertad de acceso, pero, al mismo tiempo, obliga a las Naciones Unidas a impedir que sus terrenos se constituyan en refugio de personas buscadas para ser arrestadas por autoridades federales o locales de Estados Unidos, buscadas para ser extraditadas a otro Estado o personas que tratan de evitar una notificación legal.

Los privilegios fiscales, monetarios y aduaneros tienden a facilitar el trapaso de dinero, la exención de impuestos directos sobre bienes de la organización internacional, la exención de derechos de aduanas y de las restricciones a la importación y exportación de objetos destinados al uso oficial.

4. El artículo 105, inciso 2º, de la Carta de las Naciones Unidas establece: "2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización". La Carta reformada de la O.E.A. dispone en su artículo 140: "Los representantes de los Estados Miembros en los órganos de la Organización, el personal de las representaciones, el Secretario General y el Secretario General Adjunto, gozarán de los privilegios

e inmunidades correspondientes a sus cargos y necesarios para desempeñar con independencia sus funciones" y el artículo 141 agrega: "La situación jurídica de los Organismos Especializados y los privilegios e inmunidades que deben otorgarse a ellos y a su personal, así como a los funcionarios de la Secretaría General, serán determinados por un acuerdo multilateral. Lo anterior no impide que se celebren acuerdos bilaterales cuando se estime necesario". Otros organismos tienen normas similares.

Los privilegios e inmunidades de los funcionarios de los organismos internacionales varían de acuerdo con su categoría. Los Secretarios Generales y Subsecretarios Generales gozan de inmunidad diplomática, en las mismas condiciones que los representantes diplomáticos; así lo establece, por ejemplo, la Sección 19 del Convenio de Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas.

El resto del personal tiene inmunidades mucho más limitadas, sólo goza, en el caso de Naciones Unidas, de inmunidad de jurisdicción en cuanto a expresiones verbales o escritas y todo acto llevado a cabo en capacidad oficial (Sección 18, a). También el personal está exento del servicio militar.

El personal está también exento de impuestos sobre sus sueldos; si el Estado huésped pudiera imponer estas contribuciones, el resto de los miembros de la Organización estarían aportando, vía presupuesto de la Organización, a las finanzas de aquél. Esta norma de exención está incluida en los Convenios de Privilegios e Inmunidades de Naciones Unidas y de los Organismos Especializados, pero no en el Acuerdo de Sede con Estados Unidos; este instrumento no se refiere al asunto, pero la Asamblea General adoptó un sistema que manteniendo la igualdad de salario entre funcionarios de distinta nacionalidad, permite cobrar el impuesto a la renta a los funcionarios norteamericanos. Otros acuerdos de sede como el de la O.A.C.I. y la I.M.C.O., con Canadá y Gran Bretaña, respectivamente, niegan la exención impositiva a los nacionales de esos países.

5. Es muy frecuente que los organismos internacionales cumplan sus funciones fuera de su sede. En este caso, generalmente, se celebran acuerdos especiales con el país en cuestión que contempla, en forma similar a los convenios permanentes, los privilegios e inmunidades que se otorgan a la organización, a sus funcionarios y a los representantes de los Estados.

6. Los Estados, como en el caso de las relaciones diplomáticas, son representados por sus funcionarios en sus relaciones con los organismos internacionales. Esta representación puede ser permanente o temporaria, en carácter de miembro o de no miembro. En otras palabras, esta representación puede asumir la forma de misiones permanentes de Estados miembros o misiones permanentes de observación de Estados no miembros o delegaciones temporales de Estados miembros ante los órganos de la organización o ante una conferencia convocada por la organización o delegaciones temporales de observación de Estados no miembros ante los órganos de la organización o una conferencia convocada por la organización.

Antes de entrar al estudio de estos problemas, debemos recordar que, a diferencia de las relaciones diplomáticas, que presentan carácter bilateral, en el caso de las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales, aparece una tercera parte, el Estado huésped. Si bien es cierto que el Estado que envía no entra en relación directa con el Estado huésped, la misión permanente y sus miembros o la delegación ejercen funciones en y desde el territorio de éste último.

Muchas de estas relaciones jurídicas entre el Estado y las organizaciones se encuentran reguladas en las Convenciones sobre Privilegios e Inmunidades y en los acuerdos de sede, así como acuerdos especiales celebrados con motivo de conferencias o de una reunión de un órgano de la organización, fuera de su sede. La mayoría de estos acuerdos reglamentan privilegios e inmunidades de los representantes de los Estados, pero no contemplan otros aspectos importantes de estas relaciones, desarrolladas en la práctica.

Por ello, la C.D.I., además de preparar los proyectos bases de la Convenciones sobre Relaciones Diplomáticas y sobre Misiones Especiales, elaboró el proyecto de la Convención sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, aprobado en Viena, en 1975. Esta Convención es una más en el proceso de codificación que va llevando a cabo las Naciones Unidas.

La Convención de 1975 se aplica a las organizaciones de "carácter universal", no a las organizaciones de carácter regional. El artículo 1º, inciso 2º, entiende como tales "las Naciones Unidas, sus organismos especializados, el Organismo Internacional de Energía Atómica y cualquier organización similar cuya composición y atribuciones son de alcance mundial". Se trata, por supuesto, de organizaciones intergubernamentales.

Los otros organismos de carácter no universal, es decir, regionales, se regirán por los acuerdos que hayan o puedan celebrar en el futuro sobre este tema, pero nada impide, según el artículo 2º, inciso 2º, que se apliquen las normas de la Convención en virtud del derecho internacional, a las relaciones entre los Estados y estas organizaciones internacionales. Asimismo, según el inciso 4º de dicho artículo, nada impide que se concluyan acuerdos que tengan por objeto la aplicación parcial o total de la Convención a otras organizaciones que no sean las de carácter universal.

Por otra parte, conforme con el artículo 4º, las disposiciones de la Convención se entenderán sin perjuicio de otros acuerdos internacionales en vigor entre Estados y organizaciones internacionales de carácter universal y no excluirán la celebración de otros acuerdos en el futuro. Es decir, que subsisten las obligaciones actuales que surgen, por ejemplo, de los Convenios de Privilegios e Inmunidades y los Acuerdos de Sede y los que se celebren en el futuro; en consecuencia, la Convención tiene un carácter de regla residual, en caso de silencio o falta de normas ante una situación determinada en aquellos tratados.

También, según el artículo 3º, las disposiciones de la Convención se entienden sin perjuicio de las normas internas de la organización o del reglamento de una conferencia internacional.

Como se puede observar, las posibilidades de aplicación de la Convención de 1975 se encuentran bastante limitadas por la existencia de otros instrumentos que tienen prelación.

Nos ocuparemos primero de la misión permanente. El establecimiento de misiones permanentes ante organismos internacionales es un fenómeno relativamente reciente que se ha multiplicado, con el aumento del número de organizaciones internacionales. Sus funciones están definidas en el artículo 6º de la Convención, a saber: "a) asegurar la representación del Estado que envía ante la Organización; b) mantener el enlace entre el Estado que envía y la organización; c) celebrar negociaciones con la Organización y dentro del marco de ella; d) enterarse de las actividades realizadas en la Organización e informar sobre ello al gobierno del Estado que envía; e) asegurar la participación del Estado que envía en las actividades de la Organización; f) proteger los intereses del Estado que envía ante la Organización; g) fomentar la realización de los propósitos y principios de la Organización cooperando con ella y dentro de ella". Merece comentario el inciso c) respecto de la facultad de realizar negociaciones, pero no sólo con la organización, sino "dentro del marco de ella"; ésta es quizás una de las principales funciones, la

negociación multilateral, que la distingue de la negociación en las relaciones que, en principio, es de naturaleza bilateral, "con el gobierno del Estado receptor", como dice el artículo 3º, inciso c), de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas.

El establecimiento de las misiones permanentes no requiere el consentimiento ni de la organización, ni del Estado huésped, salvo que las reglas de la organización digan otra cosa. Esto se desprende del artículo 5º que agrega que deberá notificarse con antelación al Estado huésped el establecimiento de la misión.

Las misiones deben establecerse, en principio, en la localidad en que tenga la sede la organización (art. 18) y el Estado huésped, además de dar todas las facilidades necesarias para el desempeño de sus funciones (art. 20), ayudará al Estado que envía a obtener los locales necesarios para la misión y alojamiento para sus miembros (art. 21). El Estado huésped podrá, si las reglas de la organización lo autorizan, permitir que las misiones se establezcan en una localidad distinta de la sede de la organización (art. 18).

El Estado que envía puede nombrar "libremente" a los miembros de la misión, salvo limitaciones respecto al número y la nacionalidad que ya nos referiremos (art. 9º). El caso de una misión permanente difiere de una misión diplomática, en que no es necesario ningún "*placet*" para la acreditación, ni de la organización, ni del Estado huésped. Este fue un tema discutido en la C.D.I., y en Viena algunos Estados propusieron que se tuviera en consideración el consentimiento del Estado huésped, en ciertas circunstancias especiales, pero se aprobó la fórmula irrestricta.

El número de miembros fue también objeto de debate. Se dispuso que no excederá de límites razonables, habida cuenta de las funciones de la organización, las necesidades de la misión y "las circunstancias y condiciones del Estado huésped" (art. 14). El jefe de la misión y los miembros diplomáticos de la misma deberán tener, en principio, la nacionalidad del Estado que envía, salvo consentimiento del Estado huésped (art. 73). La fórmula utilizada en el artículo 14 difiere de la utilizada en el artículo 11 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, porque en ésta el Estado receptor puede "exigir" que el número de miembros de la misión se mantenga dentro de los límites de lo razonable.

El nombramiento del jefe de misión se acredita mediante credenciales, que se envían a la organización, expedidas por el jefe de Estado, jefe del Gobierno o el ministro de Relaciones Exteriores, si así lo permiten los reglamentos de la organización (art. 10). En la práctica, las credencia-

les son generalmente entregadas al Secretario General de la Organización. El representante permanente podrá actuar como delegado en los órganos en los que no es necesario acreditación especial (art. 11, inc. 2º). Algunos órganos, como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, exigen credenciales especiales, pero tales acreditaciones pueden incluirse en la credencial expedida al representante permanente (art. 11, inc. 1º). La Convención de 1975, como la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, establece que el Estado que envía puede acreditar un jefe de misión diplomática como jefe de misión de la misión permanente y reciprocamente (art. 8º).

La misión podrá estar integrada, además del jefe de misión por personal diplomático, personal administrativo y personal de servicio (art. 13). El Estado que envía, entre otras notificaciones, debe comunicar a la organización el nombramiento de los miembros de la misión, su cargo y su llegada y salida. La organización, a su vez, lo notificará al Estado huésped (art. 15).

Uno de los problemas más difíciles de resolver en la Convención de 1975 era la terminación de las funciones del jefe de la misión y del personal diplomático de la misión permanente. En el caso normal del llamado o retiro por el Estado que envía no hay dificultades, las funciones terminan por notificación del traslado a la organización. La cuestión es más difícil cuando es afectado el Estado huésped por violación del derecho interno o por actividades que comprometan su seguridad. En los Acuerdos de Sede, por ejemplo el de Estados Unidos y las Naciones Unidas, se estableció que en tales circunstancias se aplicaran los mismos sistemas en vigor para el personal diplomático acreditado ante el Estado receptor, es decir, pueden ser declarados personas *non grata* y están obligados a abandonar el país.

La Convención de 1975 tomó otro enfoque, indudablemente más favorable al personal diplomático del Estado que envía. Luego de recordar, en el artículo 77, la obligación de todos los que gozan de privilegios e inmunidades, de respetar las leyes locales y no injerirse en los asuntos internos, establece que el Estado que envía "retirá a la persona de que se trate" y "pondrá término a las funciones que ejerza" en casos "de infracción grave y manifiesta de la legislación penal del Estado huésped" y de "injerencia grave y manifiesta en los asuntos internos del Estado huésped", pero estas disposiciones no se aplicarán en caso de que se trate de un acto realizado por la persona "en el ejercicio de sus funciones". En otras palabras, la Convención crea el deber al Estado que envía

de retirar su personal, en los casos previstos en su artículo 77, pero no concede el Estado huésped el derecho de poder declarar persona *non grata* en estas circunstancias. Para facilitar la situación del Estado huésped, la Conferencia de Viena agregó un inciso, en el que se establece que "ninguna de las disposiciones del presente artículo se podrá interpretar en el sentido de que impide que el Estado huésped adopte las medidas necesarias para su propia protección". Esta fórmula, vaga sin duda, es una salvaguardia para los derechos del Estado huésped, cuyos intereses no pueden quedar totalmente descuidados. Las medidas deberán ser tomadas por el ministro de Relaciones Exteriores, previa consulta con el Estado que envía.

Los privilegios e inmunidades de la misión permanente y su personal, son similares a las reconocidas a las misiones diplomáticas y su personal en la Convención sobre Relaciones Diplomáticas. El Estado huésped debe ayudar al goce de los privilegios e inmunidades de la Convención y la organización ayudará al Estado huésped para que el Estado que envía cumpla con las obligaciones que surgen respecto a los privilegios e inmunidades.

Entre los privilegios encontramos: *a)* uso de bandera y escudo (art. 19); *b)* exención de impuestos y gravámenes personales y reales, salvo los indirectos, sobre bienes privados, etc. (art. 33); *c)* libertad de circulación, salvo zonas de acceso prohibidas (art. 26); *d)* libertad de comunicación (art. 27); *e)* exención de prestaciones personales (art. 34); *f)* exención fiscal de los locales (art. 24); *g)* exención de la legislación social (art. 32); *h)* franquicias aduaneras (art. 35).

Entre las inmunidades encontramos: *a)* inviolabilidad de los locales (art. 23); *b)* inviolabilidad de los archivos y documentos (art. 25); *c)* inviolabilidad personal (art. 28); *d)* inviolabilidad de la residencia y de los bienes (art. 29); *e)* inmunidad de jurisdicción (art. 30).

Estas normas *mutatis mutandis*, son las mismas, volvemos a decir, que las de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, por ello se aplican aquí también los comentarios que allí presentamos.¹⁵ Pero algunos artículos merecen observaciones especiales.

En primer lugar, en cuanto a la inviolabilidad de los locales de la misión. La Convención de 1975 la establece en el artículo 23 y agrega: "Los agentes del Estado huésped no podrán penetrar en ellos sin el consentimiento del jefe de la misión". La fórmula es similar de la utilizada en la Convención sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, pero difie-

¹⁵ *Vid. supra*, núm. 161.

re de la norma del artículo 25 de la Convención sobre Misiones Especiales, de 1969, que permite presumir el consentimiento en casos de incendio u otro siniestro que amenace gravemente la seguridad pública. Este ha sido un tema muy debatido, pero finalmente triunfó la fórmula menos práctica.

En cuanto a la inviolabilidad personal, el artículo 28 de la Convención de 1975, del mismo tenor, prácticamente, que el artículo 29 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, agrega a ese texto que el Estado huésped adoptará las medidas para procesar y castigar las personas que hayan cometido cualquier atentado, contra el personal diplomático de la misión. Esta norma responde a la práctica corriente.

Las misiones permanentes de observación de los Estados no miembros de una organización internacional han disminuido en número, en los últimos años, con motivo de la incorporación a dichas organizaciones de los llamados Estados divididos como las dos Alemanias, pero tuvieron su importancia política no hace mucho tiempo. Su presencia es útil, como por ejemplo las misiones de observación del Vaticano, pero, por supuesto, no hacen al funcionamiento de la organización. A pesar de ello, el régimen general de la Convención de 1975 es tratarlas casi en pie de igualdad con las misiones de los Estados miembros.

Las misiones de observación podrán establecerse, como en el caso de las otras, siempre que las reglas de la organización lo permitan (art. 5º, inc. 2º) y sus funciones son las siguientes: "a) asegurar la representación del Estado que envía y salvaguardar sus intereses, ante la organización y mantener el enlace con ella; b) enterarse de las actividades realizadas en la organización e informar sobre ello al gobierno del Estado que envía; c) fomentar la cooperación con la organización y celebrar negociaciones con ella".

Los artículos de la Convención sobre nombramiento, inicio y fin de la misión y privilegios e inmunidades (arts. 8º a 41), se aplican indistintamente a la misión de observación o a la misión permanente según el caso.

A las delegaciones en órganos y en conferencias, se aplican, también, prácticamente las mismas normas (art. 42 a 70) que a las misiones permanentes, salvo algunas modificaciones que surgen del carácter transitorio de aquellas. Nos referiremos a ellas.

La Convención no contiene disposiciones sobre la obligación de establecerse en la localidad donde se realiza la reunión del órgano o la

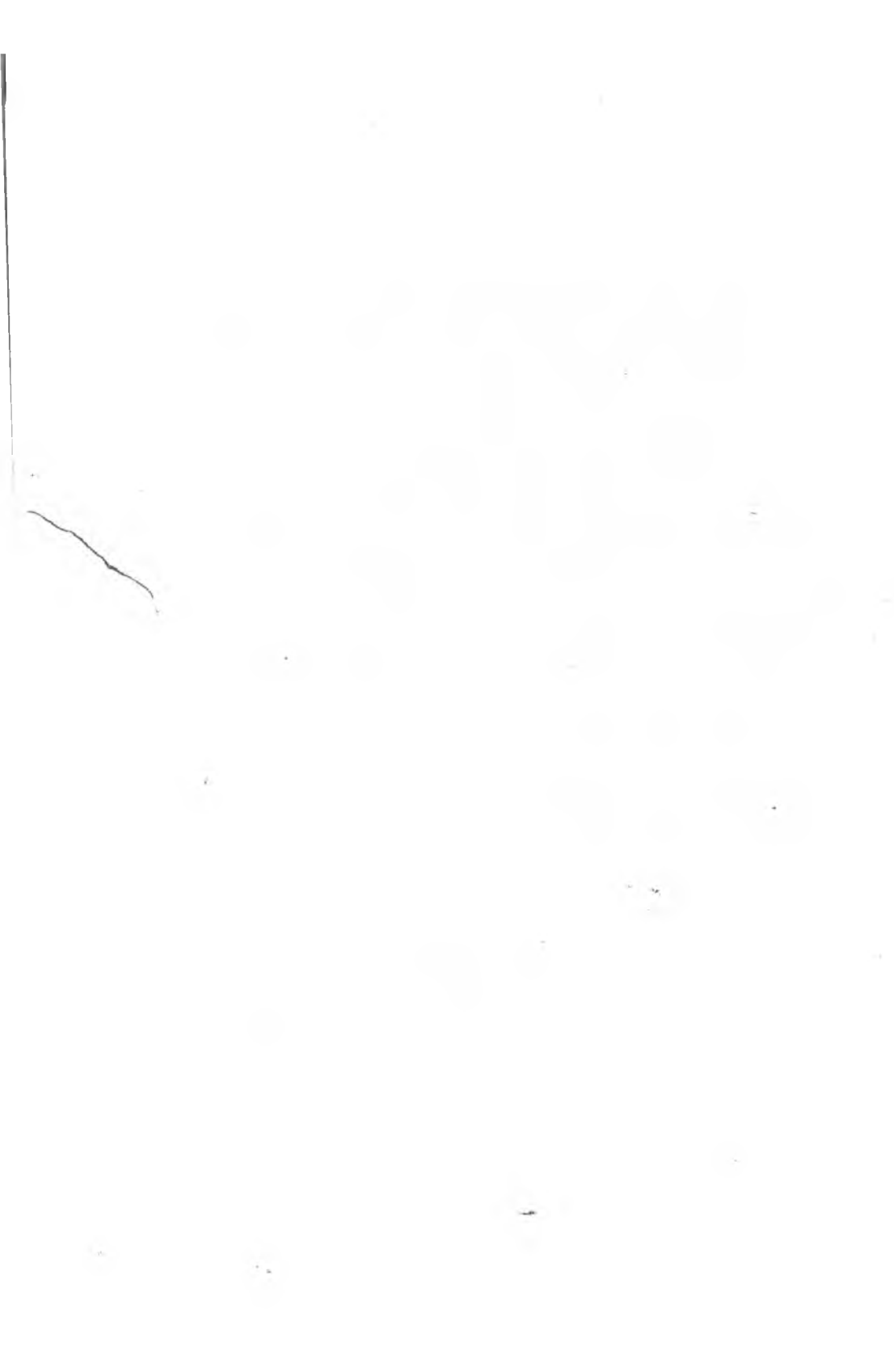
conferencia, sobre uso de bandera y escudo y sobre actividades profesionales o comerciales de los delegados. Esto va de suyo, pero no contiene, sorpresivamente, disposiciones sobre inviolabilidad de locales; creemos que la delegación, sobre todo en reuniones largas, debe tener algún local y necesariamente debe gozar de inmunidad por la naturaleza de la función de la delegación. De todas maneras, el derecho consuetudinario otorga inviolabilidad a los locales de la delegación.

Debe observarse también que la inmunidad que se otorga a las misiones permanentes en las jurisdicciones penal, civil y administrativa, se restringe, en el caso de las delegaciones, "a los actos realizados en el desempeño de sus funciones oficiales"; esta enmienda fue propuesta por Suiza y aceptada en la Conferencia, pero la razón de la distinción no es muy clara. Felizmente el artículo 50 otorga a los jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros de Relaciones Exteriores "o toda otra persona de rango elevado" que encabece o sea miembro de una delegación, los privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional a esas personas.

Las delegaciones de observación a órganos y conferencias se rigen por las mismas disposiciones que las delegaciones representativas (arts. 71 y 72).

Según el artículo 83, la aplicación de la Convención de 1975 se hará sin discriminación entre Estados; esta norma es particularmente importante para la actitud que debe adoptar el Estado huésped, frente a los Estados que envían.

Finalmente, es interesante recordar, desde el punto de vista de técnica jurídica que siendo ésta una Convención en que son Parte Estados, su artículo 90 establece el mecanismo por el cual será aplicable por las organizaciones internacionales. Dice: "Después de la entrada en vigor de la presente Convención, el órgano competente de una organización internacional de carácter universal podrá decidir aplicar las disposiciones pertinentes de la Convención. La Organización notificará al Estado huésped y al depositario de la Convención".



INDICE DE MATERIAS

Tomo I

Abreviaturas	IX
Prólogo a la primera edición	XI
Prólogo a la tercera edición	XV
Prólogo del actualizador	XIX

P A R T E P R E L I M I N A R

Capítulo I

BASES DEL DERECHO INTERNACIONAL

I. Concepto del derecho internacional	3
1. Contenido	3
2. El derecho internacional público, el derecho internacional privado, el derecho penal internacional y el derecho mercantil internacional	4
II. Evolución histórica	5
3. Las distintas épocas	5
4. Contribución de América	11
III. Fuentes	12
5. En general	12
6. Los tratados	14
7. La costumbre internacional	15
8. Los "principios generales del derecho"	17
9. La jurisprudencia	18
10. La doctrina	20
10a. Resoluciones de organismos internacionales	21
10b. Actos unilaterales internacionales	22
IV. Fundamento	24
11. Concepto	24
11a. Antecedentes	24
12. Teorías contemporáneas	24

V. Caracteres	27
13. Naturaleza	27
14. Extensión	29
15. El derecho internacional general y el derecho internacional particular	30
VI. Contextura	30
16. La doctrina	30
17. El método	34
18. Las instituciones científicas	35
19. La codificación	36
VII. Efectos	40
20. En general	40
21. El derecho internacional y el derecho interno	40

LA ESTRUCTURA INTERNACIONAL

Capítulo II

LA PERSONALIDAD JURIDICA

I. Nociones generales	53
22. Las personas del derecho internacional	53
23. Situación de las personas privadas	55
23a. Situación de la "comunidad beligerante"	57
24. Modos de formación, transformación y extinción del Estado	58
II. Formación del Estado	59
25. La "teoría de las nacionalidades"	59
26. La Nación y el Estado	58
27. El principio de autodeterminación	69
28. Reconocimiento de un nuevo Estado	61
III. La soberanía	66
29. Nociones generales	66
30. Derechos inherentes	68
31. El "dominio reservado" del Estado	68
IV. Tipos de Estado	75
32. El Estado independiente	75
33. El Estado dependiente	76
34. Status internacional de la Santa Sede	78
34a. Status internacional de la Soberana Orden de Malta	79
35. Status internacional de la "Comunidad Británica de Naciones"	80

V. Modalidades y restricciones de la soberanía	82
36. Condominio	82
37. Arrendamiento	82
38. Neutralización de un Estado	82
39. Neutralización de un territorio	84
40. Servidumbres	84
41. Jurisdicción sobre fuerzas armadas extranjeras	85
42. El régimen de las "capitulaciones"	86
43. Protección internacional de las minorías	87
44. Territorios bajo mandato y territorios fideicometidos	91
45. La intervención	97
46. La Doctrina de Monroe	105

Capítulo III

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA VIDA DE RELACION INTERNACIONAL

47. Nociones generales	119
48. El principio de igualdad jurídica	121
49. El principio de identidad	123
50. El principio de respeto mutuo	127
51. El principio de defensa propia	128
52. El principio de intercambio	129
53. El principio de jurisdicción exclusiva	130

Capítulo IV

EFFECTOS JURIDICOS DE LAS TRANSFORMACIONES EN EL TERRITORIO DEL ESTADO

(Sucesión de Estados)

54. Nociones generales	141
55. En los tratados	142
56. En la deuda pública y otras obligaciones contractuales	145
57. En los bienes del dominio público y privado del Estado	149
58. En la legislación	150
59. En la nacionalidad	150

60. En las acciones judiciales	151
60a. En la participación en organismos internacionales	151
60b. Sucesión entre otros sujetos de derecho internacional	152

Capítulo V

LOS GOBIERNOS DE FACTO

I. Nociones generales	153
61. Gobierno "de jure" y gobierno "de facto"	153
62. Especies de gobierno "de facto"	154
II. Efectos internacionales de la implantación de gobiernos "de facto"	155
63. Sobre la unidad del Estado en el espacio y su continuidad en el tiempo	155
64. Sobre la soberanía	155
65. Sobre las relaciones diplomáticas y los funcionarios consulares	156
III. Reconocimiento de gobiernos "de facto"	158
66. Nociones generales	158
67. Caracteres	159
68. Forma del reconocimiento	161
69. La política del no reconocimiento	162
70. El "reconocimiento de facto" y el "reconocimiento de jure"	165
71. Requisitos para la procedencia del reconocimiento	166
72. Efectos jurídicos del reconocimiento	169
IV. Efectos internacionales de los actos realizados por gobiernos "de facto"	171
73. En general	171
74. Actos de soberanía exterior	172
75. Actos de soberanía interior realizados por un gobierno no reconocido	173
76. Actos de soberanía interior realizados por un gobierno efímero; doctrina de la "connivencia dolosa"	175

LOS OBJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Capítulo VI

EL TERRITORIO

I. Modos de adquisición	183
77. La ocupación	183
78. La conquista	199
79. Otros medios	201
II. Los límites internacionales	205
80. Nociones generales	205
81. La regla del "uti possidetis"	206
82. La delimitación en las montañas y en los ríos	207
83. La demarcación en el terreno	208
III. El territorio de la República Argentina	208
84. Antecedentes históricos	208
85. Cuestiones de límites	209
86. La cuestión de las Islas Malvinas	222
86a. La cuestión de las Islas Malvinas en las Naciones Unidas	239

Capítulo VII

LOS ESPACIOS MARITIMOS, LOS FLUVIALES,
LOS AEREOS Y LOS ULTRATERRESTRES

I. El alta mar	251
87. Nociones generales	251
88. Condición jurídica	253
II. El mar territorial	258
89. Nociones generales	258
90. Evolución histórica	259
91. Extensión	261
92. Delimitación	276
93. Condición jurídica	280
III. Zona contigua	282
93a. Nociones generales	282
IV. Aguas interiores	283
93b. Nociones generales	283

V. La zona de pesca	284
93c. Nociones generales	284
VI. Zona económica	287
93d. Nociones generales	287
VII. La plataforma submarina	288
94. Nociones generales	288
VIII. Fondos marítimos y oceánicos	311
94a. Nociones generales	311
IX. Los ríos	314
95. Nociones generales	314
96. La soberanía	315
97. La navegación	317
98. La utilización de las aguas para fuerza motriz, irrigación, etc.	331
X. Otras aguas	351
99. Golfos y bahías	351
100. Estuarios	354
101. Mares cerrados o lagos cerrados	354
102. Mares interiores o lagos interiores	355
103. Estrechos y canales marítimos naturales	355
104. Canales artificiales	358
105. Puertos y radas	365
106. Conclusión	366
XI. El espacio aéreo	366
107. Nociones generales	366
XII. Espacio ultraterrestre	367
107a. Antecedentes	367
107b. Límite entre el espacio aéreo y el espacio ultraterrestre	369
107c. Principios básicos del régimen jurídico del espacio ultraterrestre	371
107d. Asistencia a astronautas y restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre	375
107e. Responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales	376
107f. Registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre	379

Capítulo VIII

LAS PERSONAS HUMANAS

I. La nacionalidad	381
108. Nociones generales	381

109. Evolución histórica	385
110. Adquisición de la nacionalidad de origen	389
111. Adquisición de la nacionalidad por medio de naturalización ..	390
112. Adquisición de la nacionalidad por la mujer como consecuen- cia del matrimonio	393
113. Pérdida de la nacionalidad	397
114. Readquisición	398
115. La doble o múltiple nacionalidad	399
116. La apatridia	402
117. La nacionalidad de las personas jurídicas colectivas	404
II. Los extranjeros	410
118. Nociones generales	410
119. Evolución histórica	413
120. Admisión	415
121. El régimen de los pasaportes	417
122. Derechos esenciales	419
123. Derechos contingentes	420
124. Deberes	422
125. Expulsión	424
III. La extradición	426
126. Nociones generales	426
127. Normas referentes al hecho delictuoso	428
128. Normas referentes a la persona reclamada	434
129. Otras normas de fondo	435
130. Procedimiento	435
IV. Protección internacional de los derechos humanos	436
130a. Antecedentes	436
130b. Disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas sobre los de- rechos humanos	439
130c. La declaración de los derechos humanos	443
130d. Los pactos internacionales de derechos humanos de las Nacio- nes Unidas	448
130e. Comunicaciones de individuos y organizaciones a Naciones Unidas alegando la violación de derechos humanos	464
130f. Otras convenciones sobre derechos humanos adoptadas bajo los auspicios de Naciones Unidas	466
130g. La protección de los derechos humanos en el sistema del Con- sejo de Europa	470
130h. La protección de los derechos humanos en el sistema interame- ricano	487

Capítulo IX

LAS ACTIVIDADES MARITIMAS O FLUVIALES

I. Los buques	501
131. Nociones generales	501
132. Personalidad jurídica	502
II. El derecho de navegación	507
133. Nociones generales	507
134. Medidas destinadas a asegurar y facilitar la navegación	507
135. Navegación en mar territorial de Estado extranjero	509
136. Acceso a puertos y radas	514
136a. Buques de propulsión nuclear	515
137. Navegación de cabotaje	515
III. La explotación de las aguas, del lecho y del subsuelo	516
138. En la alta mar	516
139. En las aguas territoriales e interiores	520
IV. Jurisdicción en los buques	528
140. Nociones generales	528
141. Jurisdicción en los buques públicos	529
142. Jurisdicción en los buques privados	531
143. Derecho de policía	541
144. Deserción de tripulantes	542
V. La piratería	544
145. Nociones generales	544
146. Elementos constitutivos	545
147. Captura y juzgamiento	549
VI. Derecho de persecución ininterrumpida ("hot pursuit")	551
147a. Nociones generales	551
VII. Tráfico de esclavos	553
147b. Nociones generales	553
VIII. Contaminación	554
147c. Contaminación por hidrocarburos	554
147d. Contaminación por desechos radioactivos	557
IX. Tendido de cables submarinos	558
X. Emisiones en alta mar	559

Capítulo X

LAS COMUNICACIONES AEREAS

I. La aeronavegación	561
148. Nociones generales	561
149. Condición jurídica de las aeronaves	562
150. La circulación aérea internacional	563
151. Responsabilidad aérea	569
151a. Jurisdicción sobre las aeronaves	572
II. Telecomunicaciones	578
152. Nociones generales	578
III. Las comunicaciones y la utilización del espacio ultraterrestre ...	581
152a. Antecedentes	581

LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Capítulo XI

LOS ORGANOS DEL ESTADO EN SUS RELACIONES EXTERIORES

I. Comentarios generales	587
153. Nociones generales	587
II. Los jefes de Estado	588
153a. Nociones generales	588
154. Funciones	588
155. Ceremonial	589
156. Inmunidades y privilegios	589
III. Ministro de Relaciones Exteriores	591
156a. Nociones generales	591
IV. Los agentes diplomáticos	592
157. Nociones generales	592
158. Especies	594
159. Designación e investidura	595
159a. Locales de la misión	598
160. Funciones	599
161. Inmunidades y privilegios personales	600
161a. Inmunidades y privilegios de la misión	607
161b. Obligaciones del Estado receptor	609

161c. Obligaciones del Estado acreditante	609
161d. Límite de privilegios e inmunidades	609
161e. Fin de la misión diplomática	611
V. Agentes diplomáticos ad hoc	612
161f. Nociones generales	612
VI. Los funcionarios consulares	614
162. Nociones generales	614
163. Establecimiento de las relaciones consulares	616
163a. Establecimiento de la oficina consular	617
163b. Clasificación	617
164. Designación e investidura	619
165. Funciones	619
166. Inmunidades y privilegios	623
166a. Agencias consulares	629
166b. Misión diplomáticas en funciones consulares	629
166c. Fin de las funciones consulares	629
VII. El manejo de las relaciones internacionales	630
167. Órgano competente	630
168. Las gestiones o negociaciones diplomáticas	630
169. Los congresos o conferencias internacionales	631
169a. Los organismos internacionales	634

Este libro se terminó de imprimir en el mes
de Agosto de 1956, en los talleres gráficos Carybe,
Udaondo 2646, Lanús, Prov. de Bs. As.,
República Argentina.