

DERECHO

Apuntes para un estudio sobre la legalidad,
organización jurídica y sociedad en
Chile hasta la Guerra del Pacífico MIGUEL DE ALTHAUS

El principio de cooperación entre los Estados
y el Fondo Monetario Internacional MIGUEL DE LA LAMA
EGGERSTEDT

Problemas jurídicos del sobreendeudamiento
de los países en desarrollo.
Relevancia actual de la doctrina de las
deudas odiosas GÜNTER FRANKENBERG y
ROLF KNIEPER

La cuestión de las Islas Malvinas ANA OCHOA REYES

El Perú frente a la Antártida: análisis
preliminar BEATRIZ RAMACCIOTTI DE CUBAS

Legitimidad de los estados de excepción
a la luz de los instrumentos de Derechos
Humanos DANIEL O'DONNELL

Instrumentos jurídicos para mejorar la protección
de los Derechos Humanos MARCIAL RUBIO CORREA

Inmunidad jurisdiccional de los organismos
internacionales MARIA DEL CARMEN TOVAR GIL



Suscripciones

El precio de la suscripción es de US\$ 6.50 más US\$ 1.00 por envío aéreo.
El precio de número suelto es de US\$ 8.00 más US\$ 1.00 por envío aéreo.
Todos los pedidos deben dirigirse a: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. Apartado 1761. Lima, Perú.

El contenido de los artículos publicados en la revista *Derecho*, es responsabilidad exclusiva de sus autores.

(c) Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial, 1984
Derechos Reservados

ISSN 0251-3412

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU

DERECHO

NUMERO 38
DICIEMBRE 1984

CONTENIDO

De los Editores	5
Apuntes para un estudio sobre la legalidad, organización jurídica y sociedad en Chile hasta la Guerra del Pacífico Miguel de Althaus	7
El principio de cooperación entre los Estados y el Fondo Monetario Internacional Miguel de la Lama Eggerstedt	20
Problemas jurídicos del sobreendeudamiento de los países en desarrollo. Relevancia actual de la doctrina de las deudas odiosas Günter Frankenberg y Rolf Knieper	39
La cuestión de las Islas Malvinas Ana Ochoa Reyes	79
El Perú frente a la Antártida: análisis preliminar Beatriz Ramacciotti de Cubas	119
Legitimidad de los estados de excepción a la luz de los ins- trumentos de derechos humanos Daniel O'Donnell	165
Instrumentos jurídicos para mejorar la protección de los De- rechos Humanos Marcial Rubio Correa	233
Inmunidad jurisdiccional de los organismos internacionales María del Carmen Tovar Gil	253

DE LOS EDITORES

Este número 38 de la revista *DERECHO* ha sido dedicado a un campo poco estudiado en nuestro medio: el *Derecho Internacional Público* y sus ramificaciones contemporáneas. La *Facultad de Derecho* de la *Pontificia Universidad Católica del Perú* ha iniciado la creación de un *Magister en Derecho Internacional*, con acento en los aspectos económicos y esta edición de *DERECHO* se inscribe en la perspectiva de dicho proyecto.

El Dr. Miguel de Althaus presenta un trabajo de análisis de los elementos comparativos del Estado y la sociedad Chilena y Peruana inmediatamente antes de la Guerra del Pacífico en el siglo pasado. El trabajo se preocupa de comparar el grado de desarrollo orgánico del Estado y su vinculación con la sociedad, utilizando elementos propios de la teoría política, la historia y el Derecho.

La historia reciente de América Latina tiene énfasis en los problemas del endeudamiento externo y del papel que en ello cumple el Fondo Monetario Internacional, a lo cual dedicamos dos trabajos: uno del profesor Miguel de la Lama E., vinculando al FMI con el principio de cooperación entre los Estados, y otro de los profesores Frankenberg y Knieper sobre los aspectos contractuales y la denominada deuda odiosa. Este último trabajo ha sido facilitado a la revista, y traducido del inglés, por el Dr. Fernando de Trazegnies G.

Los problemas concretos de *Derecho Internacional de América Latina* son enfocados por dos trabajos: uno, de la Dra. Ana Ochoa R., referido a los títulos de soberanía sobre las Islas Malvinas en relación al problema jurídico pendiente entre la Gran Bretaña y la República Argentina, que es el tema de su tesis de bachiller aprobada en nuestra Facultad; el otro sobre la vinculación del Perú y el continente antártico, escrito por la Dra. Beatriz Ramacciotti de Cubas.

Los derechos humanos han tenido un considerable desarrollo en el *Derecho Internacional* y son dos los trabajos que se refieren a este campo: el primero, el del Dr. Daniel O'Donnell que desarrolla aspectos casuísticos relacionados fundamentalmente con los estados de excepción, y que contiene importantes referencias a la jurisprudencia europea sobre el punto; el otro, del Dr. Marcial Rubio Correa, que presenta algunos problemas de la vinculación entre el *Derecho Internacional* y los derechos internos de los Estados en referencia al mejoramiento de la protección de ellos. Ambos trabajos son ponencias presentadas por sus autores a la segunda reunión regional sobre la protección constitucional de los derechos hu-

manos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos, realizada en San José de Costa Rica en agosto de 1983, teniendo como sede al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entidad a la que agradecemos la autorización para la publicación de estos trabajos.

Finalmente, el artículo de Maria del Carmen Tovar analiza el problema de la inmunidad jurisdiccional de los organismos internacionales, a partir de la naturaleza jurídica de su personalidad. Es un aporte proveniente de su tesis de Bachiller, aprobada en nuestra Facultad, y que desarrolla un tema poco trabajado en nuestro medio.

En la sección documentos se consigna un texto sobre responsabilidad de los Estados, que también arroja luces sobre la problemática económica contemporánea, y que ha sido desarrollado entre otros, en los contratos de refinanciación de deuda externa.

Este número 38, fue diseñado durante la gestión del Consejo Editorial conformado por los profesores Marcial Rubio Correa, Javier de Belaunde López de Romaña, Carlos Blancas Bustamante, y los alumnos Albert Alex Forsyth Solari, Ivan Humberto Jara Flórez y Luis Alfaro Cárcamo.

Este Consejo Editorial, cuya composición estudiantil cambiará para el próximo número, desea agradecer a todos los autores su importante colaboración en este número.

APUNTES PARA UN ESTUDIO SOBRE LA LEGALIDAD ORGANIZACION JURIDICA Y SOCIEDAD EN CHILE HASTA LA GUERRA DEL PACIFICO

Miguel de Althaus

El Dr. Althaus estudia la configuración del Estado y la sociedad chilenas en la época de la Guerra del Pacífico en base a la siguiente hipótesis: "En Chile existía un abismo social y sobre ese abismo se erguía un Estado moderno para la época y modernizante... El abismo social en Chile era de distintas características al abismo social peruano y va a ser factor influyente en el desencadenamiento de la guerra, y el Estado modernizante chileno aparentemente se parecía a algunos Estados modernizantes europeos, pero en la realidad se diferenció de éstos en que autolimitó su modernización, sobre todo después de la guerra, o quizás su modernización estaba en parte limitada por la situación de Chile frente a países capitalistas avanzados".

El trabajo realiza este estudio a partir del método histórico-jurídico, combinado con la aproximación sociológica. Hace un perfil del sistema político chileno de la época, de los rasgos más saltantes de su Estado y de la sociedad que lo conforma, para concluir en una apreciación sobre la importancia y los límites que tal situación tuvo en las contingencias de la Guerra del Pacífico.

Ocurre que frecuentemente solemos preguntarnos si el Perú y Bolivia pudieron haber ganado la guerra que Chile les declaró en 1879.

¿Si hubiesen llegado los blindados que el Perú trató de adquirir durante la contienda? ¿Si los hubiera mandado construir antes que la guerra empezara, proyecto que realmente existió y que de llevarse a cabo quizás hubiese evitado la contienda? ¿Si Bolivia hubiese tenido una marina para defender su litoral? ¿Si el Perú no hubiese tenido una obvia inferioridad de armamentos frente a Chile?

Los estudios sobre la sociedad y el Estado en el Perú de 1879 pueden resumirse en la siguiente expresión de Jorge Basadre sobre cuya vigencia actual debemos reflexionar:

"El Perú iba a ser el país atacado e invadido en la guerra y, por consiguiente, el que más severamente debía enfrentar su prueba. Para no poder resistir las tensiones a ella inherentes tenía dos fallas esenciales que, si continuaban existiendo, pueden llevarlo a nuevas catástrofes frente a las grandes pruebas del futuro: la existencia de un Estado empírico y la del abismo social".

En el mismo texto, más adelante, repite la idea con especial insistencia:

"El Estado era empírico y reposaba sobre un abismo social: he aquí en una frase, la explicación del desastre" (1).

Ciertamente, numerosos y grandes héroes, unos muy conocidos y otros anónimos que en muchos casos fueron a la muerte a sabiendas que las batallas estaban perdidas, expían de alguna manera, las faltas de quienes todo improvisaban desde el aparato del Estado o en la sociedad misma y tuvieron el mérito inextinguible de crear, en generaciones futuras, un optimismo acerca de la capacidad de acción del peruano en las circunstancias más difíciles, que nadie supo prever.

Si todo ésto es materia de constante estudio para mejor conocer la realidad de nuestro país; parece necesario que nos formulemos la misma interrogante acerca del Estado y de la sociedad del país invasor para entender qué factores constituían su fuerza, y cuáles su debilidad. Así entenderemos mejor por qué se produjo la guerra, y el acontecer internacional después de la guerra hasta nuestros días.

Ante la interrogante formulada acerca del Estado y de la sociedad en Chile responderemos con una hipótesis —que lo es porque requiere probanza más completa que la que puede dar este breve estudio, y esta hipótesis que consideramos de medular im-

(1) BASADRE, Jorge. — Historia de la República del Perú, tomo V, pp. 2313 y 2314, ed. de 1962, Lima.

portancia es que en Chile existía un abismo social y sobre ese abismo se erguía un Estado moderno para la época y modernizante. Desde ahora adelantamos dos precisiones: la primera, es que el abismo social en Chile era de distintas características al abismo social peruano y va a ser factor influyente en el desencadenamiento de la guerra, y la segunda es que el Estado modernizante chileno aparentemente se parecía a algunos Estados modernizantes europeos, pero en la realidad se diferenció de éstos en que autolimitó su modernización, sobre todo después de la guerra, o quizás su modernización estaba en parte limitada por la situación de Chile frente a países capitalistas avanzados.

La Historia del Derecho nos proporciona métodos de análisis para aproximarnos, mediante el estudio de la legislación fundamental, al tratamiento de la hipótesis propuesta. El estudio de la legislación fundamental y el estudio de su difusión y aplicación cuando ello es posible, asimismo, como el conocimiento de la voluntad del legislador que traduce una voluntad política, es decir de enrumbar el Estado en determinada dirección y no en otra, nos parece importante. Tanto más que se podrá ver cómo hay leyes que legislan más acerca de transacciones o actos jurídicos que se estimaban necesarios para modernizar la sociedad y cómo hay leyes que tratan de enfrentar el problema del abismo social en formas muy propias del siglo XIX, pero dentro de una de las opciones que se presentaban en aquella época. Existía desde luego otra opción en ese entonces: la opción frecuentemente liberal, de ignorar el abismo social y pretender que todo se resuelve declarando que todos son iguales ante la ley. Ciertamente esta declaración solemne no podría faltar en la Constitución chilena de 1833, pero otros artículos de la misma y otras leyes estaban dirigidas a lograr una organización jerárquica de la sociedad, reconociendo y perpetuando el abismo existente.

Nuestro estudio está dirigido a analizar en primer término el sistema político chileno en el siglo pasado. Esto es posible describiendo las características fundamentales de la evolución de la sociedad chilena de aquella época y analizando las instituciones de la Constitución de 1833 que tuvieron una influencia duradera en el funcionamiento del sistema político como rector de la sociedad chilena.

La seguridad jurídica es lo que en segundo término deseamos analizar mediante algunas disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que favorecen la modernización del país. Orden público en materia de gobierno y seguridad jurídica en materia de derecho civil y comercial aparecen para el observador extranjero, como los pilares de la legislación. Ello se desprende no solamente de los textos legales, sino de la abundante bibliografía chilena al respecto, la cual en muchos casos es excesivamente apologética de las bondades del sistema para la época. También veremos algunas pocas normas de Derecho Penal que provienen claramente de la necesidad de tomar precauciones de represión frente a los peligros del abismo social: ello está dicho con un vocabulario distinto en las respectivas exposiciones de motivos.

Este ensayo no es ni pretende ser un estudio de fuentes primarias, salvo la consulta directa a los textos legales originales que sí se hace. Recurrimos a distintos autores chilenos, y recurrimos también a un estudio de instituciones de Chile hecha por un ilustre peruano hace exactamente cien años, por don Francisco García Calderón en distintos capítulos de su obra "Memorias del Cautiverio", publicada varios años después de su muerte (2). Esa obra, no obstante, haber sido escrita en circunstancias muy adversas de la vida del autor, no cae en la tentación muy humana del apasionamiento.

La Constitución de 1833

La Constitución Chilena de 1833, vigente hasta 1925, llegó a ser objeto de pocas modificaciones en el siglo XIX, la mayor parte, después de la Guerra del Pacífico.

Esta Constitución significó una reacción circunstancial contra la anarquía que había existido desde la Independencia, anarquía vencida en la batalla de Lircay. Este horror a la anarquía se expresa en el proyecto político de Diego Portales, inspirador de esa Constitución. Influyeron también en su redacción, Andrés Bello, Mariano Egaña y Manuel José Gandarillas.

(2) GARCIA CALDERON, Francisco.— Memorias del Cautiverio. Librería Internacional del Perú, Lima, 1949. Ver en especial el Capítulo IV.

De la voluntad de los Legisladores que redactaron y aprobaron la Constitución de 1833 se ha dicho con toda precisión lo siguiente:

“...como la burguesía de Francia y los padres de la Constitución Americana, los criollos... eran seres humanos con intereses que proteger... Eran propietarios de la tierra y controlaban todas las instituciones productivas de Chile; tenían el poder de facto y lo querían de jure...” (3).

La Constitución de 1833 y las prácticas electorales a que su aplicación dió lugar, otorgaron al Presidente de la República un cúmulo de atribuciones y un poder de decisión pocas veces visto en América Latina. Mientras que en algunos países del Continente se creyó que disminuyendo las atribuciones del Presidente y aumentando las del Congreso se combatiría la tendencia al golpe de Estado y al caudillismo, los constituyentes chilenos de 1833 pensaron lo contrario. Un presidente de la República fuerte pero no “caudillo” era necesario para mantener el orden público y la vigencia de la Constitución. El Presidente podía ser reelegido para un período inmediato por una vez y cada período presidencial duraba cinco años. Así, entre 1831 y 1879, Chile tuvo los siguientes presidentes: Prieto (1831-1841), Bulnes (1841-1851), Montt (1851-1861), Pérez Mascayano (1861-1871), Errázuriz Zañartu (1871-1876) y Aníbal Pinto (1876-1881) a quien sucedería Domingo Santa María (1881-1886) bajo cuya presidencia se firmó el Tratado de Ancón.

Las atribuciones del Presidente de la República están bien descritas por el distinguido historiador chileno don Ricardo Donoso (4). Dice lo siguiente:

“La Constitución de 1833... dotó al Presidente de la República de tal cúmulo de funciones que lo convirtió, como se ha observado con razón, en un verdadero monarca con un título democrático... Podía otorgar em-

- (3) P.V. SHAW.— *The Early Constitutions of Chile* (New York, 1930), citado por BLAKEMORE, Harold: *Gobierno chileno y salitre inglés*: Balmaceda y North. Editorial Andrés Bello, Santiago, 1977.
- (4) DONOSO, Ricardo.— *Desarrollo político y social de Chile desde la Constitución de 1833*. Imprenta Universitaria, Santiago, 1942, p. 14.

"pleos a los miembros del Congreso, designar a todos los empleados de la administración pública, incluso los jueces, someter proyectos de ley, vetar las leyes sancionadas por el Congreso, declarar estados de sitio y era irresponsable durante el ejercicio de su cargo. Un Ejecutivo armado de tales atribuciones podía sofocar en cualquier momento las tentativas de alterar el orden público, pues la fuerza pública estaba a sus órdenes. La fuerza armada es esencialmente obediente y no puede deliberar, consignaba la Constitución más adelante, con el propósito de alejar hasta la más remota posibilidad de ingerencia del ejército en los negocios públicos. Al suprimirse las asambleas provinciales creadas por la Constitución de 1828, la Constitución de 1833 propendió a establecer la más rápida centralización administrativa y política. Dentro de ese marco legal se va a desenvolver la vida chilena a lo largo de varios decenios".

Tanto el Presidente, como los Senadores eran elegidos por sufragio indirecto. Para ser Senador se requería gozar de una renta anual de no menos de mil pesos. Para ejercer el derecho de sufragio se requería haber cumplido veintiún años de edad, saber leer y escribir, no ser sirviente doméstico, ni hallarse procesado como reo de delito que merezca pena aflictiva o infamante. El sistema electoral era censitario, sistema generalizado en la Europa de ese entonces, excluyendo del mismo a gran parte de la población (5).

Don Francisco García Calderón, años después nos da una idea de cómo se desarrollaban las elecciones:

"Se practicaron a fines de 1881 y principios de 1882, elecciones populares de senadores, diputados y municipalidades. Me encontraba entonces prisionero en Quillota, y tuve ocasión de ver que aún cuando había candidatos apoyados por el Gobierno y otros que sostenían la oposición, que según se me dijo, contaban con

- (5) El texto de la Constitución de 1833, con las leyes modificatorias de ésta, ha sido consultado en los "Estudios políticos y constitucionales de José Victorino LASTARRIA, edición de 1906, Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, y en "Constituciones de Chile, Francia, Estados Unidos..." de Julio BAÑADOS ESPINOSA, Roberto Miranda, editor, Santiago, 1829.

"la voluntad de la mayoría de los electores, la elección favoreció a los candidatos oficiales; y no hubo esa lucha o siquiera esa agitación que es natural, y que existe dondequiera que hay elecciones populares. La explicación de este hecho se me dió por algunos vecinos. La autoridad política, me dijeron, tiene como deber principal el triunfo del Gobierno en las elecciones. Si lo consigue, permanece en su puesto; y si es lo contrario, se le reemplaza inmediatamente" (6).

¿Cómo podemos explicarnos la vigencia de la Constitución de 1833 durante tantos años? ¿Cómo podemos explicarnos que no se hayan producido golpes de Estado o levantamientos militares como en otros países de América Latina?

Después de años de conmociones internas, los grandes agricultores terratenientes apoyaron la aplicación enérgica de la nueva Constitución de 1833, que de mantenerse en vigencia como efectivamente ocurrió, les garantizaba una paz interna, necesaria para su prosperidad (7). Lo mismo ocurría con los comerciantes de Valparaíso, chilenos y extranjeros. Valparaíso era puerto próspero ya que era el primer puerto que tocaban las naves en la costa del Pacífico, después de un largo viaje de Europa por la vía del Estrecho de Magallanes. Por épocas va a ser inclusive un puerto de depósito de mercaderías en tránsito al Callao.

A diferencia de lo que ocurrió en otros países latinoamericanos, los grandes terratenientes llegaron a percibir que tenían intereses comunes que los unían. Dedicábanse a la ganadería pero sobre todo a la producción de trigo. Esta producción, tradicionalmente destinada al consumo del Perú, encontró mercados en California y Europa en diversos momentos, entre 1840 y 1860. Esto colocó a los hacendados en estrecha relación con los comerciantes exportadores de trigo y puede decirse que los hacendados se modernizaron "hacia afuera" es decir cuidaron la eficiencia

(7) DONOSO, Ricardo, op. cit., p. 11. También en CAMPOS HARRIET. — *Historial Constitucional de Chile*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, páginas 208 y 209. El libro de CAMPOS HARRIET contiene una útil historia cronológica de los sucesivos gobiernos chilenos. Sin embargo, al tratar acerca de la Guerra del Pacífico, contiene adjetivos que no son propios de un libro de Derecho o de Historia.

de la comercialización de sus productos (8). Pero además hay un factor geográfico único en América Latina. La mayor parte de la población del país y la mayor parte de las propiedades productoras de trigo y de ganado se hallaban en el Valle Central de Chile, que se extiende de norte a sur y entre la cordillera y el mar. El Valle Central no tiene accidentes geográficos que sean obstáculos serios a los transportes, y pronto la ciudad de Santiago se convirtió en el centro de poder político del valle.

La existencia de una unidad geográfica interna y la circunstancia de una creciente prosperidad económica por la exportación de trigo fueron factores que crearon entre los grandes terratenientes una comunidad de intereses fácilmente percibida por ellos mismos (9). Por tanto la mayor parte de hacendados y de comerciantes apoyaron las ideas de Diego Portales, el inspirador de la Constitución, e igualmente la aplicación continuada de la Constitución que les permitirá participar en el poder como clase política o clase dirigente. Tanto es así que la Constitución restablece los mayorazgos, lo cual refuerza la permanencia de las grandes propiedades agrícolas.

Don Diego Portales fue ministro del Presidente Prieto en dos oportunidades: de 1830 a 1831 y de 1835 a 1837. Murió asesinado. Nunca pretendió la presidencia de la República, cosa extraña en un estadista latinoamericano. Siendo ministro, organizó al Estado dándole una estructura de mando autoritaria, pero impersonal. Tanto se ha escrito en Chile sobre Diego Portales que es difícil separar la leyenda de la realidad, tanto más ahora en que ha sido convertido en símbolo político de un gobierno que en la realidad no se identifica con su pensamiento.

Portales tuvo ideas en materia de política interna así como de política internacional, que expresados a través de sus actos, causaron indudable impresión entre sus contemporáneos, e hicieron

(8) BAUER, Arnold.— *Chilean Rural Society from the Spanish Conquest to 1930*, Cap. 3.

(9) BURR, Robert N.— *By Reason or by Force: Chile and the balancing of power in South America 1830-1905*. University of Los Angeles Press, pp. 14-16. También existió un importante desarrollo de la minería del cobre.

ver a hacendados y comerciantes que la garantía de sus intereses particulares pasaba por la realización de un interés nacional interno de orden, e internacional, de hegemonía naval, comercial y militar.

En carta que escribe a su socio Cea (1822), Portales se declara partidario "de un gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean modelos de virtud y patriotismo y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes" (10). Desea un gobierno poderoso, pero tuvo la rara habilidad de no ser contrario a la fiscalización de los actos del Poder Ejecutivo. Estas ideas aparecen claramente en la Constitución de 1833.

"Restaurar la autoridad del gobierno, del poder superior a los hombres y a los partidos, inmutable, invariable, eterno, fue su preocupación cardinal; inculcar el hábito de obedecer «por el peso de la noche», como con gráfica expresión decía el ideal de su acción política. Nada de esto se podía obtener sin asegurar el mantenimiento, sobre todo, del orden público «el resorte principal de la máquina». Ese sería la deidad a la que habrían de prestar incondicional acatamiento los organizadores de la República y los gobernantes de un tercio de siglo" (11).

Portales elabora las metas duraderas de la política exterior chilena: mantener un equilibrio de poder entre los países cercanos a Chile para evitar el surgimiento de un país limítrofe poderoso frente al cual Chile pueda llegar a estar en inferioridad de condiciones económicas, militares, políticas; y el fortalecimiento de la vocación marítima de Chile. La guerra contra la Confederación Perú-Boliviana sintetiza estas dos políticas. Portales inicia la guerra para destruir a la Confederación, con poco entusiasmo inicial de sus compatriotas. El asesinato de Portales, en plena contienda enfervoriza a quienes antes eran tibios frente a la guerra, y la victoria chilena, crea un sentimiento nacional perdurable que consciente o inconscientemente queda vinculado a las ideas portalianas y a su mejor expresión: la Constitución de 1833. Dicha guerra no habría sido posible sin una fuerza naval

(10) CAMPOS HARRIET, op. cit. pp. 215-216.

(11) DONOSO, Ricardo, op. cit., pp. 10-11.

importante. En sus instrucciones a Blanco Encalada al iniciarse las operaciones bélicas contra la Confederación Perú-Boliviana, en 1837, Portales le escribe lo siguiente: "las fuerzas navales deben operar antes que las militares, dando golpes decisivos. Debemos dominar para siempre el Pacífico: ésta debe ser su máxima ahora y ojalá fuera la de Chile para siempre" (12).

Se nota lo que se conoce del pensamiento de Portales, en quienes años después, dan los pasos decisivos que llevan a Chile a entrar en guerra con el Perú y con Bolivia.

Como una curiosa paradoja frente a lo que iba a ser el destino y voluntad de conquista de Chile en la Guerra del Pacífico, el artículo primero de la Constitución de 1833 señalaba los límites geográficos del territorio chileno. Decía así:

"El territorio de Chile se extiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos y desde la Cordillera de los Andes hasta el Mar Pacífico, comprendiendo el Archipiélago de Chiloé, todas las islas adyacentes y las de Juan Fernández" (13).

En el litigio con Bolivia sobre el litoral de este último país, antes y después de la guerra de 1879, se escribió mucho acerca del significado del vocablo "desde" antepuesto a la expresión "Desierto de Atacama", pretendiendo varios autores chilenos de Derecho Internacional que la palabra "desde" significaba la inclusión del desierto en su territorio, mientras Bolivia sostenía que tal pa-

(12) BARROS VAN BUREN, Mario.— Historia Diplomática de Chile, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970. En la pág. 114 se reproduce los párrafos principales de la carta de Portales a Blanco Encalada en los cuales están sintetizados tanto sus ideas sobre el predominio marítimo de Chile, como sus convicciones acerca de la necesidad que desaparezca la Confederación Perú-Boliviana. La obra de BARROS VAN BUREN debe ser consultada con precaución. Una buena parte del libro está dedicada a las relaciones de Chile con el Perú por la importancia que el Perú ha tenido para la política internacional chilena. Sin embargo, en la bibliografía peruana que usa están ausentes del todo las obras de don Jorge Basadre y de don Alberto Ulloa. Utiliza como obra de consulta reciente un respetable texto escolar peruano.

(13) LASTARRIA, José Victorino, op. cit., p. 229.

labra era excluyente del mismo (14). En todo caso el artículo primero de la Constitución era tan incómodo después de la guerra, que fue suprimido por ley de reforma constitucional de 10 de agosto de 1888, pues el departamento peruano de Tarapacá ahora conquistado por Chile nunca había estado en litigio con ese país y menos aún, Tacna y Arica que exceden de lejos los límites imprecisos del desierto de Atacama.

Para precisar nuestras conclusiones sobre la Constitución misma podemos decir que fue un instrumento eficaz en su época para que el Estado chileno entrase en un largo proceso político de estabilidad institucional y de legalidad que permitía la modernización del Estado mismo y de los sectores sociales más poderosos del país.

Ahora bien, es necesario recalcar que las condiciones políticas, económicas, sociales y geográficas que fueron indispensables para permitir la larga duración de la Constitución, no son suficientes para explicar este fenómeno inusual en América Latina. Si bien los constituyentes de 1833 hicieron una constitución autoritaria y centralista, incluyeron en ella —unos por convicción propia y otros por pragmatismo— diversas disposiciones que legitimaban la Constitución incluyendo en ella las normas sustantivas sobre derechos de las personas y forma de gobierno que eran consideradas indispensables por el Derecho Constitucional de esa época y lo siguen siendo por el Derecho actual.

- (14) EYZAGUIRRE, Jaime.— Chile y Bolivia, esquema de un proceso diplomático, tercera edición, Edit. Zig-Zag, Santiago, 1963. En la página 26 se encuentra la argumentación semántica algo forzada sobre el "desde" el desierto de Atacama. Sobre posiciones peruanas acerca de la mediterraneidad de Bolivia, es indispensable leer la opinión del gran internacionalista don Alberto ULLOA en su libro "Posición Internacional del Perú". Lima, 1941, en el Capítulo V, pp. 287 y 288 y el artículo de don Jorge Basadre titulado "El corredor boliviano por Arica, en su libro "Apertura". Lima, 1978, pp. 51-87. Los puntos de vista bolivianos acerca del litoral, del salitre y su régimen legal, de y de los problemas de Derecho Internacional correspondientes, pueden consultarse en "Las Relaciones Internacionales en la Historia de Bolivia", de Valentín ABECIA BALVIVIESO, La Paz, 1974; y en "Guano, salitre y sangre: Historia de la Guerra del Pacífico", de Roberto QUEREJAZU CALVO. Cochabamba, 1979. Sobre la situación económica de Bolivia a mediados del siglo XIX, ver "Bosquejo Estadístico de Bolivia", de José M. DALLANCE, La Paz, 1975 (reedición).

La Constitución declaraba el origen popular y representativo del gobierno en su artículo 2º (aunque en otros artículos introdujese limitaciones a esa representatividad popular), la igualdad de todos los habitantes ante la ley, la inviolabilidad de la propiedad privada, el derecho a publicar opiniones sin censura previa (art. 12), la inmunidad parlamentaria (art. 14), la potestad de legislar como propia de las Cámaras legislativas (art. 40), la independencia de la administración de justicia (art. 108). El capítulo X de la Constitución declara "las garantías de la seguridad y propiedad", y el artículo 157 expresa que "la fuerza pública es esencialmente obediente. Ningún cuerpo armado puede deliberar". Sin legitimidad, en el sentido que Max Weber da a esta expresión, no hay Constitución duradera. Todo sistema legal para durar y tener aplicación debe tener legitimidad.

Los Códigos en Chile

Para quien desea formarse una idea acerca de la legislación vigente en Chile cuando estalla la Guerra del Pacífico, es muy útil la consulta a una edición de los Códigos chilenos y leyes complementarias, hecha con un tiraje de cinco mil ejemplares, en Leipzig, Alemania, por don Carlos Morla Vicuña, funcionario de la representación diplomática chilena en París. La corrección de la edición está certificada por don Alberto Blest Gana, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de Chile en Francia. La certificación está hecha en imprenta y lleva como fecha el mes de setiembre de 1882. La autorización oficial para llevar a cabo dicha edición, emana de un Decreto, de 25 de abril de 1879 suscrito en Santiago por el Ministro Jorge Huneeus, es decir veinte días después de declarada la guerra al Perú por Chile y poco más de dos meses después de la ocupación chilena del litoral boliviano (15).

La coincidencia de fechas entre la guerra y una publicación oficial de Códigos de Chile en Europa puede ser fortuita, fruto de la casualidad. Pero también pudo ser de otra manera. La historia de las relaciones internacionales de Chile registra la labor

(15) "Códigos chilenos", Leipzig, F.A. Brockhaus, 1882. Contiene el Código Civil, el Código de Comercio, Código de Minería, Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales; Leyes complementarias.

multifacética de don Alberto Blest Gana secundado con don Carlos Morla Vicuña en la doble tarea de evitar compras de blindados y armamento por el Perú a partir de 1879, y de presentar a Chile ante los países europeos como un país que "representaba el respeto al derecho convencional y a las libertades modernas... la buena fe y la honradez en el cumplimiento de sus compromisos financieros, "que debía contrastar con el constante desorden que los países europeos solían ver en el resto de América Latina". Al decir de un historiador de la materia, la Legación de Chile en Francia llegó a contratar hasta trescientos agentes en diversos países de Europa para defender los intereses chilenos durante la Guerra del Pacífico (16). Si dentro de la frenética actividad diplomática llevada a cabo debido a la guerra, estuvo la edición de Códigos para que el acreedor o inversionista europeo se formara una idea acerca de la seguridad jurídica existente en Chile, no lo sabemos. En todo caso, la edición es muy útil para nuestro trabajo porque permite saber algo sobre las leyes que estaban vigentes en 1879.

Como ya señalamos anteriormente, nos interesa describir aquellas disposiciones de los Códigos que de manera inequívoca dieron seguridad jurídica a la propiedad privada y legislación penal destinada a mantener el orden público. Las grandes familias terratenientes del Valle Central de Chile, que en 1833 "tenían el poder de facto y lo querían de jure" según expresión antes citada de un autor norteamericano, supieron permitir el ingreso a la vida política de prominentes miembros de una clase media en formación. Esta clase media de pequeños propietarios y comerciantes, y de profesionales liberales se convierte en la clase media más importante por su poder y número, de toda la costa occidental de América del Sur y prosperó —entre otros factores— por la prosperidad de Valparaíso y por la ausencia de las contiendas civiles frecuentes en otros países latinoamericanos.

La creciente clase media necesitaba de la seguridad jurídica, y ésta a su vez, contribuía a su fortalecimiento.

(16) BARROS VAN BUREN, Mario.— Op. cit., pp. 374-380. Contiene extractos del Informe de la Legación de Chile en Francia, suscrito por A. Blest Gana, dirigido a su Ministro de Relaciones Exteriores.

Por otra parte, el crecimiento de aquella clase de desposeídos de tendencias transhumantes y con trabajo eventual en las haciendas hizo aún más necesaria la seguridad jurídica de la propiedad para el dueño, frente a dichos trabajadores eventuales y frente a los "inquilinos" del fundo, categoría social distinta.

El Código Civil de Chile entró en vigencia en 1857 y fue obra del gran jurista don Andrés Bello. La calidad jurídica del Código ha sido ampliamente reconocida, y la precisión y sencillez de su redacción llaman la atención.

Mediante este Código se introduce en Chile una institución muy avanzada para la época en América Latina: que es la inscripción obligatoria en un Registro, llamado el "Registro del Conservador" de la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles, así como los derechos de uso constituídos en bienes inmuebles, los derechos de habitación o de censo y el derecho de hipoteca (art. 686), salvo la tradición de las minas que se regirá por lo dispuesto en el Código de Minería. Asimismo, el artículo 688 del Código establece que la posesión legal de una herencia no habilita al heredero para disponer de manera alguna de un inmueble, mientras no proceda, entre otros requisitos, la inscripción en el Registro Conservatorio; y finalmente, el artículo 724 establece que "si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".

De acuerdo al artículo 371º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de setiembre de 1875, "Son Conservadores los ministros de fe encargados del registro conservatorio de bienes raíces o del registro de comercio o de uno y otro".

En el Título XXIII del Código que trata de la compraventa, el artículo 1801º establece que la venta de bienes raíces, servidumbres y censos, y la de una sucesión hereditaria no se reputa perfecta mientras no se haya otorgado escritura pública.

Por lo expresado anteriormente, el Registro es en Chile, constitutivo de la propiedad y de otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Es ésta la mayor seguridad jurídica que puede tener el dueño sobre su propiedad raíz.

Así se creaban las condiciones para la existencia de un mercado seguro de compra venta de inmuebles y un mercado de créditos, elementos necesarios para una rápida modernización capitalista.

La legislación penal chilena de ese entonces, nos interesa para fines de nuestro estudio en un punto importante: la persistencia en Chile de la "pena de azotes". El Código Penal, promulgado en el año 1874 confirmó lo dispuesto en la ley de 1850 que mandaba abolir dicha pena que se aplicó con mucha frecuencia hasta ese entonces. Sin embargo, dos años después de la promulgación del Código Penal, por ley de 3 de agosto de 1876, se restablece la pena de azotes. El castigo consistía en veinticinco azotes por cada seis meses de presidio sin que en ningún caso pudiera imponerse más de cien azotes en virtud de una misma sentencia... El artículo 3º de dicha ley tiene una redacción muy especial. Dice así:

"el culpable de robo o de tentativa de este crimen será castigado con pena de muerte, siempre que al mismo tiempo se hiciese reo de homicidio, violación u otra injuria grave contra las personas".

A estarse por esta redacción pareciera que el delito que más preocupaba al legislador era el robo.

El reglamento de la ley aquí citada establece que si el reo fuese mujer, o varón menor de dieciséis años o mayor de sesenta, se suspenderá la pena de azotes. También manda el reglamento que si el número de azotes impuesto al reo excediera de veinticinco, tendrá derecho de pedir que la pena se divida en fracciones que no bajen de ese número y que medie entre una y otra aplicación un término que no exceda de un mes. La pena será aplicada siempre en las cárceles "y no podrá ser presenciada sino por los presos o detenidos del sexo del castigado".

La razón de la vigencia de la pena del azote, tan degradante, y que en doctrina no se aceptaba en esa época, está en la "proliferación del bandolerismo", según la Exposición de Motivos de la Edición que contiene los Códigos y leyes aquí citados.

El "bandolerismo" a que se refiere la Edición de los Códigos de 1879, se refiere no sólo a ese problema social. El bandolerismo que sin duda existió era efecto del carácter transhumante del estrato más bajo y desposeído de la población chilena, estrato social que no conocía trabajo fijo o permanente.

El establecimiento de la pena de azotes parece reflejar un deseo de control sobre los temidos excesos de esa transhumancia, por el temor natural a que da lugar la aplicación de esa pena.

Apreciaciones de García Calderón

En el capítulo VIII de sus Memorias, don Francisco García Calderón hace un interesante análisis acerca de las clases sociales en Chile, que tiene que ver con el "bandolerismo" y la severidad de la legislación penal.

"La población de Chile —nos dice— por causa del bienestar material, se puede clasificar de este modo: ricos, de mediana fortuna y pobres".

"No son muchos los de la primera clase, porque la riqueza no está distribuida sino más bien concentrada en pocas manos; y por el contrario son muchos los de mediana fortuna, entre los cuales se cuentan no sólo los propietarios de fincas, profesores de artes liberales, industriales y artesanos, sino también administradores de fundos rústicos y otros que tienen determinado bienestar porque ganan lo suficiente para la satisfacción de sus necesidades, y a veces para hacer economías y ahorros".

"Al lado de estas dos clases se encuentra el pobre, que no tiene hogar, que no forma familia y vive de su trabajo manual cuando halla ocupación. Esta es la clase bastante numerosa a que se da el nombre de rotos".

Más adelante, García Calderón dice que como los salarios en el campo son bajos y las familias muy numerosas, los "rotos" emigran buscando subsistencia.

"Esta vida errante hace del roto un nómada y el cambio frecuente de residencia, la lucha contra la naturaleza y los esfuerzos que hace para ganar el pan diario lo acos-

"tumbran a la fatiga y le dan el gusto por las aventuras" (17).

Luego, el autor añade un tema de fundamental importancia:

"De esto resulta que hay en Chile una clase errante y que no tiene porvenir. Cuando sale del país por millares, como sucedió en 1868 y 1872 para construir en el Perú los ferrocarriles de Mollendo a Arequipa y Puno y del Callao a La Oroya nada se puede temer en cuanto al orden público. Mas cuando nada despierta en el exterior el espíritu aventurero del roto, en el interior hay serios peligros para las clases acomodadas. Los rotos, no teniendo trabajo en los campos, afluyen a las poblaciones y son una amenaza formidable para el vecino de ellas. Así sucedió en 1878. Los rotos, que se habían reunido en Santiago... eran numerosísimos; y la población aterrada con ellos, temía que de un momento a otro hubiera una conmoción social. Para conjurar el peligro se pensó en declarar la guerra a la República Argentina; y como la diplomacia hizo desaparecer todo pretexto para ella, se dirigió la vista a Bolivia y poco después al Perú".

Un personaje chileno manifestó a García Calderón que:

"la guerra tuvo por causa el hambre: teníamos una población no pequeña que pedía pan y no podíamos dárselo; y fue preciso llevarla a otra parte y buscar nuestra seguridad interior en la guerra externa" (18).

Se pregunta entonces García Calderón:

"¿qué se hace en Chile para curar esta gangrena social? a mi juicio, absolutamente nada. Las leyes y las costumbres alejan cada día más al roto del hombre civilizado: las leyes porque preservan el azote; y las costumbres, porque los que valen algo desprecian al roto y lo estigmatizan; y si alguna vez se lo elogia, como sucede ahora, que la prensa atribuye al valor del roto el mérito de las victorias alcanzadas en el Perú, ese encomio no sirve sino para avivar pasiones".

En el capítulo siguiente, el autor vuelve sobre el tema de la pena de azotes: dice que el Perú los abolió poco después de su independencia, pero Chile conserva esa pena que en la realidad sólo se aplica a los rotos, y nunca a personas de condición social distinta.

En diversos capítulos de sus Memorias, don Francisco García Calderón repite la idea que, "si no se modifica la situación interior de Chile, en un tiempo más o menos largo, la revolución será inevitable" (19), sobre todo por "la honda distancia que separa al roto del hombre civilizado". Las amenazas a la paz pública son de carácter más bien social que político, y como todos los dirigentes de los partidos están de acuerdo sobre ellos, buscan la paz interna a todo trance, evitando las conmociones políticas.

Si colocamos estas ideas de García Calderón, escritas en 1883, dentro del contexto de la historia posterior de Chile, notamos como las conmociones que sufrió dicho país en la década de los años veinte y de los años treinta de este siglo están muy vinculadas con la incorporación de las clases medias a la política primero, y de la clase obrera después (recuérdese el Frente Popular). La estructura de clases de la sociedad chilena ha variado sustancialmente desde la época de la Guerra del Pacífico, pero es interesante notar como los partidos políticos chilenos, en mayor grado que los de otros países latinoamericanos, han reclamado tener bases sólidas en determinadas clases sociales. La estrecha vinculación entre la estructuras sociales y la vida política, hecho que dentro del contexto de la época percibió claramente don Francisco García Calderón, sigue siendo una característica marcada de la sociedad chilena.

Conclusiones

Al estallar la Guerra del Pacífico, Chile es un país que ha gozado de una estabilidad política de excepción en Hispanoamérica, desde 1833. La Constitución de ese año legitima un gobierno republicano, democrático y respetuoso de las libertades ciudadanas. La lectura más atenta de la Constitución nos muestra una democracia limitada, una suerte de "república aristocrática" en la cual gobiernan y opinan terratenientes poderosos, grandes comerciantes, acompañados en oportunidades por personas provenientes de una

(19) GARCIA CALDERON, Francisco, op. cit., p. 144.

naciente y próspera clase media. Estos grupos se manifiestan a través del Parlamento y los Ministros, pero el régimen otorga al Presidente de la República un cúmulo de atribuciones pocas veces vista en América Latina. Así entonces se forma una "clase política" cuyos miembros van participando en distintos gobiernos. El Presidente, un "primus inter pares" puede llegar a gobernar hasta diez años seguidos mediante una reelección y tiene amplios poderes, pero éstos no dependen de su persona. No es un caudillo carismático. Esta institucionalización del poder, permite algo muy importante: una relativa continuidad en la toma de decisiones en el gobierno. Conscientemente o no, se va creando una política internacional y políticas frente a problemas internos. Estamos entonces ante un Estado que se modernizó con rapidez, y que a su vez es capaz de modernizar al país, en el sentido de hacerlo entrar en el mundo de las transacciones capitalistas y de la incipiente tecnología moderna.

Este Estado modernizado no puede ni pretende modernizar a todo el país. Se apoya sobre un "abismo social" que constituye un peligro latente. Las características de la evolución económica de Chile, cuyo tratamiento escapa a este estudio, y el incremento demográfico crean una clase desposeída y transhumante que no recibe ningún beneficio de la Constitución pues está excluida hasta del sufragio, pero sí recibe un especial castigo de las leyes penales. En un mundo donde la legislación social estaba por crearse, la ley penal era insuficiente para contener "el peligro de los rotos". Entonces don Francisco García Calderón nos dice que ve un peligro de "revolución social" en Chile, y que ésta se evitó mediante la guerra internacional. Así esa clase desposeída podía seguir emigrando al desierto salitrero arrebatado a Bolivia primero y al Perú después, y podía enrolarse en los numerosos ejércitos que Chile tuvo que movilizar para la guerra y la invasión.

Con la victoria en la Guerra del Pacífico, Chile acrecentó en un tercio su territorio. La conquista del norte permitió una mayor migración de mano de obra sin trabajo hacia las oficinas salitreras y además dió rentas al Fisco de una magnitud tal que durante los años posteriores a la guerra hubo dinero suficiente para realizar numerosas obras públicas que también daban trabajo a los desocupados y generaban una notable circulación de riqueza en otros sectores de la sociedad.

Sin embargo aquí llegamos a las limitaciones de la modernización del Estado y de parte de la sociedad en Chile. La seguridad jurídica que la vigencia de la Constitución y del Código Civil de Andrés Bello creó en Chile fue —aparte de lo que hubiesen pensado los legisladores en su momento—, una condición para el desarrollo de un capitalismo comercial que desplazara al auto-consumo o a las relaciones patriarcales. Pero el proceso de modernización, que supone la incorporación de tecnologías nuevas no se completa si no hay industrialización. Puede discutirse si un proceso de industrialización era posible en Chile en 1884. Pero no sólo no hubo tal, sino que las minas de salitre del norte recién conquistado pasaron rápidamente a propiedad de capitalistas ingleses y en poco tiempo estuvieron bajo el monopolio de un aventurero, el inglés John Thomas North (20).

Ya sea por la posición de Chile frente a las grandes potencias industriales de la época: Gran Bretaña, Alemania, Francia en materia de comercio y relaciones financieras; ya sea por ideología liberal en lo económico de los dirigentes políticos chilenos, el Estado no estaba preparado para recibir los frutos de sus conquistas bélicas. Aquí estaba el límite al cual había llegado la modernización del Estado chileno y de sus grupos dirigentes. La ideología de libre empresa absoluta permitió a John Thomas North adquirir un ferrocarril que transportaba salitre. Los mineros peruanos, chilenos, ingleses de las minas circundantes tuvieron que venderlas a North por las dificultades que éste puso para el transporte del salitre de terceros en ese único medio de locomoción que había. Así siguió monopolizando oficinas de salitre hasta su muerte, y en suma gran parte de las minas fueron inglesas, con grandes remesas de utilidades a Gran Bretaña, hasta que terminó la riqueza

- (20) BLAKEMORE, Harold, op. cit. Esta obra analiza los múltiples mecanismos de la transferencia de la propiedad de las salitreras a súbditos británicos mediante el estudio de las operaciones financieras y presiones de John Thomas North. Para estar a la altura de su fama de "rey del salitre", compró una gran mansión cerca de Londres cuya cúpula central se veía a millas de distancia "y en cuyo salón principal estaban colocadas dos enormes puertas de hierro decoradas tomadas de la catedral de Lima por las tropas chilenas en la Guerra del Pacífico" (Cita textual, pág. 52). Es significativo el hecho que una pieza no desdeñable del botín cuantioso del saqueo de los edificios públicos de Lima fuese a parar a la metrópoli del imperio más grande de esa época.

del salitre con el invento de fertilizantes sintéticos en las primeras décadas de este siglo.

En el caso de Tarapacá, las oficinas salitreras que fueran adquiridas por el Estado peruano por ley del año 1875 —aunque la adquisición fuese imperfecta— pasaron rápidamente a ser propiedad en su inmensa mayoría, de súbditos británicos después de la conquista de Tarapacá por Chile. Curiosa paradoja ésta, que ilustra bastante bien las limitaciones de la modernización en Chile, a la vez que las virtudes y carencias de la legalidad —Constitución y leyes de la época— que le sirvieron de base.

Lima, octubre de 1983

EL PRINCIPIO DE COOPERACION ENTRE LOS ESTADOS Y EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

Miguel de la Lama Eggerstedt

A diferencia del Derecho Internacional clásico que se limitaba a señalar como su objeto fundamental el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, el Derecho Internacional contemporáneo enfatiza que el logro de dicho objeto implica el crecimiento económico. Así el Principio de Igualdad Soberana de los Estados es limitado a su acepción de igualdad jurídica, mientras se reconoce la desigualdad económica y social existente, y se establecen normas en favor de la categoría especial de "países en desarrollo". Al Principio de Proscripción del uso de la fuerza o de la amenaza del uso de ésta, se añade el Principio de Cooperación que obliga a los Estados a colaborar entre sí para lograr el crecimiento económico, particularmente, de los países en desarrollo.

El autor propone el estudio de la vigencia del Principio de Cooperación en la esfera monetaria internacional. Para ello estudia tres aspectos del Fondo Monetario Internacional que han sido especialmente criticados por los países en desarrollo: La distribución del poder votante; la escasa ligazón entre la creación y distribución de Derechos Especiales de Giro y el desarrollo; y la condicionalidad en la utilización de los recursos del Fondo.

I. *El Principio de Cooperación*

La primera formulación convencional del Principio de Cooperación entre los Estados, se encuentra en los artículos 23 y 24 del Convenio Constitutivo de la Sociedad de las Naciones. Pese a que dicho organismo internacional se caracterizó por su intensa preocupación —al fin frustrada— por evitar las guerras, los artículos indicados se referían ya expresamente, a la cooperación económica y social entre los Estados.

Durante la segunda guerra mundial, al diseñar las potencias aliadas el nuevo organismo universal, pensaron que éste debería tener no sólo la función de prevenir las agresiones, sino también la función positiva de promover condiciones conducentes a lograr relaciones amistosas entre los Estados, a través de la cooperación económica y social (1). Esta tendencia logró concretarse en las Conferencias de Dumbarton Oaks y, posteriormente, en la Carta de San Francisco.

El artículo 55 de la referida Carta, establece que Naciones Unidas deberá promover niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social. El inciso b) del indicado artículo establece asimismo que la Organización promoverá la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos (2).

Para alcanzar estos objetivos, las Naciones Unidas opera a través de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social —ECOSOC— y la Secretaría General, así como, subsidiariamente, a través de los organismos y agencias especializadas. En 1961 la Asamblea General aprobó la Resolución 1710 (XVI) que estableció la primera Década de las Naciones Unidas para el Desarrollo. A partir de entonces la Asamblea General ha adoptado diversas Resoluciones sobre la materia, debiéndose destacar la Resolución 2625 (XXV) aprobada el 24 de Octubre de 1970, al conmemorarse el XXV aniversario de la entrada en vigencia de la Carta de San Francisco.

- (1) Ver al respecto la obra de Ruth B. Russell "A History of the United Nations Charter". Brookings Institution, Washington, 1958. Página 206.
- (2) El término "trabajo permanente para todos" fue objetado en la Conferencia de San Francisco por la delegación de los Estados Unidos de América, la cual propuso en su lugar la frase "altos y estables niveles de empleo". El término "pleno empleo se consideraba no realista y la delegación norteamericana temía que sentara las bases de una intervención de Naciones Unidas en materia de jurisdicción doméstica. Ver al respecto la obra de GOODRICH, HAMBRO y SIMONS "Charter of the United Nations" Columbia University Press. New York y Washington, 1969. Capítulo IX. Página 372.

La Resolución 2625 (XXV) ha proclamado la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la Carta, para promover el crecimiento económico en todo el mundo, y particularmente, en los países en desarrollo.

La evolución descrita en la formulación del Principio de Cooperación ha sido de particular trascendencia en el Derecho Internacional. El Derecho Internacional clásico tenía como objeto fundamental el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. De dicho objeto derivaba la proscripción del recurso a la fuerza y a la amenaza del uso de ésta. El Derecho Internacional contemporáneo enfatiza que el logro de este objeto implica el crecimiento económico. Por tanto, los Estados tienen hoy no sólo la obligación de no recurrir a la fuerza ni a la amenaza del uso de ésta en la solución de las controversias internacionales, sino además, la obligación de cooperar entre sí para lograr el crecimiento económico, particularmente, en los países en desarrollo.

No menos importante es la precisión que esta evolución implica en el Principio de la Igualdad Soberana de los Estados, principio fundamental del Derecho Internacional clásico. Este Principio es plenamente válido hoy en cuanto se refiere a la igualdad jurídica de los sujetos principales del Derecho Internacional, reconociéndose sin embargo su desigualdad en cuanto a desarrollo económico y social. Los Estados tienen hoy la obligación de cooperar en la lucha contra el subdesarrollo y en el logro de una auténtica soberanía externa económica y social de los países en desarrollo. El Derecho Internacional contemporáneo reconoce así la categoría particular de "países en desarrollo" y establece una serie de normas en su favor.

Casi cuatro décadas después de la entrada en vigor de la Carta de San Francisco, y luego de catorce años de aprobada la Resolución 2625 (XXV), la mayoría de los países en desarrollo se encuentran en una grave situación financiera y monetaria que parece postergar indefinidamente su desarrollo. Sólo los países de América Latina adeudan más de trescientos sesenta millones de dólares. Únicamente el pago de los intereses de dicha deuda implica la postergación a largo plazo del desarrollo de estos países.

El organismo encargado de promover la cooperación monetaria y financiera internacional es el Fondo Monetario Internacional. En la segunda mitad del presente siglo dicho organismo internacional ha desempeñado una importante labor en la aplicación del Principio de Cooperación entre los Estados en la esfera de su competencia. Incluso a partir de los agudos transtornos que aparecieron en la economía mundial a partir de 1973, el FMI tuvo que actuar en función de fines y objetivos que iban más allá de aquellos para los cuales había sido originalmente creado.

Sin embargo su labor ha merecido graves críticas por parte de los países en desarrollo. En el presente artículo nos referimos brevemente a tres críticas principales: La distribución del poder votante: la ausencia de ligazón entre la creación y distribución de Derechos Especiales de Giro y el proceso de desarrollo; y la condicionalidad en el uso de los recursos del Fondo.

II. *El Fondo Monetario Internacional*

Constituido en diciembre de 1945 por veintinueve Estados, cuenta hoy con más de ciento cuarenta Estados miembros. Entre sus fines cabe destacar el fomento de la estabilidad cambiaria; el coadyuvar al establecimiento de un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes que se realicen entre los Estados miembros, y a la eliminación de las restricciones cambiarias que entorpezcan la expansión del comercio mundial (3).

Para cumplir con sus fines, se dotó al Fondo Monetario Internacional de un capital inicial cercano a los siete mil millones de dólares americanos, constituido por cuotas aportadas por cada Estado miembro. Cada Estado debía abonar el veinticinco por ciento en oro y el resto en su respectiva moneda nacional.

Las cuotas de los Estados miembros han sido aumentadas sucesivamente (4). Hoy el total de cuotas sobrepasa los cincuenta-

(3) Artículo Primero del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

(4) **N. del A.** En 1959 las cuotas se aumentaron en un cincuenta por ciento. En 1965 en un veinticinco por ciento. En 1970 otro veinticinco por ciento. A raíz del aumento de los precios del petróleo determinado en

ocho mil millones de Derechos Especiales de Giro —DEG—. En febrero de 1983, el Comité Interino del FMI en el Octavo Examen General, recomendó un aumento de cuotas a noventa mil millones de DEG, frente a los ciento veinticinco mil millones reclamados por los países en desarrollo. Ello generó un profundo desaliento entre los representantes de estos Estados, los cuales aspiran a alcanzar el cuarentaicinco por ciento del capital del Fondo.

Cabe destacar que la cuota de cada Estado miembro determina su participación en las asignaciones de Derechos Especiales de Giro.

II. 1. *Distribución del poder votante en el FMI*

Los órganos del Fondo Monetario Internacional son la Junta de Gobernadores, el Comité Directivo, y el Director Gerente. Cada Estado miembro designa un Gobernador y un suplente como integrantes de la Junta de Gobernadores. Así la Junta de Gobernadores representa a todos los Estados miembros y se halla investida de todas las facultades y atribuciones del organismo. Adopta sus decisiones mediante el sistema del voto ponderado: Cada Gobernador cuenta con el número de votos que corresponde a su Estado.

A diferencia de la Junta de Gobernadores que debe reunirse por lo menos una vez al año, el Comité Directivo se mantiene en sesión permanente en Washington. Está integrado por veintitún Directores Ejecutivos nombrados de la siguiente manera: Quince son nombrados por quince grupos de Estados Miembros; es decir, cada grupo nombra un Director. Uno es nombrado por el Reino de Arabia Saudita, dada su condición de Estado Miembro acreedor (5), y los cinco Directores Ejecutivos restantes son nombrados por los cinco Estados de cuota más elevada: Los Estados

1973, el FMI acordó un aumento del 32.5 por ciento. Por último, en diciembre de 1978 se acordó un aumento general del cincuenta por ciento, y un aumento especial en las cuotas de once Estados miembros.

- (5) N. del A. El Reino de Arabia Saudita fue el principal acreedor durante el período 1976-78.

Unidos de América, el Reino Unido, la República Federal de Alemania, Francia y Japón.

El Comité Directivo designa al Director Gerente, el mismo que ejerce la presidencia del Comité. Tiene la facultad de decidir cualquier cuestión de interpretación de los artículos del Convenio Constitutivo, ya sea que el conflicto de interpretación surja entre dos o más Estados miembros, o entre uno de éstos y el Fondo. No obstante, las decisiones del Comité Directivo en esta materia están sujetas a la posibilidad de apelar ante la Junta de Gobernadores (6). El Comité Directivo tiene a su cargo la gestión de las operaciones generales del Fondo, aprueba las consultas con los Estados miembros, efectúa estudios sobre temas de importancia para los Estados integrantes, y tiene a su cargo cuestiones normativas y asuntos administrativos. De otro lado, debe presentar informes anuales a la Junta de Gobernadores.

Esta estructura organizativa ha sido considerada "desequilibrada" por los países en desarrollo, cuyos representantes han hecho hincapié en que el poder votante "está en función del poder económico y político" y en el hecho que "cinco miembros principales pueden dominar la evolución de la política monetaria internacional" (7).

II. 2. *Creación y distribución de Derechos Especiales de Giro y el Proceso de Desarrollo*

El sistema de Derechos Especiales de Giro fue creado mediante la Primera Enmienda al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, aprobada en 1968. Los antecedentes de este sistema se encuentran en las líneas de crédito utilizables automáticamente de la Unión Europea de Pagos, e incluso en las propuestas de Keynes en 1943.

(6) SORENSEN, Max ... **Manual de Derecho Internacional Público**. Fondo de Cultura Económica. México, 1978, Capítulo X. Página 576.

(7) Documento TD/B/AC.32/1.1. Informe de la Reunión de Expertos de Países en Desarrollo sobre la reforma del Sistema Monetario Internacional. Abu Dhabi, junio de 1980. Párrafo 16).

Los Derechos Especiales de Giro constituyen un activo de reserva primario. Originalmente su valor fue equivalente al del Dólar Americano. Con el fin de mantener su estabilidad, hoy los Derechos Especiales de Giro se valoran en función de una "cesta" de cinco monedas (Dólar Americano, Libra Esterlina, Marco Alemán, Franco Francés y Yen Japonés).

Los Derechos Especiales de Giro aspiran a convertirse en el principal activo de reserva del sistema monetario internacional. Su creación tiene lugar a partir de una propuesta del Director Gerente del Fondo, propuesta que éste formula cuando considera que existe consenso entre los Estados miembros de aumentar las reservas globales. Es decir, se trata de controlar intencionalmente la creación de reservas, sobre la base de un consenso internacional sobre las necesidades globales.

En Diciembre de 1978, el Director Gerente del Fondo propuso a la Junta de Gobernadores la asignación de doce mil millones de DEG, a razón de cuatro mil millones durante los años 1979, 1980 y 1981. La propuesta fue aprobada por la Junta.

Los DEG se distribuyen a cada Estado miembro en un porcentaje uniforme de sus cuotas. Los países en desarrollo vienen reclamando una mayor creación de DEG y una distribución adecuada de los mismos para convertirlos en un eficaz instrumento de ayuda al desarrollo. Los representantes de los Estados desarrollados se han opuesto a esta demanda, señalando que las medidas propuestas serían perjudiciales para el sistema monetario internacional, y poniendo el acento en sus efectos inflacionarios (8). Lo cierto es que parece aún lejana la ligazón de la creación de DEG y el desarrollo.

En la actualidad, los DEG representan sólo un tres por ciento de la liquidez internacional. Con el objeto que el régimen de reserva del sistema monetario internacional se base en los DEG.

- (8) **N. del A.** Los economistas españoles Manuel y Félix Varela consideran que sobre una creación anual de diez mil millones de DEG, correspondería a los países en desarrollo unos dos mil quinientos millones. Dicha cifra se multiplicaría por cuatro si la creación de liquidez se repartiese entre los países en desarrollo de acuerdo a sus exigencias.

los países en desarrollo han planteado "la introducción inmediata de reformas en las características de los DEG, y una asignación regular, adecuada e ininterrumpida de éstos" (9). Por asignación adecuada debemos entender una distribución vinculada al desarrollo, en general, y específicamente, orientada a satisfacer "las necesidades de los Estados miembros en lo referente a los pagos" (10).

II. 3. *La condicionalidad en el uso de los recursos del Fondo*

No obstante la importancia de los aspectos descritos, ninguno ha sido tan criticado como la condicionalidad en el uso de los recursos del Fondo. Suele señalarse que el Fondo impone condiciones rígidas e inflexibles, que suelen carecer de fundamentos económicos claros, y que muchas veces resultan contraproducentes. Es interesante observar que los programas de estabilización de muchos países en desarrollo, que han sido aprobados por el Fondo, se basan en una serie de medidas económicas muy similares. Más allá de las diferencias existentes en la estructura de las economías de distintos países, y de las diversas circunstancias coyunturales por las que atraviesan, el Fondo prescribe políticas muy parecidas, si no similares.

Los países en desarrollo vienen criticando que en la evaluación de las políticas macroeconómicas de los países miembros, el Fondo utiliza un marco uniforme y rígido, basado principalmente, en un análisis de los factores que influyen en la oferta y en la demanda de liquidez (11). Otra crítica importante reside en que el Fondo no se preocupa por determinar las causas de los problemas de Balanza de Pagos, ni en distinguir si éstas son de origen endógeno o exógeno, centrando únicamente su atención en determinar el carácter, transitorio o permanente, de los desequilibrios.

(9) Documento TD/B/AC.32/L.1. citado anteriormente. Párrafo 32.

(10) Loc. cit. Párrafo 34.

(11) N. del A. Para un análisis de las críticas al FMI conviene consultar el artículo de NOWZAD, Bahram "The IMF and its Critics" en Essays in International Finance N° 146. Princeton University. December 1981.

Sin embargo la crítica principal de los países en desarrollo y de sectores crecientes de los Estados desarrollados y de algunos Organismos Internacionales, reside en el hecho que el Fondo sacrifica conscientemente el desarrollo en aras de la estabilidad.

La condicionalidad impuesta por el FMI en la concesión de sus préstamos ha sido considerada "incompatible con las exigencias del desarrollo y los ajustes estructurales" por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Países No Alineados (12). Estos han destacado asimismo que "los programas de reajuste deberían ser coherentes con los arreglos políticos y sociales de cada país, así como con el tipo de proceso de reajuste que los países en desarrollo pueden adoptar con miras a estimular su propio proceso de desarrollo" (13).

Parecería que estas críticas a la condicionalidad en el uso de los recursos del Fondo han llegado incluso al Congreso de los Estados Unidos de América: La Ley Pública Nº 98-181 promulgada recientemente, aprueba el aumento de la cuota de dicha potencia al FMI, y establece en sus enunciados dos conceptos importantes: El primero consiste en que los recursos que se proveen al FMI "deben ser usados para apoyar políticas pro-crecimiento". El segundo, se refiere al hecho que "las políticas económicas prescritas por el FMI pueden estar siendo dañinas para el crecimiento económico (14).

Conclusión

Las críticas de los países en desarrollo al Fondo Monetario Internacional señaladas en el presente artículo, parecen tener consistencia suficiente para ameritar su análisis al interior del Fondo y en el seno de la comunidad internacional organizada.

(12) Documento NAC/CONF. 7/DOC..6/Rev. 3, presentado por el Grupo de Redacción ante la última Conferencia Cumbre de los Países No Alineados. Párrafo 42.

(13) Loc. cit. Párrafo 45.

(14) SALAZAR OLIVARES, Raúl... "El FMI y las perspectivas de Endeudamiento Externo". EN: Debate Nº 25. Lima, marzo de 1984. Página 26.

En varias ocasiones, las medidas económicas recomendadas por el Fondo en los Acuerdos suscritos con países en desarrollo, han reforzado las tendencias de recesión asociadas con rápidos aumentos de la inflación en estos países. La opinión generalizada en los países en desarrollo relativa a que las políticas económicas prescritas por el Fondo son incompatibles con las exigencias del desarrollo, plantea la necesidad que dicho Organismo Internacional reformule sus políticas globales.

Dicha reformulación debe comprender el estudio de la posibilidad de un nuevo incremento de las cuotas, que eleve la participación de los países en desarrollo en el capital del Fondo, y, por ende, su poder votante. Parece necesaria también una mayor y adecuada ligazón entre la creación y distribución de los Derechos Especiales de Giro y la ayuda al desarrollo.

Principalmente, el Fondo debe revisar la política de condicionalidad en la utilización de sus recursos, con el objeto de establecer políticas más flexibles, que atiendan a las características diferentes de las diversas economías nacionales, y a las particulares situaciones coyunturales por las que atraviesan; y en especial, que estén en función del desarrollo económico de los países a los cuales se aplican.

Sin embargo, la vigencia plena del Principio de Cooperación en la esfera del sistema monetario y financiero internacional, exige más que estas reformas en la estructura y en las políticas del Fondo. Debe pensarse en la creación de un sistema monetario internacional que esté diseñado íntegramente en función del desarrollo. Ello puede parecer utópico. Pero recordemos, con Manuel Medina Ortega, que "la misma Organización de Naciones Unidas es, precisamente, una utopía milenaria hecha realidad".

PROBLEMAS JURIDICOS DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS PAISES EN DESARROLLO RELEVANCIA ACTUAL DE LA DOCTRINA DE LAS DEUDAS ODIOSAS

Günter Frankenberg
Rolf Knieper (*)

Este artículo pretende discutir la parte del problema del endeudamiento que está compuesta, fundamentalmente, por créditos utilizados para inversiones de dudoso valor desde el punto de vista del desarrollo, trabajando en base a las llamadas "deudas odiosas" del Derecho Internacional, y su vinculación con la teoría y práctica del desarrollo económico.

El propósito del trabajo es contribuir a la solución del actual problema del endeudamiento y a su prevención para el futuro.

Sus presupuestos básicos son, en primer lugar, que solamente mediante la incorporación de criterios objetivos que puedan ser inferidos del debate internacional sobre el desarrollo, es posible evitar una situación aún más catastrófica; y, en segundo lugar, que el valor de desarrollo de los bienes exportados al Tercer Mundo, es un riesgo compartido por el proveedor y por el comprador conjuntamente.

- (*) Gunter Frankenberg es Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía de la Universidad de Frankfurt. En la actualidad es Profesor Visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Rolf Knieper es Doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Bremen. Actualmente reside en Bangui, donde es Asesor Legal de la Presidencia de la República de Africa Central. El artículo ha sido traducido por Fernando de Trazegnies G.

El traductor no se solidariza necesariamente con todas las opiniones vertidas en este artículo por sus autores; e incluso considera que existen abiertas discrepancias o matices profundos entre sus propias ideas jurídicas y los planteamientos del trabajo. Sin embargo, considera que este estudio es un hito importante en la historia del Derecho Internacional y que tiene un valor extraordinario como estimulante de una nueva re-

A través de este marco general, se ponen en discusión muchas instituciones del derecho comercial e internacional. Entre ellas: los principios *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, la responsabilidad de los Estados por las deudas asumidas por sus distintos gobiernos, y la posibilidad de atenuar o eliminar la responsabilidad de los Estados por las deudas odiosas existentes.

INTRODUCCION

El pasado más reciente ha presentado desarrollos en las relaciones internacionales en sus aspectos económicos, sociales, políticos y culturales, cuya gravedad y dinámica están haciendo tambalear los fundamentos tradicionales del Derecho Internacional en su sentido más amplio, es decir, el Derecho de las Naciones y el Derecho Internacional Privado. No se han creado todavía los conceptos jurídicos que puedan reclamar validez y adecuación suficiente como para proporcionar soluciones doctrinarias nítidas a la variedad de urgentes problemas prácticos que se derivan de la internacionalización de la producción por las empresas transnacionales, la división del mundo en dos super bloques ideológicos y varios bloques secundarios y la relación de los grandes Estados del "Norte" económicamente poderosos (y las empresas nacidas en ellos) con los Estados del "Sur" que, aún cuando son políticamente independientes, mantienen una dependencia económica.

flexión sobre estos temas, muchas veces anquilosados por el peso de la tradición y de las autoridades internacionalmente consagradas. El trabajo pone a disposición del lector una bagaje de ideas frescas y una información extraordinariamente útil que nos invitan a trabajar de una manera nueva y desde una perspectiva estrictamente jurídica en los problemas del endeudamiento internacional.

El análisis de la responsabilidad de los Gobiernos subsecuentes por las deudas contraídas por Gobiernos anteriores es particularmente importante en el Perú porque nuestra Constitución ha incorporado una norma por la que el Estado solo garantiza el pago de la deuda pública que contraen los Gobiernos constitucionales. Esta norma indudablemente extraordinaria no ha sido todavía suficientemente esclarecida desde el punto de vista jurídico; y este artículo puede cuando menos iniciar y centrar el debate doctrinario en torno a ella. Pero el artículo ofrece perspectivas bastante más amplias que merecen la consideración de los juristas y de los funcionarios vinculados a la Deuda Externa (N. del T.).

La urgencia de los problemas reclama aunque sea soluciones parciales, incluso cuando éstas no son absolutamente conformes con la pureza doctrinaria. Por ejemplo, se puede apreciar una tendencia hacia la internacionalización de las cuestiones de Derecho Civil, sobrepasando los límites del Derecho nacional. También, las decisiones de las Cortes de arbitraje que interpretan los convenios de concesión entre las empresas multinacionales y los países en vías de desarrollo, a menudo se refieren a los principios básicos del Derecho. Tanto el "Derecho Económico Internacional" y el "Derecho del Desarrollo Internacional" borran la estricta separación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado (Carreau, Jubillard, Flory 1980, p. 15; Lipstein, 1981, p. 63). Las agencias internacionales están intentando establecer el curso de una *realpolitik* bajo nuevas formas jurídicas. En términos generales se puede decir que vivimos en una época que tiene necesidad de soluciones concretas aunque sean parciales antes que de teorías generales, grandes principios y sistematizaciones.

Podemos encontrar un claro ejemplo de estas afirmaciones en el problema del endeudamiento en casi todos los países del Tercer Mundo no exportadores de petróleo y en el tratamiento jurídico de este endeudamiento. El volumen y la dinámica de los déficits externos que agobian al Tercer Mundo (Payer, 1974; Seiber, 1977; Feuer, 1982) han alcanzado proporciones alarmantes. En este sentido, la última década ha sido muy significativa. El volumen de las deudas en los países "menos desarrollados" (*less developed countries-LDC*) se incrementó de US\$ 74 billones en 1970 a un estimado de US\$ 524 billones en 1981. En el mismo periodo, el servicio de la deuda aumentó de US\$ 9 a US\$ 112 billones, excluyendo las obligaciones a corto término (OECD, 1979 y 1981; Büttner, 1982, especialmente, cap. 2). Las cifras sólo pueden mostrar de manera insuficiente el alcance catastrófico de lo que ya es un horrendo crecimiento de los déficits que agobian a los países individuales y a los grupos de países tales como los llamados "países del umbral" (IMF, 1982a, p. 132; 1982b, cap. 1), los "países de ingreso medio", y los "países menos desarrollados" (UNCTAD, 1979). Y las estadísticas son significativamente inadecuadas porque no incluyen los créditos a corto término. Estos créditos a corto término, que pueden jugar un importante papel particularmente durante las crisis de liquidez, han sido estimados

en US\$ 85 billones en 1979 y para 1981 la estimación alcanza a US\$ 140 billones (Calverley, 1982, p. 23). Dada la demanda de créditos y el rápido incremento de la proporción de la deuda externa de los Bancos producido en los años setenta, las instituciones bancarias han sido muy renuentes a otorgar créditos a plazo medio en los años ochenta. Sus reservas financieras de crédito disminuyeron cuando los principales países deudores, tales como Brasil, México, Argentina, Chile, las Filipinas, *etcétera*, hicieron saber que no estaban en aptitud de cumplir con sus obligaciones financieras. Con el objeto de tender un puente en vista de las presiones urgentes del servicio de la deuda y para tener la oportunidad de adoptar las medidas indispensables de conversión de deudas, los países deudores se vieron obligados a contratar una gran cantidad de préstamos a corto término a condiciones de mercado (Anderson, 1982, p. 19). La situación de los países en desarrollo se hizo aún más aguda por el hecho de que empeoraron los términos del intercambio y porque el creciente desempleo en los países industrializados desencadenó un marcado proteccionismo.

La forma como los créditos son *utilizados* es un aspecto central del problema del endeudamiento. Podría suponerse que la escalada de endeudamiento podría ser de alguna manera contenida, aunque difícilmente interrumpida, si solamente se financiaran las inversiones públicas de carácter reproductivo. Sin embargo, no existen cifras disponibles sobre la forma como los créditos son utilizados. Lo que se sabe, aunque no sea posible obtener una precisa cuantificación estadística, es que los préstamos se utilizan básicamente para importaciones de alimentos —que es el rubro que quizá pueda ser considerado más cercano a la inversión reproductiva— pero que más allá de ella hay un enorme gasto en aspectos absolutamente improductivos, tales como compras de armas, especialmente las denominadas “armas de prestigio o de *status*”, conjuntamente con la importación de productos de consumo de lujo y proyectos de gran escala de dudoso valor para el desarrollo (1). Por razones obvias, las *élites* gobernantes hacen todo lo

- (1) La significación cuantitativa de los créditos para importación de armas sólo puede ser, en el mejor de los casos, estimada indirectamente. Whynes (1979, p. 43) calcula que la proporción de la importación de armas sobre el total de las importaciones de los países en desarrollo en los últimos años debe pasar el 6%, tomando como base los costos de adquisición.

necesario para que estos gastos en armas y en artículos de lujo se encuentren disfrazados en las estadísticas. Los proyectos de construcción de obras públicas y las compras de plantas industriales pueden ser considerados dentro de los planes nacionales de desarrollo; sin embargo, ésto no garantiza de manera alguna que, en términos de utilidad para el desarrollo, se haya logrado apartar los estrechos intereses individuales en la elección de estos proyectos. Aún más; es preciso tomar en consideración que incluso los créditos utilizados para promover las industrias de exportación no contribuyen al desarrollo predicado por los apóstoles de la modernización debido a que los productos de estas industrias se enfrentan a drásticas restricciones de importación en los países metropolitanos desde la mitad de la década del setenta.

I.— *El endeudamiento como problema jurídico*

Desde el final de los años setenta, los efectos del endeudamiento han sido tan importantes que ya no pueden ser ignorados: la insolvencia de países tales como México, Brasil y Chile puede—incluso tomando en consideración cada uno de estos países separadamente— producir crisis de liquidez en los más grandes Bancos de los Estados Unidos, la República Federal de Alemania y el Reino Unido, con impredecibles consecuencias para la economía mundial. Es por ello que existen ahora iniciativas para desarrollar estructuras y procedimientos que canalicen, armonicen y neutralicen estos efectos. Los intentos iniciales se caracterizan por su naturaleza más o menos *ad-hoc*. Aunque más o menos improvisados e informales en su confección, estos intentos contienen sin embargo elementos claramente derivados de los principios del Derecho nacional que regula la situación de los deudores frente a un problema de insolvencia. Estos elementos de Derecho nacional fueron creados, generalmente, para prevenir las quiebras, restaurar financieramente a las empresas y evitar las liquidaciones (Schmidt, 1982; Knieper, 1977) abriendo de esta manera una amplia gama de oportunidades para que las grandes Compañías “a prueba de quiebra” pudieran manejar adecuadamente sus problemas finan-

Sin embargo, el monto debe doblarse si se consideran además los costos de mantenimiento, repuestos, uso de energía, etcétera (Cf. M. Brzoska, 1981, p. 17; P. Lock / H. Wulf, 1979).

cieros (North, 1974, p. 559; Jander & Sohn, 1981, p. 744; Farjal, 1971).

El Club de París es indudablemente una de las instituciones más importantes que tratan las crisis fiscales de los países del Tercer Mundo. Establecido en virtud de una recomendación del Fondo Monetario Internacional, se le convoca cada vez como una conferencia *ad-hoc* de los países acreedores en relación con un específico deudor. La continuidad institucional solamente es asegurada por el hecho de que Francia provee recursos logísticos y un secretariado. A pesar de que carece de cualquier tipo de estatutos o de principios escritos, las intenciones de negociación y de "llegar a un arreglo" son claras: lo que se pretende es realizar una re-determinación colectiva del plan para pagar las obligaciones y encontrar el medio por el cual un país deudor pueda gozar de una fase de consolidación y de moratoria. Los resultados de la conferencia son conservados en un acta (*protocole d'accord*) y completados en substancia a través de negociaciones bilaterales. Sin necesidad de que exista una norma específica al respecto, funciona siempre la estipulación por la que el país deudor automáticamente otorga a cada país acreedor los términos más favorables que pueda negociar bilateralmente, con la excepción de los intereses de mora.

Aún cuando dentro del marco de las negociaciones del Club de París no se establece programa alguno para devolver la solidez a las finanzas del país deudor, existe una estrecha relación entre las posibilidades de llegar a un arreglo en el Club de París y el establecimiento nacional de las condiciones draconianas que el Fondo Monetario Internacional exige para otorgar sus préstamos de *stand-by*. Una vez más sin necesidad de ninguna vinculación jurídica formal, los países acreedores asisten al Club de París solamente si el país deudor ha firmado un convenio con el Fondo Monetario Internacional dentro de un programa *stand-by*. Sin embargo, el Club de París carece de un elemento central en todos los acuerdos de moratoria y reestablecimiento financiero que se realizan dentro del marco del Derecho nacional; esta institución ausente es la condonación de parte de la deuda, que es el medio clásico por el cual un negocio con dificultades financieras es ayudado por sus acreedores para reestablecerse y pagar por lo menos parte de sus deudas. Por el contrario, los paí-

ses acreedores —cuyo poder político es usualmente mucho más fuerte que el de los países deudores— otorgan concesiones en el Club de París solamente a cambio de que sean onerosamente compensadas por pagos de intereses de mora.

Sin embargo, incluso este elemento de condonación de deudas no es totalmente extraño a las prácticas internacionales y a los convenios que lentamente están formando las bases de un cierto procedimiento para manejar las dificultades de pago de los países deudores; pero la condonación de las deudas es solamente aceptada por otro camino que, en el sentido estricto del término, no puede ser considerado como una fuente legal. En una resolución de 11 de Marzo de 1978, que fué una decisión unánime del Comité para el Comercio y Desarrollo de la UNCTAD se acordó: "adoptar medidas, tales como el reajuste de los términos de los anteriores acuerdos bilaterales de cooperación para el desarrollo..., como una forma de mejorar el flujo neto de la cooperación oficial para el desarrollo con el objeto de dar mayor alcance a los esfuerzos de desarrollo de esos países en vías de desarrollo a la luz de las conclusiones y los acuerdos convenidos sobre ayuda internacional" (2). En aplicación de estas recomendaciones, los Gobiernos de algunos países acreedores, incluyendo Gran Bretaña y la República Federal de Alemania, otorgaron a veintinueve países —seleccionados de acuerdo a las estadísticas de UNCTAD como aquellos más pobres— una total condonación de su deuda pública posterior a junio de 1978. Estas y otras medidas orientadas a aliviar la carga de la deuda beneficiaron al 13% del total del endeudamiento bilateral de todos los países en desarrollo (UNCTAD, 1981, p. 3).

Aunque estas medidas todavía no se aproximan a los niveles y al refinamiento de las normas jurídicas racionales vincula-

- (2) Resoluciones y Decisiones de las Naciones Unidas, Suplemento 1 (1978). Resolución 165 (S-IX) a 4-6; cf. a este respecto, UNCTAD 1981. Algunas de las medidas que se han adoptado para aliviar el peso de las deudas son: (a) Sustituir préstamos por donaciones; (b) Condonar los intereses; (c) Refinanciar el servicio de la deuda; (d) Otorgar plazos de gracia para el servicio de la deuda; (e) Otorgar subsidios que correspondan en parte al monto de la amortización y/o de los intereses; y (f) Aceptar que el servicio de la deuda se realice en moneda local.

das a los problemas de pago, puede decirse que son ya precursoras de un nuevo Derecho. Es posible apreciar la aparición de numerosos elementos, introducidos por diferentes instituciones (Fondo Monetario Internacional, Club de París, UNCTAD) con diferentes intenciones, pero todos ellos con pretensiones de validez; por lo que se puede hablar de nuevas formas legales embrionarias que no pueden ser totalmente definidas en los términos de las categorías tradicionales.

Sin embargo, los aspectos jurídicos de los problemas de endeudamiento y de insolvencia no se resuelven con refinamientos técnicos del Derecho y con una "juridización" de procedimientos; tampoco se resuelven con condonaciones más o menos generosas de la deuda, negociadas cada vez en función del estado de la economía mundial. Es mucho más importante que se efectúe un análisis en profundidad de las *causae* (causas jurídicas) de los contratos de endeudamiento, así como una discusión sobre si el principio formal de *pacta sunt servanda* es suficiente para respaldar cualquier cláusula contractual o si no es más cierto que los nuevos criterios de interpretación en Derecho Económico deben ser también incluidos en la interpretación de los contratos internacionales, aún cuando una de las partes es una Nación-Estado. Aceptar esta línea de análisis, implicaría abandonar los conceptos formales de autonomía y de soberanía que en realidad son muy difíciles de utilizar actualmente para describir las características de los grandes Estados tradicionales y que indudablemente no son adecuados para describir a los económicamente indefensos nuevos Estados del Tercer Mundo o el amenazante potencial de los grandes países deudores. Más aún; esto significaría también la necesidad de establecer categorías objetivas para la evaluación de los acuerdos en materia de endeudamiento internacional. Al mismo tiempo, se plantea la cuestión de saber si estas categorías pueden ser inferidas de los conflictivos intereses y declaraciones binacionales y multinacionales y si ellas pueden ser reducidas a principios jurídica y substantivamente relevantes de carácter normativo. Finalmente, este esfuerzo implicaría también no ignorar por más tiempo las actuales desigualdades de poder y facilitar el camino para la utilización de otros conceptos jurídicos complejos y "cláusulas-sábana", tales como la buena fe, la moral, *etcétera*. Paradójicamente, este tipo de conceptos jurídicos complejos son muy difíciles de utilizar en Derecho Contractual In-

ternacional, mientras que son indispensables e irrenunciables en el Derecho Económico Privado (Cf. O'connell, 1965, I, Cap. 2; II, Cap. 31; Wengler, 1964, p. 75).

El presente trabajo pretende discutir parte del problema del endeudamiento; fundamentalmente, aquellos créditos que han sido utilizados para inversiones de dudoso valor desde el punto de vista del desarrollo. El argumento que hemos desarrollado no se encuentra guiado por una simpatía protectora hacia los países del Tercer Mundo, por el contrario, es posible suponer que nuestro argumento tropezará con la desaprobación por parte de ciertos políticos del Tercer Mundo. Tampoco pretendemos levantar este argumento en una "tierra de nadie" jurídica. Lo apoyamos en principios perfectamente conocidos del Derecho Internacional y del Derecho nacional, que consideramos que pueden y deben ser desarrollados. Nuestro propósito es contribuir, aunque sea en forma limitada, a la solución del actual problema del endeudamiento y a su prevención para el futuro. Los presupuestos básicos de este intento teórico son, en primer lugar, que solamente mediante la incorporación de criterios objetivos que pueden ser inferidos del debate internacional sobre el desarrollo, es posible evitar una situación aún más catastrófica; y, en segundo lugar que el valor de desarrollo de los bienes exportados al Tercer Mundo es un riesgo compartido por el proveedor y por el comprador conjuntamente.

En una decisión extensamente comentada de la Corte de Arbitraje que debía pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la decisión del Gobierno de Libia de nacionalizar la Compañía Petrolera TEXACO de 19 de Enero de 1977 (3), el árbitro designado por esta empresa formuló la presentación más importante hasta ese momento de la tesis de que las concesiones, convenciones, tratados y acuerdos entre un Estado y una empresa privada deben ser sometidos a los principios del Derecho Privado. El argumento del árbitro indicaba que, independientemente de la forma o nombre otorgado a una concesión (de materia prima), el "comercio internacional" exige que las relaciones jurídicas derivadas de esta concesión no se encuentren en adelante "subor-

(3) J.D.I. 1977, p. 350; I.L.M. 1978, p. 319.

dinadas a juego automático de la soberanía del Estado contratante, sino a la voluntad común de las partes involucradas". Dentro de este orden de ideas, cada una de las partes debía ser tratada sobre "bases de igualdad", respetando la autonomía de la voluntad.

Esta decisión fue celebrada como un gran paso adelante que abría un nuevo camino a las relaciones internacionales al margen de los conceptos clásicos del Derecho Público y del Derecho Internacional (Lalive, 1977). Sin embargo, los admiradores de este "progreso" no repararon en que este nuevo enfoque privatista no estaba referido a las recientes tendencias del Derecho Privado del S. XX, con todas las modificaciones y las limitaciones a la autonomía de la voluntad que estas tendencias han efectuado, sino que más bien tomó como base las concepciones del S. XIX y simplemente substituyó el misterio de la soberanía por el misterio de la autonomía de la voluntad. No pretendemos efectuar aquí una crítica detallada de la decisión del Tribunal Arbitral. Quisiéramos únicamente destacar, en primer lugar, que las antiguas y firmemente establecidas fronteras doctrinales entre el Derecho Internacional (Público) y el Derecho Contractual (Privado) comienzan a borrarse. En segundo lugar, nos interesa señalar que este tipo de desarrollo teórico no puede llevarnos simplemente a un modo de pensamiento abstracto y formal sobre la base de la ficción de la autonomía de la voluntad, sino que debe admitir todas las limitaciones al concepto de autonomía que han sido tomadas en consideración en el campo privado y que han probado que eran indispensables para preservar en forma adecuada el intercambio de bienes.

Por otra parte, estamos convencidos de que las enormes dificultades de pago que sufren actualmente muchos de los países deudores están en parte basadas en el hecho de que muchos de los bienes y servicios que han sido vendidos a estos países provienen de los excedentes de producción de los países industrializados. Creemos también que estos excedentes, vendidos a menudo en términos desfavorables de intercambio, no han tenido el efecto de promover inversiones productivas o desarrollo económico. Por consiguiente, estas ventas financiadas por los créditos actualmente impagos no han creado los cimientos económicos sobre los cuales pueda construirse una actividad productiva que

generara los fondos para el repago a los proveedores y a los Bancos acreedores. Esto significa que quien quiera que intente evaluar los contratos de inversión, concesiones o préstamos hechos en favor de los Gobiernos de los países en vía de desarrollo sobre las bases del Derecho Privado, debe tomar en consideración las limitaciones actualmente aceptadas en todos los Derechos nacionales sobre la validez de los contratos. En particular, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos:

- (a) Cualquier desproporción gruesa del *quid pro quo*, especialmente si ésta procede del hecho de haber aprovechado la inexperiencia de una de las partes contratantes;
- (b) Las bases de la transacción;
- (c) El incumplimiento de las obligaciones de informar honestamente a la otra parte contratante, y otras limitaciones y modificaciones a la libertad contractual que forman ya parte de las normas generales del Derecho Privado y que constantemente son actualizadas en función de las circunstancias.

Sin embargo aún si se tiene en cuenta estas modificaciones, la simple transferencia de las relaciones económicas internacionales de una disciplina del Derecho (Derecho Internacional Público) a otra (Derecho Privado), sería todavía insuficiente. No nos parece que el Derecho Internacional pueda desaparecer en favor del Derecho Privado, sobre la base de "contractualizar" las relaciones entre los Estados y los sujetos de Derecho Privado. Existen problemas especiales que no pueden ser adecuadamente tratados dentro del marco del Derecho Privado; para dar simplemente un ejemplo, uno de esos aspectos que escapan a las soluciones del Derecho Privado es el que se refiere a las consecuencias jurídicas del cambio de Gobierno, tema que desarrollaremos a continuación.

Para estudiar estas características especiales en forma apropiada, debemos en primer lugar establecer con claridad los principios del Derecho Internacional de los Tratados y desarrollar los con respecto a los problemas específicos de la sucesión de los Estados, con referencia a sus aspectos interdisciplinarios.

II. PACTA SUNT SERVANDA: ¿EXPECTATIVAS RAZONABLES Y CARGA INJUSTA?

1. *La ejecución de los tratados y la responsabilidad colectiva en Derecho Internacional*

Un principio inconvencional de Derecho Internacional, aunque siempre sujeto a restricciones, parece afirmar de manera formal, exhaustiva y categórica que los *pacta sunt servanda*. Los Estados acreedores o los Bancos, quienes insisten en el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas por los países del Tercer Mundo, se refieren continuamente a este principio. Si uno combina la obligación incondicional de cumplir un contrato con el principio de Derecho Internacional sobre la responsabilidad colectiva, parecería que la situación de los países deudores de acuerdo al Derecho Internacional es desesperanzada: los sujetos responsables y obligados por los Tratados son, de acuerdo a la práctica y a la doctrina prevaleciente, los Estados; es decir, los ciudadanos como un todo, como un "ente social colectivo" y como "entidad jurídica soberana" (Cf. Oppenheim I, 1920, p. 242; O'Connell, 1965, p. 40, 265; Verdross & Simma, 1961, p. 55, 345). El Derecho de las Naciones no pregunta *quién* contrajo la obligación, en la medida de que su competencia para celebrar un Tratado (como Jefe de Estado, Ministro o autoridad especialmente facultada) se encuentre fuera de duda (Cf. Wengler, 1964, p. 85). Desde la perspectiva general del Derecho Internacional es también usualmente irrelevante *quién* (es decir, qué categoría de personas dentro del Estado) resulta favorecido por un cierto acuerdo contractual y para qué propósito un préstamo —por ejemplo— es utilizado. Las relaciones de poder dentro de un Estado, las condiciones de vida o la falta de un verdadero poder nacional, son dejadas de lado en nombre del irrefutable interés en que exista seguridad en las relaciones jurídicas internacionales y que los acreedores se encuentren protegidos: el pueblo organizado bajo la forma de Estado, debe en principio pagar por las acciones de sus políticos, sean éstos elegidos o simplemente soportados (Cf. Verdross & Simma, 1981, p. 55). La lealtad o la simple debilidad política doméstica tienen así su precio.

En la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, el principio de *pacta sunt servanda* fue reafirmado

y la Convención adoptó los principios generales del Derecho Internacional en materia de causales de terminación y suspensión de los Tratados. De acuerdo con estos principios, no es posible denunciar un Tratado ni apartarse del mismo salvo que ello se hubiera pactado expresamente en tal Tratado o en un convenio posterior (Art. 56). Es verdad que se reconoce la posibilidad de denunciar un convenio bilateral como consecuencia de un "incumplimiento material" por una de las partes (Art. 60, I). Pero esta regla —que difícilmente puede constituir un remedio legal con relación a los convenios de préstamo internacional— faculta a la parte afectada únicamente a *invocar* la violación del convenio como una causal para su terminación o suspensión dentro de las reglas de procedimiento de la Convención de Viena, sin afectar los derechos y obligaciones contenidas en el Convenio, las que deben ser cumplidas hasta que se declare la suspensión o terminación; en particular, el principio de la proporcionalidad de todas las consecuencias legales permanece vigente. Un país deudor podría rechazar el *quid pro quo* solamente respecto de los préstamos que no han sido efectivamente desembolsados por el acreedor (Cf. McMair, 1961, p. 561; Simma, 1970, p. 5).

2. *Cláusula rebus sic stantibus*

El complemento de *pacta sunt servanda* ha sido siempre, tanto en el debate teórico como en su significación práctica, el controvertido principio jurídico: *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*. No cabe duda de que la denuncia por un país deudor de un convenio de préstamo —aún cuando la posibilidad de denunciar el convenio hubiera sido establecida en la redacción misma de dicho convenio alteraría de manera muy grave las relaciones de endeudamiento entre los países del Norte y los países del Sur. Sin embargo, durante siglos se ha discutido la naturaleza de los requisitos que permitirían denunciar un convenio sobre la base de la cláusula *rebus sic stantibus*. La clásica *teoría subjetiva* pensó que esta cláusula era un término implícito del contrato; lo que significa que al celebrarse un contrato, ciertas condiciones están expresamente o tácitamente —pero obviamente— presupuestas (Cf. Grotius, 1625, II, 16; Vattel, 1785, Nº 235; Anzilotti, 1929, p. 351).

Las tendencias más recientes han objetivado este principio hasta llegar a la teoría de las "*expectativas razonables*". Dentro del marco de la interpretación complementaria de los contratos en el Derecho Civil, la cuestión que debe ser ahora planteada es la siguiente: qué expectativas vinculan a las partes de un acuerdo concluido de manera razonable y de buena fe, bajo ciertas condiciones dadas y con referencia al propósito y al objeto del contrato (Cf. Müller, 1971, p. 212). En este sentido, el "*Restatement (second) of the Foreign Relations Law of the United States*" señala en su acápite 153, párrafo I, que la condición decisiva para la aplicación de la *cláusula* es: "Un cambio sustancial... en el estado de los hechos... de tal importancia para el logro de los objetivos del acuerdo que las partes no hubieran asumido las obligaciones dentro de las nuevas circunstancias" (American Law Institute, 1965; Verdross & Simma, 1981). Si aplicamos este principio al problema del endeudamiento, es claro que la interpretación de la *cláusula* no permite a una de las partes alegar una modificación del convenio en base a su propia insolvencia. La solvencia del deudor no pertenece al género de condiciones tácitamente asumidas o "*expectativas razonables*". Por otra parte, si se admitiera la aplicación de la *cláusula rebus sic stantibus* solamente en el caso extremo de que estuviera en peligro la sobrevivencia de una de las partes amenazada por la posibilidad de una quiebra (Kaufmann, 1911), esto sería superfluo. Porque en tal caso, la invocación de la *force majeure* constituye su propia base para la suspensión o terminación.

La doctrina actualmente prevaleciente para la aplicación de la *cláusula* intenta sortear los imponderables de la *teoría subjetiva* y de la potencial profanación de los Tratados y contratos, recurriendo para ello a una "evaluación objetiva de las circunstancias" en vez de intentar apreciar la presunta voluntad de las partes contratantes. Ahora bien, dentro de estos términos, la cuestión decisiva tiene que ser la de saber si las circunstancias han cambiado tan sustancialmente después de la conclusión del contrato que, dentro del marco de la *bona fide*, no es posible ya esperar el cumplimiento de las obligaciones. Esta *teoría objetiva* se abrió paso también dentro de la Convención de Viena. Conforme a lo prescrito en su artículo 62, un cambio substancial e imprevisible por las partes de las circunstancias presentes al momento de las firmas de un convenio, solamente podía constituir la base pa-

ra plantear su denuncia o suspensión, si (a) estas circunstancias constituyeron una base *sustancial* para el *consentimiento* de las partes y (b) el cambio de tales circunstancias altera *radicalmente* el alcance de las obligaciones contractuales que todavía no han sido cumplidas (Comisión de Derecho Internacional, 1966, p. 420). La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y posteriormente la Convención de Viena rechazaron la posibilidad de utilizar el principio incorporado en el Art. 62 de dicha Convención a los convenios de corto plazo y a los cambios en las circunstancias *políticas* bajo las cuales el convenio había sido celebrado. La "cláusula circunstancias" de ninguna manera otorga el derecho a una denuncia unilateral del convenio sino simplemente permite alegar el cambio de circunstancias esenciales dentro de los procedimientos establecidos por el Art. 75 de la misma Convención. La concepción de "carga injusta" que encierra la *cláusula* hubiera permitido al país deudor la oportunidad de plantear un argumento en torno a las condiciones políticas y socio económicas en las que tiene que ser cumplido; sin embargo, esta posibilidad ha sido decididamente descartada. De otro lado, el *reconocimiento* en forma genérica del cambio de circunstancias de ninguna manera garantiza que estas serán *efectivamente tomadas en cuenta* en el caso concreto de un conflicto. Y el hecho de que la *cláusula* sea a menudo invocada en la práctica por los Estados no tiene ninguna significación en cuanto a su reconocimiento en Derecho Internacional (Dahm, III, 1958, p. 143; Harvard Law School, 1935, p. 1113). Además, una abrumadora mayoría considera que la cláusula es impracticable cuando un convenio ha sido cumplido por una de las partes, por ejemplo, cuando un crédito ha sido ya desembolsado por el país que lo otorga. La Corte Internacional de Justicia decidió en el conflicto pesquero entre Gran Bretaña, la República Federal de Alemania e Islandia que: "En el caso de un tratado que se encuentra en parte ejecutado y en parte pendiente de ejecución y en el que una de las partes ya se ha beneficiado con las estipulaciones ejecutadas de dicho tratado, sería particularmente inadmisibles permitir que esa parte ponga fin a sus obligaciones derivadas de tal tratado por el camino del *quid pro quo* para las estipulaciones que la otra parte ya ejecutó" (4).

(4) ICJ Reports 1973, p. 18, 62.

3. Imposibilidad de cumplimiento e insolvencia

Además del cambio de circunstancias, también la capacidad de la parte contratante obligada debe ser evaluada dentro del contexto de la discusión sobre las bases admisibles en Derecho Internacional para suspender o dar por terminadas ciertas obligaciones contractuales. En la mayor parte de los acuerdos internacionales se incluyen cláusulas de escape para el caso de que el cumplimiento sea en la práctica imposible en forma temporal o indefinida. En los tratos sobre intercambio de capitales y de bienes dentro de la relación Norte-Sur, los bancos acreedores y los proveedores se protegen a sí mismos lo mejor que pueden con la ayuda de garantías públicas contra los riesgos de no cumplimiento, cumplimiento parcial o cumplimiento en mora de los países deudores. La doctrina de Derecho Internacional sobre la *imposibilidad* de cumplimiento permanece en el plano teórico respecto de los problemas de sobreendeudamiento.

En relación con lo sigue es significativo, en todo caso, que el principio *pacta sunt servanda* no se encuentra inmune frente a la invocación de la *force majeure* ni excluye la debida evaluación de los intereses en juego y de la situación concreta de las partes. La doctrina diferencia entre el caso de *imposibilidad subsiguiente efectiva* e *imposibilidad moral*. Las dificultades de pago no son un caso de imposibilidad absoluta sino, más a menudo, una situación de imposibilidad temporal de cumplir con el *quid pro quo* prometido contractualmente; así, a lo sumo, conducen a una suspensión del contrato (Cf. Wengler, 1964, p. 387). Pero de ello no se sigue que deba llegarse a la misma conclusión en el caso del sobreendeudamiento estructural de un país. La situación actual de algunos de los grandes países deudores del Tercer Mundo corresponde a aquello que los tratadistas de Derecho Internacional consideran como —o similar a— una emergencia, en la cual el principio del cumplimiento contractual puede dejar paso a una *cuidadosa apreciación de los intereses en juego*. Como resultado de esta apreciación, un Estado puede ser exonerado de un pago contractual o de ciertas obligaciones de suministro a fin de satisfacer vitales intereses nacionales (Cf. Glaser, 1957, p. 82; Cheng, 1953, p. 29). En el caso de imposibilidad moral o de carga indebida, se trata más bien de "situaciones en las cuales la obligación no es simplemente imposible sino que co-

loca en peligro la existencia del Estado o hace imposible el cumplimiento de las funciones esenciales de Gobierno. En tal caso, el no cumplimiento de un contrato se justifica en tanto que dure el peligro real" (Verdross & Simma, 1961, p. 475, 627; Cf. Corte de Arbitraje de La Haya, 1912).

Recapitulemos brevemente las bases para la suspensión y la terminación de tratados de acuerdo a los principios generales del Derecho Internacional. Estos principios están vinculados a requisitos extremos y no se adaptan a la situación de endeudamiento. Sin embargo, ya ellos cuestionan la santidad de los tratados admitiendo excepciones y modificaciones a la obligación categórica de cumplir con lo pactado contractualmente. Más aún; esos principios clásicos abren ya una brecha a la idea formal y abstracta de soberanía de los Estados y a la apreciación de los derechos y obligaciones en sí mismos, independientemente de la consideración de los intereses concretos. Es así como las categorías y los métodos del Derecho Internacional tradicional orientados a neutralizar estructuras de poder resultan en cierta forma transformados —y hasta podría decirse "sociologizados"— en contacto con los problemas del mundo moderno. Este desarrollo del Derecho Internacional corresponde también a los cambios que se han realizado en el Derecho Nacional en el curso de las últimas décadas. Las relaciones jurídicas y las consecuencias que de ellas se derivan ya no están basadas como en tiempos anteriores exclusivamente sobre la ficción de la libre voluntad de sujetos autónomos y aislados; en la interpretación de los contratos y en la solución de las controversias respecto de éstos, se incluyen consideraciones sobre la situación de las partes y los intereses involucrados (Cf. Wieacker, 1967). Por consiguiente, la propiedad privada ya no es una esfera de poderes individuales e ilimitados, sino que incluye ciertas obligaciones sociales. De la misma manera los derechos contractuales ya no confieren un título ilimitado al acreedor, dado que pueden enfrentarse a la objeción del abuso del derecho. En especial, las normas afines a la moral (*bona fides*; *boni mores*), tanto en Derecho Nacional como en Derecho Internacional han probado ser las puertas de acceso para consideraciones de tipo político y social.

III. DEUDA ODIOSA Y BONA FIDES

Toda excepción al razonamiento jurídico formal abstracto afecta de alguna manera la calculabilidad y la seguridad de la relación jurídica. Toda aplicación de principios y de normas legales afines a la moral se encuentra confrontada con el problema de que existen principios contradictorios de moralidad y consiguientemente interpretaciones contradictorias sobre lo que es abuso del derecho; y esta incertidumbre sobre el principio moral aplicable es aún más aguda en el Derecho Internacional (5). Adicionalmente, existe la complicación de que no toda norma escrita —o no escrita— de Derecho Internacional tiene un campo claro de aplicación y un propósito definido que circunscriban su contenido y que hagan evidentes los casos de utilización inadecuada.

Sin embargo, constituye una opinión común que el Derecho Internacional contiene "un *mínimum* de moral social, sin el cual no podría existir" (Verdross, 1953, p. 29). Estas categorías morales del Derecho Internacional encuentran una expresión, entre otras, en la doctrina clásica de la llamada deuda odiosa.

1. *Deudas nacionales y deudas odiosas*

El principio de *pacta sunt servanda* nunca ha sido aplicado a las obligaciones contractuales consideradas como "odiosas" (*dette odieuse*). Una y otra vez invocada por los Estados y reco-

- (5) Wengler postula, sin embargo, un principio jurídico general de "todos los países civilizados" que consiste en que "las transacciones de Derecho Privado con contenido inmoral no pueden dar nacimiento a obligaciones válidas; es decir, a obligaciones protegidas por la ley y ejecutables con la ayuda del Estado" (1964, p. 392, 395). Ahora bien, dado que las normas de moralidad no se encuentran suficientemente concretizadas, la aplicación por analogía de tal principio en el Derecho Internacional tendría muchas dificultades —aceptadas también por Wengler— dado que la prohibición por el Estado de una transacción jurídica inmoral implica que los ciudadanos aceptan las normas de moralidad utilizadas como criterio. Más aún; existe el peligro de que la idea de moralidad en Derecho Internacional se oriente hacia los **standards** morales que prevalecen en los "países civilizados", en otras palabras, que la moralidad internacional adquiera un significado eurocéntrico. En lo que se refiere a los "principios arraigados en el sentido común y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas", cf. también O'Connell, 1965, 1071.

nocida en principio por los tratadistas de Derecho Internacional, la liberación de las obligaciones de un Estado frente a deudas odiosas se ha basado en la consideración de que no todos los acuerdos internacionales deben ser estrictamente cumplidos y merecen la misma protección bajo el Derecho Internacional. Paralelamente a las circunstancias relativas a la celebración de un contrato (*cláusula pacta sunt servanda*), los subsiguientes cambios en tales circunstancias (imposibilidad de cumplimiento, *force majeure*) y también la materia y el objeto del contrato mismo deben ser apreciados jurídicamente.

En tanto que problema de responsabilidad colectiva y de atribución de consecuencias jurídicas en Derecho Internacional, la diferenciación entre deudas nacionales y deudas odiosas ha sido desarrollada dentro del contexto de las doctrinas sobre la sucesión de los Estados (Hay una extensa literatura; entre ella, cf. O'Connell, 1956, 1964 y 1967, también Sack, 1927 y 1928 y Feilchenfeld, 1931). El problema estriba en determinar si las obligaciones de un Estado —y cuáles obligaciones de ese Estado— en tanto que parte contratante se transfieren a su sucesor. Cada vez la respuesta a esa pregunta ha sido diferente, según los principios teóricos adoptados; lo que ha llevado también a diferencias respecto de la forma como los intereses de los acreedores y de los deudores han sido apreciados. Era un axioma de la doctrina tradicional sobre la sucesión de los Estados la afirmación de que sus conclusiones se limitan a los *cambios de soberanía*: un mero *cambio de Gobierno* resulta jurídicamente irrelevante (Cf. Grotius, 1625; O'Connell, 1967, p. 3; Sack, 1928, p. 255). Los problemas de sucesión y de transferencia de derechos y obligaciones contractuales en el plano internacional se presentaban dentro de la doctrina tradicional solamente en los casos de anexión, desmembramiento, secesión, fusión o cesión de territorio; en otras palabras, cuando un Estado diferente pasaba a regir cierto territorio y su población. Esta idea determinante de la soberanía territorial pone en evidencia el núcleo material de las doctrinas sobre la sucesión: el territorio y/o el hecho de que la población que en él habita se beneficie colectivamente con los acuerdos internacionales, constituye la base para determinar el sujeto responsable en tanto que deudor de tales acuerdos internacionales.

La teoría clásica de la *sucesión universal* encubre este núcleo real con la ficción jurídica de la continuidad de la personalidad: dada la identidad del Estado (territorio, población), los derechos y las obligaciones (Grotius), los derechos adquiridos, las cargas y beneficios (Pufendorf) caen *ipso jure* dentro de los alcances del sucesor. "No se requiere establecer una nueva situación jurídica en reemplazo de la anterior, sino que la situación jurídica del nuevo sujeto debe entenderse como idéntica a aquella del sujeto anterior" (Schönborn, 1913, p. 7; Cf. Grotius, 1625 y Pufendorf, 1698). Esta idea de la sucesión universal de todos los derechos y obligaciones no impidió a los teóricos realizar una diferenciación entre las obligaciones *públicas* y las obligaciones *privadas* de un soberano: "Si un gobernante actúa dentro de su capacidad privada, sus contratos (aunque pretendan comprometer al país) terminan (respecto del país) con su muerte o su expulsión; pero si actúa en tanto que Príncipe, sus compromisos no se refieren a él mismo sino al pueblo de quien, en última instancia, recibe su autoridad en virtud del contrato social" (O'Connell, 1967, p. 9; cf. de Cassan, 1632, p. 85).

Existen teorías menos metafísicas que pretenden también establecer un puente sobre este vacío legal que se produce en el caso de la sucesión de los Estados, tales como el concepto de *continuidad legal* (la doctrina del Derecho Internacional del *Risorgimento*), el énfasis en una continuidad de hecho a través de una sustitución orgánica (von Gierke, Huber) o el presupuesto del *consentimiento tácito* por el sucesor de asumir los derechos y las obligaciones (G. Jellinek). Pero todas estas teorías establecían diferencias de acuerdo al tipo de obligaciones. Emer de Vattel excluía de la sucesión automática a las *obligaciones personales* en tanto que opuestas a las *obligaciones reales* (1965, p. 191). Los teóricos del *Risorgimento* reconocieron, por razones obvias, solamente las *obligaciones sociales*, es decir, las obligaciones económicas y jurídicas; en cambio, rechazaron los acuerdos políticos de la Corona (Cf. Gabba 1885, p. 356). Aún los adherentes a la teoría de la *sustitución orgánica* excluyeron las *obligaciones políticas* de la continuidad de los derechos y obligaciones y postularon que tal continuidad solamente estaba referida a los acuerdos concertados en nombre y en interés de la población (Cf. Huber, 1898, p. 48).

Entre las doctrinas más recientes, algunas (Cavaglieri, 1910; Guggenheim, 1925; Keith, 1907; Zorn, 1903) rechazaron la sucesión *ipso iure* de las deudas y dejaron al sucesor la opción de asumir las obligaciones del predecesor. Otras, a diferencia de esas teorías negativas, desplazaron simplemente el foco de la cuestión desde una adecuada protección a los acreedores hacia la consideración de los intereses involucrados. Con todas sus diferencias, estas últimas doctrinas participan del principio de que es necesario otorgar seguridad jurídica a las deudas, es decir, que el territorio y la población inherente son responsables. Así, de un lado, la "regla de mantenimiento" de Feilchenfeld establece el respeto a los derechos adquiridos; la racionalidad que respalda esta regla se basa en la protección de la propiedad privada, del comercio internacional y de la "distribución relativa de la riqueza" entre las naciones (Feilchenfeld, 1931, p. 623, 643). De otro lado, también el enfoque de O'Connell, según el cual los derechos adquiridos deben ser respetados, aspira a otorgar seguridad a la inversión extranjera. Las bases normativas de esta doctrina son principios generalmente reconocidos del Derecho Internacional —equidad, corrección y justicia— de los cuales a su vez se deriva el principio de enriquecimiento indebido (O'Connell, 1956, p. 286; 1967, p. 369, 454). Mientras que la concepción de O'Connell de la transmisión de la deuda se encuentra en última instancia basada en la idea de equidad (O'Connell, 1956, p. 268), los autores franceses han otorgado apodicticamente la primacía a la protección de los acreedores como regla suprema (Jeze, 1921, p. 8; Sack, 1927, p. 59).

La protección de los acreedores bajo el Derecho Internacional, de acuerdo a las opiniones prevalecientes, debe extenderse solamente a las deudas públicas: "La deuda pública o nacional es aquella contraída por el Gobierno Central *en interés de todo el Estado* (...). No ha existido nunca duda alguna de que un Estado sucesor se encuentra obligado a respetar aquellas deudas *contraídas en su rutina ordinaria por la administración estatal anterior* en el territorio adquirido por el nuevo Estado" (O'Connell, 1967, p. 369, 48; el énfasis no se encuentra en el original). Feilchenfeld señala como criterios para considerar que una deuda tiene carácter público el hecho de que la parte soberana de un contrato y el contrato mismo no se encuentren sujetos a las autoridades judiciales ordinarias; y que en Derecho Nacional, el

contrato corresponda al área de Derecho Público y tenga por objeto un propósito de gobierno (1921, p. 647). Vincular la protección de los acreedores a conceptos —que indudablemente tienen que ser definidos de manera más precisa— tales como el “interés nacional” o “un propósito de gobierno” por parte del país deudor, no solamente es una brecha en el principio de *pacta sunt servanda* sino, más aún y sobre todo, modifica la atribución abstracta de derechos y obligaciones en Derecho Internacional de acuerdo al concepto de la soberanía del Estado; lo que tiene un alcance que trasciende el campo de los problemas particulares en torno a la sucesión de los Estados. Si una sociedad organizada como Estado no se encuentra colectivamente obligada en forma absoluta por todas las promesas contractuales que han contraído sus representantes políticos y si, en razón de la apreciación del interés nacional, algunas obligaciones de los Estados pueden ser consideradas *ad personam*, entonces no existe razón objetiva para excluir de esa categoría a los cambios de Gobierno (Cf. O'Connell, 1967, p. 3). Si la población de un determinado territorio es responsable por las deudas públicas de acuerdo a categorías de corrección y equidad, entonces no solamente un Estado sucesor sino también un Gobierno (por lo menos cuando el cambio se produce por un derrocamiento político) está en aptitud en términos generales de invocar que el contrato celebrado por su predecesor no se encuentra legitimado por los intereses nacionales.

2. Interés Nacional y Propósito Contractual

Es verdad que las recientes doctrinas de Derecho Internacional han desarrollado la diferenciación entre obligaciones públicas y obligaciones personales dentro del contexto de la sucesión de los Estados; pero lógicamente estos análisis pueden ser también aplicados al Derecho Contractual Internacional: “Con relación al *principio general de la asunción* de las deudas... existen algunas excepciones en el caso de aquellas deudas que están *referidas de manera personal al poder* que las contrajo, y que son... *dettes de régime* (...). El interés que un acreedor tiene respecto de una deuda, para convertirse en un derecho adquirido legalmente protegido por el Derecho Internacional tiene que ser un interés sobre *fondos utilizados para las necesidades y en función de los intereses del Estado*. Toda deuda con-

traída con otros propósitos es una deuda intrínsecamente 'hostil a los intereses del territorio' " (O'Connell, 1967, p. 458; el énfasis no está en el original). "Cuando aparece que una deuda ha sido contraída con propósitos que una apreciación equitativa puede considerar hostiles a los objetivos de un territorio o distrito en particular, en el caso de un cambio de soberanía producido por ejemplo por una revolución, ese territorio no puede ser gravado con tal obligación, independientemente de los designios del deudor original" (Sack, 1927, p. 158; cf. Hyde, 1945, p. 400).

Ahora bien, la calificación de una deuda como personal y/u odiosa o como una deuda pública no debe ser basada en las intenciones de la parte contratante original ni tampoco en la discreción de su sucesor (O'Connell, 1967, p. 459; Sack, 1928, p. 162). ya que las deudas odiosas no son exoneradas de la obligación de cumplimiento porque se consideren una carga excesiva para el sucesor, sino más bien porque fueron contratadas en términos que configuran un abuso de derecho. El abuso está constituido por un propósito que contradice el interés del sujeto a quien se atribuye la obligación (la población) y/o excede las bases de responsabilidad (territorio, recursos nacionales). Feilchenfeld rechaza la protección del Derecho Internacional para las "deudas odiosas" y para sus acreedores, porque constituyen una explotación injusta del pueblo; en consecuencia, el Gobierno contratante ha sobrepasado su competencia: "... las deudas odiosas son, en un sentido moral, *ultra vires*; nunca debieron haber sido contratadas" (1931, p. 450, 862). Este mismo punto de vista es el centro de la argumentación de A.N. Sack, quien ha desarrollado sistemáticamente la doctrina de las "*dettes odieuses*".

"Cuando un poder despótico incurre en una deuda que no está orientada a satisfacer las necesidades o los intereses del Estado sino que persigue reforzar el régimen despótico suprimiendo la insurrección popular, etcétera, tal deuda debe ser considerada como *odiosa para el pueblo de todo el Estado*.

Este tipo de deuda no obliga a la nación; es una deuda del régimen, una deuda *personal* contratada por el gobernante y consecuentemente desaparece con la caída de tal régimen.

La razón por la que esas deudas odiosas no pueden ser consideradas dentro del dominio del Estado es que no reúnen la condición determinante de la legalidad de las Deudas Estatales; es decir, *las Deudas Estatales deben ser contraídas y sus fondos utilizados para servir las necesidades y los intereses del Estado.*

Las deudas odiosas —contraídas y utilizadas para propósitos que *con pleno conocimiento del deudor* son contrarios a los intereses de la Nación— no son obligatorias en el caso de que se produzca un derrocamiento del régimen que las ha contraído, salvo dentro de los límites de los beneficios efectivos que esas deudas pudieran haber proporcionado al pueblo. Los deudores han cometido un acto hostil contra el pueblo: Este acto no puede ser tomado en cuenta por una nación que se ha liberado de un gobernante despótico; la nación no puede asumir deudas ‘odiosas’ porque son en realidad deudas personales del gobernante” (Sack, 1927, p. 127). Sack coloca las obligaciones de un régimen despótico en el mismo nivel que las obligaciones contraídas en el interés manifiestamente personal de un Gobierno o de sus miembros o de grupos sociales estrechamente vinculados a tal Gobierno: “On pourrait également ranger dans cette catégorie de dettes les emprunts contractés dans des vues manifestement intéressées et personnelles des membres du gouvernement ou des personnes et groupements liés au gouvernement, des vues qui n'ont aucun rapport aux intérêts de l'Etat” (Sack, 1929, p. 157; cf. Tomeroy, 1886, p. 75).

Aunque la doctrina de las deudas odiosas ha sido reconocida en principio por el Derecho Internacional, abundan sin embargo controversias sobre los criterios en virtud de los cuales las deudas odiosas deben ser diferenciadas de las deudas regulares de un Estado. En el clásico debate sobre las deudas cubanas —es decir, sobre el repago por Cuba independiente de los créditos contratados por España para financiar sus operaciones militares y particularmente la supresión de la insurrección en Cuba —los representantes de los Estados Unidos adoptaron la línea de la *ausencia de consentimiento* del pueblo cubano: “Desde un punto de vista moral, la propuesta de imponer esas deudas a Cuba es igualmente insostenible. Sí, como lo afirman algunos, las luchas por la independencia de Cuba fueron llevadas a cabo y apoyadas por sólo una minoría de la población de la isla, imponer a la totalidad

de sus habitantes el costo de suprimir tales insurrecciones sería castigar a los muchos por los actos de los pocos. Si, de otro lado, estas luchas —como lo sostienen los miembros de la Comisión Norteamericana— representaron las esperanzas y las aspiraciones de la integridad del pueblo cubano, aplastar a los habitantes con una carga creada por España en su esfuerzo para oponerse a la independencia, sería aún más injusto (...). La carga de la llamada Deuda Cubana, impuesta sobre el pueblo de Cuba sin su consentimiento y por la fuerza de las armas, fue precisamente una de esas injusticias a las que los cubanos querían poner fin con su independencia (...). La deuda fue contraída por España en razón de sus propios intereses nacionales, los que en algunos casos eran ajenos y en otros decididamente contrarios al interés de Cuba... en realidad, la mayor parte de esta deuda fue contraída con el propósito de mantener un Ejército español en Cuba" (Moore, 1898, p. 358).

De acuerdo a la práctica de los Estados y especialmente a las regulaciones contenidas en el Tratado de Versailles de 1919, la idea de que las deudas odiosas contradicen un interés nacional se encuentra apoyada en un cálculo de beneficio: "...El único medio de conocer si una deuda es odiosa o no, consiste en determinar hasta que punto carecía de beneficio para la población del territorio al que se pretende obligar a soportar su carga" (O'Connell, 1967, p. 460; cf. Sack, 1927, p. 1959; y la "prueba de compensación" de Feilchelfeld). Algunos tratadistas de Derecho Internacional agregan un requisito *subjetivo* al criterio de la *contradicción de intereses* de las "deudas extraordinariamente odiosas, no solamente para la totalidad del territorio o para una parte del Estado anterior, sino también para la opinión de representantes competentes e imparciales de la familia de las Naciones" (Sack, 1927, p. 1962): la culpa subjetiva de los acreedores, la "*culpabilité subjective des créanciers*" (Sack, 1927, p. 1957), inspirada también en la práctica de los Estados. En la controversia sobre la Deuda Cubana, los representantes norteamericanos rechazaron el argumento de España basado en la protección de los acreedores aduciendo que: "...Los acreedores debieron haber evaluado el propósito de sus préstamos, que estaba destinado a apoyar el esfuerzo continuo de sofocar a un pueblo que luchaba por su libertad frente al dominio español"; por consiguiente, debe estimarse que *asumieron por su propia cuenta el riesgo obvio de su inver-*

sión en condiciones tan precarias de seguridad" (O'Connell, 1967, p. 460; el énfasis no está en el original).

Sin embargo, la doctrina de las deudas odiosas se encuentra siempre sujeta a la objeción de que ella pudiera abrir la puerta para anulaciones arbitrarias de contratos (Cf. Destagnet, 1910, p. 125). Con el propósito de no desconcertar el comercio internacional y las transacciones financieras por el hecho de que todos los deudores pudieran recurrir a una evaluación de la finalidad del préstamo con el objeto de replantear los términos del contrato, la doctrina de las deudas odiosas ha sido desarrollada sobre la base de que la carga de la prueba corresponde al deudor; y que esta prueba debe ser actuada ante un Tribunal Arbitral Internacional. Consecuentemente, el Estado sucesor tiene que acreditar indubitablemente que la deuda es incompatible con los intereses del pueblo y que, cuando se celebraron los contratos, los acreedores eran conscientes de este hecho. A partir de ahí, el acreedor puede oponer prueba en contrario en el sentido de que los fondos fueron usados en el interés público del país deudor.

Como señala Sack:

"(1) El nuevo Gobierno tendría que probar y un Tribunal Internacional tendría que establecer, lo siguiente:

- a) Que las necesidades para las cuales el Gobierno anterior solicitó el préstamo, eran odiosas y estaban claramente en contradicción con los intereses del pueblo de la integridad del Estado anterior o de parte del mismo; y
- b) Que los acreedores al momento de efectuar el desembolso eran conscientes de este propósito odioso.

(2) Establecidos estos dos puntos, los acreedores pueden tratar de probar que los fondos de este préstamo no fueron utilizados para propósitos odiosos ni para dañar a la población de la integridad del Estado o a parte de la misma, sino para propósitos generales o específicos del Estado que no tienen el carácter de odioso" (Sack, 1927, p. 163; cf. O'Connell, 1967, p. 459).

Por tanto, en última instancia, el reconocimiento de las "deudas hostiles" y de las "deudas de guerra" como "odiosas, parte de una distribución del riesgo entre acreedores y deudores: Cualquiera que facilita recursos financieros para operaciones militares o para otros propósitos que claramente contradicen los intereses nacionales, no debe ser exceptuado de los riesgos de tal inversión bajo el Derecho Internacional" (Cf. O'Connell, 1967, p. 461).

IV. DEUDAS ODIOSAS Y DERECHO INTERNACIONAL DEL DESARROLLO

1. *¿Existe un derecho al desarrollo?*

Los conceptos tradicionales de Derecho Internacional —preocupados con la reglamentación de la guerra y de la paz entre Estados legalmente soberanos— ignoraron los asuntos relativos a la Economía Internacional y a su tratamiento legal. Aún reciente Derecho Internacional de la Coexistencia dejó de lado los contenidos y las causas de las obligaciones financieras y se refugió en el principio de la no-intervención. Es verdad que en el plano de los contratos bilaterales, la doctrina de las deudas odiosas afectó cuando menos parcialmente el razonamiento legal convencional. Pero la transición sistemática de un razonamiento formal y abstracto a una reglamentación material de las relaciones internacionales sólo se ha llevado propiamente a cabo con los recientes desarrollos de un Derecho Internacional de la Cooperación (Friedmann, 1964, p. 61; Verdross & Simma, 1981, p. 59, 251) y de un Derecho Internacional del Desarrollo Económico (Flory, 1922; Colard, 1977; Virally, 1972; Verwey, 1972 y Ruge, 1976). El Derecho de la Cooperación, pero sobre todo el Derecho del Desarrollo, transforman la idea de la igualdad soberana de todos los Estados e imponen deberes positivos sobre ciertos Estados. Estas nuevas áreas del Derecho vinculan la idea de la igualdad legal de todos los Estados a los postulados normativos de un nuevo orden internacional económico y jurídico: solidaridad internacional y justicia social internacional (Cf. Friedmann, 1964, p. 61; Scheuner, 1964, p. 54). Tanto el Derecho Internacional de la Cooperación como el Derecho Internacional del Desarrollo están basados en una noción empíricamente sustentada de la desigualdad política y socio económica en la relación Norte-Sur.

Lo esencial de este nuevo programa normativo se encuentra esbozado en el artículo 1-3 de la Carta de las Naciones Unidas y está operacionalizado en el artículo 55.

La premisa central de esta política que obliga a todos los miembros de las Naciones Unidas (artículo 56) —el desarrollo como pre-condición para la paz— ha sido reforzada, substanciada y transformada en estrategias a través de innumerables declaraciones y resoluciones de las Naciones Unidas (6) y de alguna manera ha desconcertado la reverenciada buena conciencia "de todos los pueblos civilizados" que se deriva de y se alimenta con las cláusulas de no-intervención del Derecho Internacional clásico. Afortunadamente, este desconcierto no ha paralizado el desarrollo de las doctrinas de Derecho Internacional y ha inspirado a alguno de los autores contemporáneos a efectuar innovaciones teóricas que conducen a delinear un Derecho Internacional del Desarrollo "...que tiene como objetivo, en el nivel de las relaciones internacionales, participar en la batalla contra el subdesarrollo y en la búsqueda de una verdadera independencia para los países subdesarrollados" (Flory, 1977, p. 31, con una extensa bibliografía). Este nuevo Derecho se encuentra basado en una idea alternativa de la soberanía de los Estados que trasciende la igualdad jurídica formal y la vincula con una igualdad material. La desigualdad política de hecho y las condiciones socioeconómicas desiguales de desarrollo no son ya exorcizadas, sino que constituyen el marco del nuevo Derecho Internacional. En el centro de esta nueva concepción —junto a la noble ficción de la igualdad soberana— es colocado un principio de intervención que favorece a las sociedades económicamente subdesarrolladas: "...El Derecho Internacional del Desarrollo... combina todas las normas que inten-

- (6) "Programa of the U.N. for Development", Resolución 2029 (XX) del 22.11.65; "Charte des droits et devoirs économiques des Etats", adoptada en la Décimo Novena reunión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12.12.1974; "International Development Strategy for the Second U.N. Decade" Resolución 2626 (XXV), adoptada por unanimidad por la Asamblea General el 24.10.1970; 'Unifield Approach to Economic and Social Planning in International Development', Resolución 2681 (XXV) de 11.12.1970; cf. también las conclusiones y recomendaciones del Informe Pearson de la Comisión sobre Cooperación Internacional (Pearson et al. 1969) y el Informe de la Comisión Independiente sobre los Problemas del Desarrollo Internacional (Informe Brandt, 1980).

tan realizar el objetivo al que ha llegado la sociedad internacional en un consenso general. Estas normas no pueden ser siempre aplicadas a todos los Estados, dado que una de las primeras innovaciones de este Derecho del Desarrollo es el reconocimiento de la existencia de normas diferentes que favorecen la categoría particular de las naciones en desarrollo" (Flory, 1977, p. 47).

El planteamiento de un Derecho Internacional del Desarrollo se encuentra expuesto a cuando menos dos cuestiones cruciales: (a) ¿Qué debemos entender concretamente —aparte del altamente discutible consenso general sobre el desarrollo— bajo el término de "desarrollo"?; y (b) ¿Cómo se puede prevenir que las sociedades del Tercer Mundo no tengan un concepto de desarrollo que les sea impuesto por las naciones desarrolladas (concepto que se encuentra ya en camino a través del propio Derecho Internacional)? Es verdad que no puede esperarse que los juristas lleguen a una definición del desarrollo que ponga fin a las controversias entre las teorías de la modernización y las teorías de la dependencia. Pero ciertamente sí se puede esperar que los juristas por lo menos revisen las doctrinas tradicionales del Derecho Internacional a la luz de los fines y propósitos normativos de las Naciones Unidas y de sus Comisiones; aún cuando estos fines y propósitos requieran de una mayor concretización.

2. *Procedimientos y principios para la reglamentación de las Deudas Odiosas*

Los tratadistas de Derecho Internacional del Desarrollo deducen de los fines e intereses normativos de las Naciones Unidas —basados como están en un consenso de la comunidad internacional de las naciones en pro el desarrollo— un derecho al desarrollo y a oportunidades económicas iguales, así como también un principio de intervención en favor de los Estados subdesarrollados: "La soberanía ya no es más un instrumento de defensa pasiva; se convierte ahora en un principio de intervención en nombre del cual un Estado deprimido puede exigir genuina igualdad, iguales oportunidades en el campo del desarrollo" (Flory, 1977, p. 46). Hay quienes reducen la importancia para el nuevo Derecho Internacional de vincular el análisis económico con las resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales; hay también quienes no están en posición de sus-

tanciar el principio de la "acción afirmativa" o de las medidas compensatorias en favor de los países en desarrollo, pero que aceptan el deber de todos los Estados de promover la cooperación para el desarrollo. Pero nadie puede ya conceptualizar la reglamentación jurídica del intercambio de mercancías y de capitales entre las sociedades metropolitanas y las sociedades periféricas, dentro de las líneas de la igualdad soberana de los Estados y del principio de una abstracta reciprocidad. Todos los tratadistas del nuevo Derecho Internacional del Desarrollo están obligados a tomar adecuadamente en consideración cada uno de los problemas específicos del desarrollo, los que dan lugar a los deberes de cooperación. Por tanto, sería incongruente adherir a la tesis de la prioridad consuetudinaria de la protección de los acreedores y, paralelamente, postular que la discusión sobre la obligación de pagar las deudas solamente sea planteada en el caso de "cambios de soberanía" y no igualmente en los casos de "cambios de Gobierno". Se sigue de ello que orientar el análisis de los préstamos bilaterales dentro de una concepción sinalagmática de relaciones entre socios privados y autónomos sería contradecir no solamente las premisas de un Derecho Internacional del Desarrollo sino también de un Derecho Internacional de la Cooperación.

Constituye una obligación de todos los Estados —y, por consiguiente, también de los países en desarrollo— que puede derivarse de los fines de las Naciones Unidas y de sus organismos, el hacer todos los esfuerzos dentro del marco de sus posibilidades para (1) reducir las diferencias económicas entre las sociedades industrialmente desarrolladas y las industrialmente subdesarrolladas (artículo 14), (2) asegurar el suministro de alimentos y (3) crear y desarrollar estructuras de producción que coloquen especialmente a los países menos desarrollados en posición de participar en el comercio internacional (artículo 58, Naciones Unidas, 1970). En la medida de que estos esfuerzos —independientemente de sus resultados concretos— gozan de la protección del Derecho Internacional, tendríamos que denegar esta protección a los proyectos y a los acuerdos que aumentan la dependencia y la desigualdad en las relaciones Norte-Sur. Consecuentemente, también las deudas que son enemigas del desarrollo, deben ser consideradas como odiosas. Ahora bien, dado que no disponemos de una noción de "desarrollo" claramente definida y legalmente

obligatoria, el Derecho Internacional de la Cooperación y el Derecho Internacional del Desarrollo pueden solamente establecer los principios y los procedimientos para una equitativa solución de las confrontaciones de intereses en esta materia:

(1) El consenso general en favor del desarrollo obliga solamente y directamente a los Estados; por consiguiente, éstos deben ser exigidos a que en el otorgamiento de sus créditos públicos y en el otorgamiento de garantías a los créditos privados, se tomen en consideración los fines y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas que todos los Estados han suscrito. La obligación de solidaridad internacional y de justicia social que tienen todos los Estados es violada cuando tales Estados otorgan créditos públicos o garantías públicas para créditos privados que están orientados a inversiones manifiestamente improductivas y opuestas al desarrollo. Una de las exigencias mínimas que se derivan de la obligación de promover el desarrollo es la de que el otorgamiento de créditos y garantías sea transparente y pueda ser evaluado en base a los fines y propósitos normativos de la comunidad de las naciones. Dentro de este orden de ideas, el consumo de artículos suntuarios de las *élites* dirigentes de las sociedades del Tercer Mundo no debe justificar el otorgamiento de créditos. Igualmente constituyen obligaciones de "naturaleza odiosa" las compras de armamento que no pueden justificarse en base a legítimos intereses de seguridad nacional sino que se realizan simplemente por razones de prestigio (*status weapons*).

(2) Los acreedores privados y los proveedores de bienes, que contribuyen al financiamiento o a la realización de proyectos y de gastos que son opuestos al desarrollo, deben saber que están efectuando una inversión riesgosa. Aún cuando ellos no están obligados legalmente a promover el desarrollo conforme a la Carta de las Naciones Unidas en tanto que sujetos privados de derecho, deben tener en cuenta que un Gobierno sucesor podría levantar la objeción de que tal o cual compromiso asumido por su predecesor era una deuda odiosa cuyo cumplimiento será rehusado. El Derecho Internacional del Desarrollo y en particular la doctrina de las deudas odiosas, no pueden prohibir el comercio con empresas privadas en materia de artículos suntuarios o de armas; tampoco pueden condicionar la financiación de proyectos a los propósitos del desarrollo económico, cuando se trata de Ban-

cos e instituciones prestamistas privadas. Sin embargo, una distribución del riesgo entre prestamistas y deudores podría ayudar a controlar la utilización indebida de los créditos.

Tomando en consideración los procedimientos que sugiere Sack sobre la carga de la prueba respecto de las deudas odiosas, el acreedor o proveedor debería exigir en primer lugar una demostración razonable de que los créditos o bienes que serán suministrados, van a ser cuando menos supuestamente utilizados con miras al interés de desarrollo económico del país deudor. Adicionalmente, el acreedor debería tener la prueba de que el acuerdo que se dispone a celebrar no contradice el consenso sobre el desarrollo; en otras palabras, que se encuentra dentro del marco de los fines normativos de las Naciones Unidas. Si estas condiciones se encontraran cumplidas, el acreedor tendría todo el derecho en caso de incumplimiento de plantear su reclamación en términos de Derecho Internacional y acudir a los organismos internacionales correspondientes. El propósito de estos procedimientos sobre la carga de la prueba y del principio implícito del riesgo compartido es vincular el intercambio de capitales y de bienes entre las sociedades metropolitanas y periféricas con los principios y las obligaciones de la cooperación. Los convenios que manifiestamente sirven de manera exclusiva a un interés parroquial o privado y que contradicen los intereses nacionales no deben ser garantizados por los Estados ni adscritos a una determinada nación con el carácter de deuda colectiva.

Los principios y los procedimientos que hemos descrito en este trabajo pueden ser objetados desde el punto de vista de que implican una cierta censura en las demandas de créditos de los países en desarrollo. Sin embargo, esta alegación desconoce la censura unilateral que está siendo actualmente practicada por los principales Bancos y los acreedores del Club de París; una censura o selección de préstamos que no obedecen a los criterios del desarrollo sino simplemente a la liquidez y a las restricciones de los mercados financieros, la parcialidad y la impredecibilidad de la actual práctica puede ser evitada por estos procedimientos relativos a la contratación y a la carga de la prueba que podrían ser implementados por una Corte Internacional o por un Tribunal Arbitral o por una Comisión Internacional Especial patrocinada, por ejemplo, por la UNCTAD.

- ANDERSON, T.
1982 The Year of Rescheduling. *Euromoney*, N° 8, p. 19.
- ANZILOTTI
1929 *Lehrbuch des Völkerrechts*.
- AVRAMOVIC, D. & OHLIN, G. (eds.)
1982 *The Brandt Commission Papers Prepared for the ICIDI, 1978-1979*: Cambridge, Mass.
- BRANDT-REPORT
1980 *North-South: A Programme for Survival. The Report of the Independent Commission on International Development Issues*: London.
- BRZOSKA, M.
1981 *Rüstung und Dritte Welt*: München/Köln/London.
- BÜTTNER, V.
1982 *Externe Verschuldung von Entwicklungsländern. Konfliktreiche Lösungsmöglichkeiten im Rahmen einer Nord-Süd Politik*, Stiftung Wissenschaft und Politik: Ebenhausen/München.
- CALVERLEY, J.
1982 How the Cash Flow Crisis Floors the LDCs. *Euro-money*, No. 8, p. 22.
- CARREAU, D., JUILLARD, P. & FLORY, T.
1980 *Droit international économique*, 2nd ed.: Paris.
- CASSAN, J. de
1634 La recherche des droits du Roy et la Couronne de France sur les royaumes, duchez, comtez, villes et pays occupez par les princes étrangers: Paris.
- CAVAGLIERI, A.
1910 *La dottrina della Successione di Stato a Stato e il suo valore giuridico*: Pisa.
- CHENG, B.
1953 *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*: London.

- COLARD, D.
1977 *Vers l'établissement d'un nouvel ordre économique international*: Paris.
- DAHLM, G.
1958 *Völkerrecht I-III*: Stuttgart.
- DESPAGNET, F.
1910 *Cours de droit international public*, 4th ed.: Paris.
- FARJAL, G.
1971 *Droit économique*: Paris.
- FEILCHENFELD, E. H.
1931 *Public Debts and State Succession*: New York.
- FEUER, G.
1982 Les différentes catégories de pays en développement. *Genèse Evolution Statud. J.D.I. (Clunet)*, p. 5.
- FLORY, M.
1977 *Droit international du développement*: Paris.
- FRIEDMANN, W.
1964 *The Changing Structure of International Law*: London.
- GABBA, C. F.
1885 Successione di Stato a Stato. In: *Quistioni di diritto civile*: Torino, p. 375.
- GLASER, S.
1957 *Infraction internationale*: Paris.
- GROTIUS, H.
1625 *De iure belli ac pacis libri tres*: Paris.
- GUGGENHEIM, P.
1925 *Beiträge zur völkerrechtlichen Lehre vom Staatenwechsel*: Berlin.
- HARVARD LAW SCHOOL
1935 *Research in International Law. III. Law of Treaties, Draft Convention with Comment Suppl. to A.J. I.L.*, Vol. 29, p. 1113.

- HUBER, M.
1898 *Die Staatssukzession*: Leipzig
- HYDE, C.C.
1945 *International Law chiefly as interpreted and applied by the U.S.*, 2nd ed.: Boston.
- IBRD
1973 *World Bank Atlas 1973*: Washington, D.C.
1980 *World Debt Tables*: Washington, D.C.
1982 *World Development Report*: Washington, D.C.
- IMF
1981 *External Indebtedness of Developing Countries. Occasional Paper No 3*: Washington, D.C.
1982a *World Economic Outlook 1982*: Washington, D.C.
1982b *Annual Report*: Washington, D.C.
- JANDER, K.H. & SOHN, T.
1981 Übersicht über das neue amerikanische Konkursrecht. *Recht der Internat. Wirtschaft (RIW)*, p. 744.
- JEZE, G.
1921 *La partage des dettes publiques au cas de démembrement de territoire*.
- KAUFMANN, R.
1911 *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*.
- KEITH, A.B.
1907 *The Theory of State Succession, with Special Reference to English and Colonial Law*: London.
- KIMMINICH, O.
1982 Das Völkerrecht und die neue Weltwirtschaftsordnung. *Archiv des Völkerrechts*, vol. 20, p. 2.
- KNIEPER, R.
1977 Konkurs und Sanierung. *BB*, p. 622.

- 1979 Zurichtung nationaler Politik durch internationales Recht? - Die Bereitschaftskreditabkommen des internationalen Währungsfonds. *Kritische Justiz*, pp. 270.
- LALIVE, A.F.
1977 Un grand arbitrage pétrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères, *J.D.I.*, p. 319.
- LIPSTEIN, K.
1981 *Principles of the Conflict of Laws, National and International*: The Hague/Boston/London.
- LOCK, P., WULF, H.
1979 The Economic Consequences of the Transfer of Military-Oriented Technology. In Kaldor/Eide, eds., *The Military World Order*: London.
- MCNAIR, A.D.
1961 *The Law of Treaties*: Oxford.
- MOORE, J.B.
1898 *History and digest of international arbitrations to which the U.S. has been a party (I)*: Washington, D.C.
- MÜLLER
1971 *Vertrauensschutz im Völkerrecht*.
- NORTH, P.M.
1974 *Cheshire's Private International Law*, 9th ed.: London.
- O'CONNELL, D.P.
1956 *The Law of State Succession*: Cambridge.
1964 State Succession and Problems of Treaty Interpretation. *A.J.I.L.*, Vol. 58, p. 41.
1965 *International Law I-II*: London/New York.
1967 *State Succession in Municipal and International Law*: Cambridge.
- OECD
1979 *External Indebtedness of Developing Countries*: Paris.
1981 *Development Co-operation 1981 Review*: Paris.

- OPPENHEIM, L.
1920 *International Law I*, 3rd ed.: London.
- PAYER, C.
1974 *The Debt Trap. The IMF and the Third World*: Harmondsworth.
- PEARSON, L.B. et al
1969 *Partners in Development: Report of the Commission on International Development*: London.
- POMEROY, J.N.
1886 *Lectures on International Law in Time of Peace*: Boston.
- PUFENDORF, S. von
1698 *De Jure Naturale et Gentium Libri Octo*: Amsterdam.
- FUGE, M.K.
1976 *Der Beitrag von UNCTAD zur Herausbildung des Entwicklungsvölkerrechts*: Frankfurt.
- SACK, A.N.
1927 *Les Effets des transformations des Etats sur leur dettes publiques et autres obligations financières*: Paris.
1928 *La succession aux dettes publiques d'Etat. Hague Recueil*, p. 149ff, 255.
- SHEUNER, U.
1964 *Fünfzig Jahre Völkerrecht. 50 Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*.
- SCHMIDT, K.
1982 *Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht*, Gutachten D at the 54th Deutscher Juristentag: München.
- SCHÖNBORN, W.
1913 *Staatusukzessionen*: Stuttgart.
- SEIBER, M.J.
1977 *Debt Escalation: Developing Countries in the Eurocurrency Market*. In Franco/Seiber, eds., *Developing Country Debt*: New York, p. 42.

- SIMMA, B.
1970 Reflections on Art. 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its Background in General International Law. *OZöffR* 20, p. 5.
- U.N.
1970 *International Development Strategy for the Second U.N. Decade*, Resol. 2626 (XXV), unanimously adopted by the General Assembly on Oct. 24, 1970: New York.
- UNCTAD
1976 *Manila Declaration and Programme of Action*. TD/195: Geneva.
1979 *Basic Data on the Least Developed Countries*. TD/240/Suppl. 1: Manila.
1981 *Implementation of Trade and Development Board Resolution 165 (S-IX). On the Debt and Development Problems of Developing Countries*. TD/B/866: Geneva.
- VATTEL, E. de
1758 *Le droit des gens*: London.
- VERDROSS, A.
1953 Die bona fides als Grundlage des Völkerrechts. In *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie, Festschrift für R. Laun*, p. 29.
- VERDROSS, A., SIMMA B.
1981 *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 2nd ed.: Berlin.
- VERWEY, W.D.
1972 *Economic Development, Peace, and International Law*: Assen.
- VIRALLY, M.
1972 *L'Organisation mondiale*: Paris.
- VON GIERKE, O.
1887 *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*: Berlin.

- WENGLER, W.
1964 *Völkerrecht*: Berlin/Göttingen/Heidelberg.
- WIEACKER, F.
1967 *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2nd ed.: Göttingen.
- WHYNES, D.K.
1979 *The Economics of Third World Military Expenditure*.
- ZORN, A.
1903 *Grundzüge des Völkerrechts*, 2nd ed.

LA CUESTION DE LAS ISLAS MALVINAS

Ana Ochoa Reyes

El trabajo se inicia realizando un cuidadoso rastreo de los principales hechos históricos y de ocupación en torno a las Islas Malvinas, desde su descubrimiento en el siglo XVI, hasta los años problemáticos del siglo XIX en que los territorios son tomados colonialmente por Inglaterra.

El segundo capítulo hace un análisis crítico de los diferentes títulos de soberanía que, a partir de los hechos anteriores, reclaman para sí la Gran Bretaña y la República Argentina. Del estudio se concluye que los títulos legítimos corresponden a la Argentina.

Finalmente, se hace una extensa referencia al tratamiento que el problema de las Islas Malvinas ha tenido en el debate internacional, preferentemente en las Naciones Unidas. Detalle especial se hace en relación a los principios de la Descolonización, la Libre determinación y la Integridad Territorial, aplicados al caso bajo estudio.

I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA CONTROVERSIA

A. El Descubrimiento de las Islas (1)

Es a principios del S. XVI que las Islas Malvinas comienzan a figurar en los mapas del viejo continente. Sin embargo, existen dudas respecto a su descubrimiento.

Algunos historiadores atribuyen dicha hazaña al piloto Esteban Gómez de la expedición de Magallanes en el año de 1520.

(1) Véase Ricardo CARRASCO, En *Anuario de la Sociedad Cubana de Derecho*, Vol. 21 (La Habana, 1949), pp. 186-191.

Otros consideran que la labor cartográfica realizada por el experto Diego de Rivera en 1527 a pedido del Emperador Carlos V de Alemania y España, la cual contenía ya un dibujo algo impreciso de las Islas, estuvo basada en los datos obtenidos por la expedición exploradora de Américo Vespucio del año 1501. De otro lado, las fuentes inglesas señalan a Jhon Davis como el primer navegante en avistar las islas en el año de 1592. Cabe aclarar sin embargo, que el nombre con que hoy se conoce a las islas, tanto en su versión inglesa como en la española, no proviene del hecho de su descubrimiento, sino de otras circunstancias.

En el año de 1690, en una escala de su recorrido por los mares del sur, el capitán inglés John Strong dio a las islas el nombre de Falkland en honor a Luscius Carey, visconde de Falkland, quien en ese entonces ocupaba el puesto de tesorero de la marina real inglesa. Algunos años más tarde, marinos franceses que viajaban constantemente del puerto de St. Malo al Río de la Plata con fines comerciales, decidieron bautizar las islas con el nombre de Malouines, de donde deriva el actual nombre español de Malvinas.

Sea cual fuere la verdad histórica con respecto al descubrimiento de las islas, lo que no admite dudas es el hecho de que sus primeros ocupantes y colonizadores fueron los franceses.

B. La Ocupación Francesa

1. La Expedición de Bougainville

En 1763, un grupo de pescadores franceses guiados por Louis Antoine de Bougainville parte hacia las Islas Malvinas en la goleta *L'aigle* y la corbeta *Sphinx*, logrando llegar a su punto de destino en febrero de 1764. Esta expedición que cuenta con el visto bueno del gobierno francés (2) toma solemne posesión de las islas en nombre del rey de Francia, el 5 de abril del mismo año.

(2) J.H. PARRY, *Trade and Dominion. The European Overseas Empires in the Eighteenth Century.* (Wiedenfeld and Nicholson, 1971), p. 131.

El asentamiento francés fundado en la Malvina Oriental llevó el nombre de Port Louis en honor al soberano francés Luis XV.

La primera noticia pública de la ocupación francesa aparece en la "Gazette de la Haye" el 13 de agosto de 1764 (3).

Fundada la colonia, Bougainville vuelve a Francia dejando Port Louis al mando de su primo Nerville, quien luego fuera el primer gobernador de las islas.

2. La Reclamación Española

Una vez noticiada la Corte de Madrid de la ocupación francesa resuelve iniciar las negociaciones con París por intermedio de su Ministro de Relaciones Exteriores, el Marquex de Grimaldi, para obtener el reconocimiento de sus derechos de soberanía sobre el archipiélago malvinense, derechos estos que provenían del contenido de una serie de Tratados celebrados por las potencias marítimas europeas de la época, con el objeto de delimitar las regiones sobre las que cada una de ellas tenía derechos territoriales. A la vez, España ofrece abonar todos los gastos que hubiera demandado la fundación de la colonia francesa. El rey francés reconoce los derechos españoles y acepta la compensación de 618,108 libras esterlinas. Acto seguido, Bougainville parte a Madrid y el 4 de febrero de 1766 firma en San Idelfonso el acta de entrega de la posesión francesa en las Islas Malvinas al gobierno español, recibiendo a cambio la suma compensatoria correspondiente a los gastos efectuados. Al respecto, Bougainville, en un pasaje de su libro titulado "Viaje alrededor del Mundo por la fragata del rey" escribe:

"Habiendo reconocido Francia el derecho de su Majestad Católica sobre las Islas Malvinas, el Rey de España, por un principio de derecho político conocido de todo el mundo, no debía ningún reembolso de estos gastos. Sin embargo, como adquiría los navíos, mercadería... que componían nuestros establecimientos, este monarca tan justo como generoso, ha querido reembol-

(3) Alfredo BRUNO BOLOGNA, En *Estudios de Derecho*, N° 96, (Mendellin, 1979), p. 407.

sarnos nuestros adelantos, y la suma supradicha nos ha entregado por sus tesoreros (4)".

El traspaso de la posesión del establecimiento se hace efectivo el 1º de abril de 1767, luego de 3 años de ocupación francesa. Previamente, el 4 de octubre de 1766, el gobierno español había dictado una Real Cédula que declaraba a las Malvinas dependientes de la Capitanía General de Buenos Aires y se nombraba a don Felipe Ruiz Puente como su gobernador.

Los españoles bautizan a su nuevo establecimiento con el nombre de Puerto Soledad.

Es así que de manera amistosa y con el reconocimiento del derecho español sobre las islas, quedó definitivamente resuelto el litigio franco-español.

C. La Ocupación Inglesa

Por recomendación del almirante George Anson, quien de 1740 a 1744 realizara un viaje de circunnavegación por el mundo, el gobierno inglés comienza a considerar de gran importancia el establecer una base naval en las Malvinas. En 1748 el Almirantazgo proyecta la expedición con fines científicos. Enterado el gobierno español de dichos proyectos se opone por considerarlo atentatorio a su soberanía territorial. Los ingleses alegan que la expedición no buscaba perturbar los derechos de España, sino simplemente explorar aquellas regiones remotas (5). Al respecto, el Ministro español encargado de las negociaciones entre ambas naciones comentaba en tono irónico que "si el proyectado viaje inglés era con el objeto de formar establecimiento sería una hostilidad para España, dueña de las islas, pero que si era el de una curiosidad, el daría cuantas noticias se deseasen, sin necesidad de entrar en gastos de expediciones para satisfacerlas (6).

(4) Ibid p. 408.

(5) CARRASCO, ob. cit. p. 193.

(6) Raúl MARTINEZ MORENO, En Revista de la Universidad de Córdoba, Año VI (1965), p. 512.

Los resultados de las negociaciones entre ambas naciones son descritos por el autor inglés Miller en la "Historia del Reinado de Jorge III":

"...cuando el mismo Lord Anson fue puesto al frente del Almirantazgo, se hicieron preparativos para ejecutar un plan, pero se opuso a ello el Rey de España por pertenecerle las islas. A la vista de esto, los ingleses desistieron de la empresa (7)".

Es decir que debido a una buena gestión diplomática apoyada en los tratados que delimitaban las zonas bajo soberanía tanto de España como de Gran Bretaña, el proyecto Anson queda abandonado en 1750.

Es importante destacar que la verdadera cuestión debatida en las negociaciones anglo-españolas fue el derecho de Gran Bretaña a "penetrar" en las regiones del Atlántico Sur y no su derecho a establecerse en las islas.

1. Expedición de John Byron

Luego de transcurridos 15 años de haber sido desechado el proyecto Anson, el gobierno inglés decide retomarlo y confía la expedición compuesta por los buques Delphin y Temar al Comodoro John Byron.

Byron parte de Inglaterra el mes de junio de 1764, cuando aún no había sido publicada la Revista Gazette de la Haya que informaba sobre la ocupación francesa de las islas, y llega a la Malvina Occidental en enero de 1765 tomando posesión del lugar en nombre del Rey Jorge III y denominándolo Port Egmont.

En el mes de setiembre del año siguiente se extienden instrucciones secretas al capitán Mac Bride a cargo de la segunda expedición inglesa destinada a las Malvinas, para que evite cuidadosamente proceder con medidas de hostilidad y violencia en las islas, salvo en Port Egmont, donde sí se le ordenaba defender y mantener la posesión efectuada (8).

(7) CARRASCO, ob. cit. p. 193.

(8) BRUNO BOLOGNA, ob. cit. p. 417.

El Capitán Mac Bride junto con unos 30 hombres más, desembarca en las Malvinas en el mes de enero de 1766, cuando los franceses ya llevaban casi 2 años de ocupar el otro lado del archipiélago. La ocupación continúa hasta el 10 de junio de 1770, fecha en que España envía al capitán de navío Juan Ignacio de Madariaga al frente de una escuadra para que desaloje por la fuerza a los colonos ingleses de Port Egmont.

2. Reacción de España ante la Ocupación Inglesa

Desde que España recibiera la posesión del archipiélago de manos de los franceses, tenía noticias de la existencia de un establecimiento oculto inglés. Por ello, la Corte de Madrid resuelve instruir a su Embajador en Inglaterra, el Principe de Masserano, para que efectúe el reclamo pertinente. Dicho reclamo se apoya en el artículo VIII del Tratado de Utrech de 1713, en virtud del cual Inglaterra se había comprometido a asistir a España para que ésta mantuviera las Indias Occidentales tal y como se hallaban delimitadas bajo el reinado de Carlos II (9). Al no prosperar la gestión diplomática, el gobierno español ordena al gobernador de Buenos Aires, Francisco de Bucarelli y Ursúa que no permita ningún establecimiento en las islas y que si estos ya existiesen que procediera a desalojarlos por la fuerza (10). España estaba decidida a defender, incluso con las armas, la integridad de sus adquisiciones territoriales.

Una vez informado Bucarelli de la ubicación del establecimiento inglés, decide entrevistarse con el comandante de la escuadra del Río de la Plata, don Juan Ignacio de Madariaga para ponerse de acuerdo sobre las medidas a adoptar. Se resuelve ordenar al capitán de fragata don Fernando de Rubalcava que zarpe con destino al puerto inglés para exigir el retiro de la guarnición pirata. El 20 de febrero de 1770 Rubalcava cumple con enviar una nota al capitán Antonio Hunt, quien en esos momentos se hallaba al mando del barco inglés Tamer. Hunt no accede a retirarse alegando que él protegería las islas que por derecho de descubrimiento pertenecían al rey de Inglaterra. A

(9) CARRASCO, ob. cit. p. 194.

(10) BRUNO BOLOGNA, ob. cit. p. 426.

su vez exhorta a los españoles a que sean ellos quienes procedan a evacuar las islas. Rubalcava regresa a Puerto Soledad decepcionado por haber fracasado en su misión y relata lo acontecido a Bucarelli, quien de inmediato decide enviar una 2ª expedición a mando de Madariaga para que de una vez por todas desaloje a los ingleses.

Madariaga atraca en Port Egmont el 6 de junio de 1770 y recurre primeramente a la intimación al desalojo, mas, al encontrarse frente a una guarnición inglesa hostil decide abrir fuego. El día 10 del mismo mes los británicos son derrotados y se ven obligados a firmar la capitulación (11).

3. Negociaciones Madrid-Londres

Enterado de los hechos acaecidos el 10 de junio en Port Egmont el gobierno inglés no hace esperar sus airadas protestas y se prepara para un posible enfrentamiento bélico. Carlos III de España recurre de inmediato al rey Luis XVI con quien tenía un pacto de familia, pero éste le hace saber que Francia no se hallaba en condiciones de intervenir en una guerra colonial contra Inglaterra (12). Todo lo que ofrece es actuar como mediador para buscar una posible fórmula de conciliación. En vista de esto, España se ve obligada a asumir una actitud más pacifista en sus negociaciones con Inglaterra. Ilustrativa de esta actitud es la negativa del Príncipe de Masserano de aceptar cualquier participación oficial de España en el desalojo de los marinos ingleses de Port Egmont, sosteniendo a la vez que dicha acción había sido ordenada por Bucarelli a iniciativa propia (13).

El soberano inglés, Jorge III, manifestaba su total desaprobación por los procedimientos empleados por los súbditos españoles y exigía que las cosas en Port Egmont se restituyesen al estado en que se hallaban antes del 10 de junio de 1770. Esta petición resumía el sentir del pueblo inglés que consideraba haber sido ofendido en su honor.

(11) CHAMBER'S ENCYCLOPAEDIA, Falkland Island, Vol. 5, (Pergamon Press LTD, 1967), p. 549.

(12) David HORN, Great Britain and Europe in the Eighteenth Century, (Clarendon Press, Oxford, 1967), p. 297.

(13) CARRASCO, ob. cit. p. 201.

En una conversación sostenida entre el Embajador francés en Gran Bretaña y el primer Ministro inglés Lord Frederick North, éste último expresaba que Inglaterra no deseaba conservar las islas, las cuales no tenían ningún valor para ellos, y que si España daba la satisfacción reclamada ellos iban seguramente a evacuarlas (14).

Las negociaciones continúan en Londres y finalmente Masserano formula una propuesta que es aceptada por el gobierno inglés. Se trata de una declaración en la cual se desagraviaba a Inglaterra y cuyo texto pasamos a transcribir:

“SMC reprueba la sobredicha violenta empresa, y por lo tanto el Príncipe de Masserano declara que su dicha MC se obliga a dar orden inmediata 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. El príncipe declara al mismo tiempo, en nombre del Rey su amo, que la promesa que hace Su dicha MC de restituir a SM Británica la posesión del fuerte y puerto llamado de Egmont, no perjudica de modo alguno la cuestión de derecho anterior de soberanía de las Islas Malvinas, por otro nombre de Falkland. En Londres, a 22 de Enero de 1771. Firmado: El Príncipe de Masserano (15)”.

De esta manera, a la vez que desagraviaba a Inglaterra, España hace expresa reserva de su derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas.

Acto seguido, los ingleses retornan a Port Egmont.

4. El Pacto Secreto

Muchos historiadores afirman la existencia de un pacto secreto entre España e Inglaterra por el cual esta última se comprometía a evacuar Port Egmont luego de transcurrido un tiempo prudencial para calmar a la violentada opinión pública inglesa (16). En efecto, el 22 de mayo de 1774, luego de 3 años de

(14) BRUNO BOLOGNA, ob. cit. p. 415.

(15) CARRASCO, ob. cit. p. 202.

(16) PARRY, ob. cit. p. 132.

ocupación, los ingleses deciden abandonar su campamento con el fútil pretexto de hacer economía. Al partir dejan una placa en la cual se proclama el derecho de soberanía de SMB sobre las islas.

Después de revisar el contenido de la documentación extraída del Archivo Histórico de Madrid por el estudioso argentino Raúl Martínez Moreno (17) se puede concluir que el pacto secreto antes mencionado verdaderamente existió.

Luego de desocupar las islas, no hubo ya ningún intento por parte de los ingleses de retornar a ellas y así pudo España mantener un dominio absoluto del archipiélago hasta producida la Independencia de la nación argentina.

D. La Toma de Posesión Argentina

1. Actos de Posesión sobre las Islas

Por la Revolución de Mayo de 1810, Argentina toma posesión de las Provincias Unidas del Río de la Plata y en 1816 proclama su independencia de España en el Congreso de Tucumán.

Los distintos gobiernos provisionales de la naciente República realizan actos de dominio sobre el archipiélago malvinense entre los años de 1811 y 1817 (18). Luego, en 1820, se nombra oficialmente primer gobernante de las islas al coronel David Jewet, quien se instala en Puerto Soledad al mando de una pequeña guarnición. Nueve años más tarde se designa gobernador a Luis Vernet, quien llegando a las islas dicta una serie de ordenanzas prohibitivas de pesca indiscriminada. Es en estos momentos que viendo sus intereses afectados, Gran Bretaña protesta por primera vez expresando la incompatibilidad de la actitud

(17) Extraído de: MARTINEZ MORENO, ob cit. pp. 526-543.

(18) MINISTERIO DE R.R.EE. Y CULTO DE ARGENTINA, Soberanía Argentina sobre las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, (Buenos Aires, 1982).

asumida por el gobierno argentino con los derechos de soberanía de SMB sobre las islas.

Para escarmentar a los buques pesqueros, mayormente de bandera inglesa y norteamericana que continuamente violaban las ordenanzas del gobernador Vernet, éste resuelve detener a 3 buques de bandera norteamericana y lleva a uno de ellos, el Harriet, a Buenos Aires para que sus tripulantes sean juzgados.

2. Desalojo de la Guarnición Argentina de Puerto Soledad

Al enterarse de la detención del buque Harriet, el cónsul norteamericano Slacum presenta un violento reclamo al gobierno argentino y amenaza con hacer intervenir a la corbeta de guerra Lexington si no se procedía a anular el juicio pendiente a los buques de su nación. Vencido el plazo otorgado por Slacum al gobierno argentino y ante la evidencia de que éste gobierno no cedería ante sus pretensiones, el cónsul americano ordena al capitán Duncan que proceda a dispersar a los pobladores del establecimiento de Puerto Soledad.

La corbeta Lexington ancla en dicho puerto el 28 de diciembre de 1831 y Duncan se encarga de arrasarlo con la base argentina. Posteriormente éste capitán declaró las islas "libre de todo gobierno" (19).

Esta inconducta norteamericana es aprovechada por los ingleses quienes deciden enviar al buque de guerra Clío al mando del capitán Onslow para que entre nuevamente en posesión de las islas.

El 2 de enero de 1833 Onslow ancla en Puerto Soledad, donde encuentra que la goleta argentina Sarandí comandada por el capitán José María Pinedo había ido a transportar al gobernador interino de las Islas.

El Comandante inglés le exige a Pinedo la desocupación del puerto en el plazo de 24 horas alegando que el archipiélago le

(19) LA CIVILTÀ CATTOLICA, La Guerra per le Isole Falkland Malvine, (Anno 133, Vol II, Quaderno 3167, 1982), p. 499.

pertenecía a Su Majestad Británica. Pinedo se niega rotundamente a cumplir tal exigencia y transcurrido el plazo prefijado los ingleses arrian la bandera argentina y ocupan por la fuerza Puerto Soledad.

Estos son los acontecimientos que dieron origen a la actual ocupación británica de las Islas Malvinas (20).

II. LOS TITULOS DE SOBERANIA

En este capítulo efectuaremos el análisis de los títulos presentados por Argentina y Gran Bretaña en la defensa del derecho que cada una afirma le asiste para ejercer la soberanía plena sobre el archipiélago malvinense. Por ello, consideramos conveniente hacer una previa aclaración del mencionado concepto conocido en latín como "summa potestas".

A. La Soberanía

La soberanía es un concepto fundamental del Derecho Internacional que está referido a la potestad de la que goza cada Estado para sin injerencia extranjera alguna gobernarse a sí mismo y dirigir plenamente sus relaciones con los demás Estados y organismos de la Comunidad Internacional.

Vemos pues, que son 2 los aspectos esenciales de la soberanía estatal (21):

- (20) Para mayor información acerca de los antecedentes históricos de la Cuestión Malvinas véase:

Bonifacio DEL CARRIL, La Cuestión de las Malvinas, (Emecé Editores S.A., Buenos Aires, 1982).

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE LA COMMONWEALTH, Las Islas Falkland, (Londres, mayo, 1982).

THE EUROPA YEARBOOK, Falkland Islands, (Europa Publications Limited, Vol. II, London, 1978).

REVISTA INTERAMERICANA VISION, La Discordia de las Malvinas, (Vol. 59, Nº 4, 23 de agosto, 1982), pp. 6-10.

- (21) Hildebrando ACCIOLY, Derecho Internacional Público, (Imprenta Nacional, Rio de Janeiro, T.I., 1945), p. 208.

1. En su aspecto interno, también denominado AUTONOMIA, el Estado goza de 3 derechos básicos:

- a. El derecho de organizarse políticamente, es decir, de escoger libremente la forma de gobierno que más le convenga;
- b. El derecho de dictar sus propias leyes;
- c. El derecho de hacer respetar esas leyes.

2. En su aspecto externo también denominado INDEPENDENCIA, el Estado tiene el derecho de conducir libremente sus relaciones con los demás Estados, es decir, sin la intervención o injerencia de una autoridad extranjera.

La amplitud de estas atribuciones ha llegado a ser temida por algunos internacionalistas al ver la actitud negativa de ciertas naciones de evadir el cumplimiento de las normas encargadas de regir la conducta internacional de los Estados por considerarlas incompatibles con su derecho de soberanía. Al respecto, el famoso tratadista inglés James Brierly opina:

"Desgraciadamente el internacionalista no puede liberar su materia del fantasma de la doctrina de la soberanía, demostrando que es uno de aquellos conceptos que se han convertido más en tiranos que en servidores nuestros (22)".

Cabe agregar sin embargo, que el concepto de soberanía absoluta ha ido perdiendo fuerza en los últimos años debido al desplazamiento gradual del concepto de independencia por el de interdependencia estatal, hecho que confiamos, favorecerá y facilitará la labor del Derecho Internacional.

B. Argentina: Títulos histórico-jurídicos (23)

(22) James BRIERLY, La Ley de las Naciones, (Editora Nacional, México, 1950), p. 43.

(23) Véase DEL CARRIL, ob. cit. pp. 76-100, también: Haroldo FOULKES, Las Malvinas. Una Causa Nacional, (Ediciones Co-

A continuación realizaremos una enumeración cronológica y breve síntesis de los títulos en los que la República de Argentina basa su derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas.

1. La bula Inter Coetera del Papa Alejandro VI del 4 de mayo de 1493.

Por medio de ella se adjudica a la corona española todas las tierras situadas al oeste de la línea imaginaria trazada por el Papa Alejandro IV para dividir las regiones del Nuevo Mundo entre España y Portugal. Dicha línea se fija en el meridiano que pasa a 100 leguas al oeste de las Islas Azores, lo cual ubica a las Islas Malvinas dentro de la jurisdicción de España.

2. El Tratado de Tordesillas de 1494.

Este tratado se firma entre España y Portugal con el fin de trasladar la línea divisoria antes mencionada a 370 leguas al oeste de las Islas Azores. En todo lo demás se ratifica la concesión pontificia del año anterior.

3. El Tratado de Paz, Alianza y Comercio del 23 de mayo de 1667.

Este tratado que celebran España e Inglaterra establece en sus artículos VI y XXIII que:

“los súbditos ingleses no navegarán ni traficarán en ninguno de los puertos, lugares, fuertes, alojamientos o castillos que posea el Rey de España. No será lícito venir a tierra, entrar o permanecer en los puertos de uno y otro, con navíos y soldados, en número que pueda causar sospecha, sin licencia o permiso de aquel a quien los dichos puertos, ensenadas y playas pertenezcan (24)”.

rregidor, Buenos Aires, 1982).

MINISTERIO DE RREE Y CULTO DE ARGENTINA, ob. cit.

José MONETA, ¿Nos devolverán las Malvinas? (Buenos Aires, abril, 1970)

U.N. CHRONICLE, The Debate Falkland-Malvinas, (Vol. XIX, Nº 7, July, 1982).

(24) CARRASCO, ob. cit. p. 194.

4. El conjunto de Tratados que firman España y Gran Bretaña en 1713 después de la guerra de sucesión española confirma la política hasta entonces seguida por ambas naciones de respetar mutuamente sus respectivas adquisiciones territoriales. Estos tratados son:

4.1. El tratado preliminar de Paz y Amistad firmado en marzo de 1713

En él el rey de España plasma su decisión de no conceder en adelante permiso alguno para que se comercie en las Indias españolas, excepción hecha de la compañía de Asiento de Negros, la cual si estaba permitida de surtir de esclavos negros a las posesiones inglesas de ultramar.

4.2. El Tratado definitivo de Paz y Amistad firmado en Utrecht el 13 de julio de 1713

En su artículo VIII confirma lo establecido en el tratado preliminar e incluso añade una alianza en la que se favorece a los intereses españoles.

Art. VIII: "Se ha convenido y establecido especialmente, que por ningún título, ni con ningún pretexto se pueda directa ni indirectamente conceder jamás licencia ni facultad alguna a los franceses ni a otra nación para navegar, comerciar, . . . en los dominios de América pertenecientes a España. Y al contrario, para que se conserven más enteros los dominios de la América Española, promete la reina de Gran Bretaña que solicitará y dará ayuda a los españoles para que los límites de sus dominios de América se restituyan y se fijen como estaban al tiempo del referido rey Católico Carlos II (25)".

La actitud de desconfianza que se había adueñado de el pueblo británico ante el avance y fortalecimiento del poderío colonial francés explica la razón de ser de este artículo. A su vez, reitera el expreso reconocimiento del gobierno británico de todas las posesiones territoriales de España en América.

(25) BRUNO BOLOGNA, ob. cit. p. 413.

4.3. El Tratado de Paz, Amistad y Comercio firmado en marzo de 1713.

Por medio de este tratado se ratifica el Tratado de Madrid de 1667.

5. El Tratado de París firmado el 10 de febrero de 1763.

Este tratado se celebra entre España y Francia de un lado y Gran Bretaña del otro. Mediante él se pone fin a la guerra de los 7 años. En su artículo II se corrobora la vigencia de todos los tratados suscritos anteriormente entre las coronas británica y española.

6. El expreso reconocimiento que efectúa Francia de los derechos españoles sobre las Islas Malvinas en el mes de abril de 1767

Este reconocimiento que se materializa con el traspaso del establecimiento francés de Port Luis a la corona española, no origina las protestas de ninguna nación europea, hecho que implicaría un tácito reconocimiento de los derechos españoles sobre el archipiélago malvinense por parte de aquellas naciones que guardaron silencio.

7. El Tratado de San Lorenzo o Nootka Sound Convention celebrado el 28 de octubre de 1790 entre Gran Bretaña y España

Situándolo dentro de su contexto histórico podemos ver cómo este tratado está dirigido entre otras cosas a dar por terminada cualquier pretensión británica sobre las Islas Malvinas. Veamos lo que establece su artículo VI:

“Se ha convenido también por lo que hace a las costas tanto orientales como occidentales de la América Meridional y las islas adyacentes que los súbditos respectivos no formarán en lo venidero establecimiento en las partes de estas costas situadas al sur de las partes de las mismas costas y de las islas adyacentes ya ocupadas por España. Bien entendido que los dichos súbditos respectivos conservarán la facultad de desembarcar en las costas e islas así situadas, para los objetos de pesca, y

de levantar cabañas y otras temporales que sirvan solamente a estos objetos (26)".

8. El Uti Possidetis

Al producirse la independencia de Argentina en 1810, ella entra en la sucesión de todos los derechos que España tenía hasta ese momento sobre las Provincias Unidas del Río de la Plata. Para delimitar sus fronteras Argentina aplica la doctrina del Uti Possidetis, la cual consiste en admitir como límites de la nueva República aquellos fijados por las Reales Cédulas para sus circunscripciones administrativas.

Las Islas Malvinas, incorporadas a la Capitanía General de Buenos Aires por Real Cédula del 4 de octubre de 1766, formaban parte integrante del territorio que Argentina heredaba.

9. La Teoría de la Contigüidad Geográfica

De acuerdo a esta teoría que responde a criterios de conservación y defensa, se le asigna a un Estado un derecho preferente de soberanía sobre las prolongaciones naturales del territorio que ocupa.

Las Islas Malvinas forman parte de la plataforma continental argentina, de allí que aplicando la teoría de la contigüidad geográfica se añadiría un título más a favor de la tesis argentina.

Un estudio más detenido de los títulos hasta aquí mencionados será llevado a cabo en la sección "D" del presente capítulo.

C. Gran Bretaña: Títulos histórico-jurídicos (27)

(26) Fernando DIAZ-PLAJA, La Historia de España en sus Documentos (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955).

(27) Véase REFERENCE SERVICES, Central Office of Information, London, The Falkland Islands and Dependencies, (London, 1982), también: MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE LA COMMONWEALTH, Las Islas Falkland, (Londres, mayo de 1982).

Los títulos y argumentos fundamentales en los que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte basa sus alegados derechos territoriales sobre las Islas Malvinas son:

1. La prioridad de descubrimiento y primer desembarco cierto de que se tenga noticia efectuados por los capitanes ingleses John Davis y John Strong en los años de 1592 y 1690 respectivamente.

2. El reconocimiento español de los derechos británicos sobre el archipiélago malvinense derivado de la devolución de Port Egmont a Gran Bretaña en 1771.

3. La reserva del derecho británico de soberanía sobre las Islas Malvinas efectuada en 1774 por los súbditos británicos con ocasión de dejar las Islas.

Esta reserva se imprime en una placa de plomo con la siguiente inscripción:

"Sébase por todas las naciones que la isla Falkland, con este fuerte, almacenes, . . . tiene un solo dueño y propietario, la Sagrada Majestad de Jorge III, Rey de Gran Bretaña (28)".

4. La ocupación abierta, efectiva, continua y pacífica que Gran Bretaña ejerce desde 1833 sobre el archipiélago malvinense.

Gran Bretaña sostiene que si antes de 1833 podían haber dudas acerca del titular de los derechos de soberanía sobre las Islas Malvinas, después de 150 años de ocupación ininterrumpida estas dudas se despejan en aplicación de la institución de la prescripción adquisitiva.

5. Por último, Gran Bretaña sostiene que la decisión sobre el destino de las Islas Malvinas le corresponde en última instancia a la población malvinense en aplicación del derecho de libre determinación de los pueblos.

En vista del manifiesto deseo de los isleños de seguir manteniendo su actual estatuto constitucional de colonia británica, Gran Bretaña ha decidido no apoyar la transferencia de la supremacía que ejerce sobre las Islas, hecho que contrariaría la expresa voluntad del pueblo malvinense.

Este último punto, al ser materia de debate en el seno de las Naciones Unidas, será analizado por separado y con mayor detenimiento en el capítulo III de nuestro trabajo.

D. Confrontación y Valoración de los títulos Argentinos e Ingleses

En esta sección realizaremos el estudio analítico de los títulos argentinos e ingleses siguiendo el orden en que fueron apareciendo en la historia. Las normas y principios del Derecho Internacional Público se aplicarán para concluir en la validez o invalidez de cada título.

1. La Bula pontificia de 1493 y el Tratado de Tordesillas de 1494.

En los siglos XV y XVI se podía atribuir territorios a los Estados colonizadores por medio de concesiones pontificias. Estas concesiones o bulas pontificias podían ser el resultado de una labor de arbitraje en una disputa territorial o podían ser simplemente privilegios o gracias concedidas por el sumo pontífice a naciones que él quería favorecer por uno u otro motivo.

¿Qué valor tienen estas bulas para el Derecho Internacional?

El ilustre tratadista chileno-venezolano del siglo pasado, Andrés Bello, responde esta pregunta al afirmar:

“...pero, estas concesiones pontificias, lo mismo que las convenciones que sobre éste asunto intervinieron entre las potestades seculares no fueron respetadas por la Gran Bretaña, ni por la Francia i Holanda, i en el

día, las referidas bulas son letra muerta, a no ser en las cuestiones de límites entre Portugal i España (29).

La bula pontificia, así como el posterior tratado que lo ratifica, se dieron con el fin de resolver un problema limítrofe entre España y Portugal, en consecuencia, por ellos quedaban obligadas solamente esas dos naciones.

2. El descubrimiento inglés de las islas y el posterior desembarco de Strong

El descubrimiento por sí solo es un hecho que no origina derechos de soberanía a menos que sea seguido por una ocupación efectiva. Para que una operación sea considerada como efectiva debe cumplir con dos condiciones esenciales:

a. debe ser realizada *ánimo domini*, es decir, con la intención de adquirir competencia sobre el territorio ocupado;

b. debe ser material, es decir, que se realicen actos de administración y gobierno en el territorio ocupado.

El descubrimiento, por las complicaciones que presenta su determinación sólo puede proporcionar un derecho embrionario o "inchoate title" a quien lo realiza, y requiere del ejercicio de la posesión para ser perfeccionado (30).

Gran Bretaña, al no haber seguido su descubrimiento con una ocupación efectiva de las Islas, no puede basar su derecho de soberanía en dicho acto.

3. El Tratado de Paz, Alianza y Comercio de 1667 y los Tratados de Utrech de 1713

¿Podemos calificar como jurídicamente vinculatorios a esta serie de tratados firmados entre España y Gran Bretaña?

(29) Andrés BELLO, Principios de Derecho Internacional Público, (Atalaya Ed., Buenos Aires, 1946), p. 53.

(30) Charles ROUSSEAU, Derecho Internacional Público, (Ediciones Ariel, Barcelona, 1966), p. 243.

A partir del siglo XVI, siglo de los grandes descubrimientos territoriales, se procura fijar las reglas a ser aplicadas en la adquisición de las regiones sin soberano. Para esos efectos, las naciones colonizadoras recurren al Tratado, instrumento jurídico, regulador de las relaciones internacionales por excelencia, desde la aparición del Derecho Internacional.

La incertidumbre y la desconfianza reinaban entre las grandes potencias marítimas de la época, a decir, Gran Bretaña, España, Francia, Portugal y Holanda; todas ellas con iguales ambiciones expansionistas. Por ello, estas naciones se veían obligadas a recurrir con bastante frecuencia a la celebración de tratados. Estos fijaban "las reglas del juego" para el establecimiento de la competencia sobre los territorios *res nullius* y garantizaban el respeto de los acuerdos a que se llegaba entre los gobiernos.

Andrés Bello, refiriéndose a la fuerza vinculatoria de los mencionados instrumentos jurídicos afirmaba:

"Los tratados son leyes que obligan a los súbditos de cada uno de los soberanos contratantes" (31).

Por eso, si Gran Bretaña aceptaba a través de la firma de tratados la jurisdicción de España sobre las Indias Occidentales, incluidas en ellas las Islas Malvinas, ella quedaba obligada en adelante a respetar esa jurisdicción.

4. El expreso reconocimiento francés de los derechos españoles sobre las Islas Malvinas

Efectuado el traspaso de la posesión francesa al gobierno español en 1767 y publicado en Europa el libro "Viaje alrededor del mundo por la fragata del rey" escrito por Bougainville, en el cual se reconocía la soberanía española sobre las Islas Malvinas, Gran Bretaña no protesta ni procura reivindicar derecho de propiedad alguna, pudiendo interpretarse válidamente esta actitud como una aceptación tácita del derecho español.

(31) BELLO, ob. cit. p. 30.

5. La restitución española de Port Egmont a Gran Bretaña en 1771

Como vimos en el capítulo I de nuestro trabajo, en las negociaciones habidas entre España y Gran Bretaña por causa del violento desalojo de los súbditos británicos de Port Egmont, lo que en el fondo se perseguía era reparar la ofensa inferida al honor británico.

España no sólo desconoció derechos británicos sobre las islas, sino que por encima de todo, dejó bien sentado su derecho anterior de soberanía sobre las Islas Malvinas al firmar la declaración que, desagraviando a Gran Bretaña, ordenada la restitución de las cosas en Port Egmont al statu quo ante. La declaración firmada por España se limitaba a resolver una cuestión de hecho y de ninguna manera representó un reconocimiento por parte de España de derechos británicos sobre las Malvinas.

6. La reserva del derecho de soberanía británico sobre las Malvinas. 1774

Esta reserva impresa en una placa de plomo en momentos en que los súbditos británicos procedían a abandonar las islas, no es considerada en Derecho Internacional como una manera de ejercer la posesión. El dejar placas, banderas u otros emblemas distintivos de una nación configura la llamada "posesión simbólica", la cual no puede considerarse mantenida frente a actos exteriores y continuos (32) como aquellos efectivamente ejercidos por España sobre las Islas Malvinas durante casi 46 años.

Además, considerando que la decisión inglesa de abandonar las islas en 1774 respondía al compromiso adquirido 3 años antes con España, lo cual se deduce de la lectura de los documentos extraídos por el profesor argentino Raúl Martínez Moreno del Archivo Histórico de Madrid, podemos concluir que en 1774 los ingleses procedieron "animus derelinquendi", es decir, con la intención de abandonar definitivamente la cosa, convirtiendo de esa manera su posesión simbólica en un acto intrascendente.

(32) BELLO, ob. cit. p. 52.

7. El Tratado de San Lorenzo de 1790

Por este tratado, Gran Bretaña se obligaba a no formar en adelante establecimiento alguno en las costas o islas adyacentes situadas al sur de las costas de la América Meridional ya ocupadas por España. Al firmarse este tratado España llevaba ya 23 años de ocupación efectiva de las Malvinas, y Gran Bretaña llevaba 16 de haberlas abandonado. Suponiendo que Gran Bretaña hubiera realmente tenido alguna vez derechos sobre el archipiélago malvinense, con la celebración de éste tratado quedaba en claro su intención de renunciar a ellos, puesto que las islas se hallaban comprendidas en el ámbito de aplicación del mismo.

8. Aplicación del Uti Possidetis

El Uti Possidetis fue un interdicto posesorio del derecho romano en virtud del cual, en caso de existir un litigio por la propiedad de una cosa, se reconocía la continuación de la posesión de quien estuviera poseyendo la cosa, hasta producida la resolución del litigio (33).

A principios del S. XIX, llegado el momento de emanciparse de España, las colonias hispano-americanas fueron constituyéndose sucesivamente en estados soberanos, encontrándose al mismo tiempo en la necesidad de adoptar una regla jurídica para fijar sus respectivos límites y para no dejar a la conquista entre sí mismos "la facultad de señalar con la espada la geografía política del nuevo mundo" (34).

Es por ello que estas nuevas naciones, recogiendo la institución romana anteriormente mencionada, se formaron respetando las demarcaciones de los virreynatos, presidencias y capitanías generales coloniales. Mediante la adopción de esta regla jurídica conocida como Uti Possidetis se cumplía con garantizar el equilibrio internacional y la conservación de las soberanías de las naciones hispanoamericanas.

(33) Alberto ULLOA SOTOMAYOR, Derecho Internacional Público, (Ediciones Iberoamericanas S.A., Madrid, 1957), p. 463.

(34) Vicente G. QUESADA, Derecho Internacional Latino-Americano, T. I, (La Cultura Argentina, Buenos Aires, 1918), pp. 42-43.

¿Hubo algún reconocimiento por parte de Gran Bretaña de éste principio del Uti Possidetis?

El 2 de febrero de 1825 un ministro inglés, Lord Parish, celebró y firmó en nombre de S.M.B. el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación con el gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata, en cuyo artículo II se establecería:

“Habrá entre todos los territorios de S.M.B. en Europa y los territorios de las Provincias Unidas del Río de la Plata una recíproca libertad de comercio (35)”.

¿Qué era lo que en Gran Bretaña se entendía por “los territorios de las Provincias Unidas del Río de la Plata”?

Parish respondió a esta interrogante en su obra “Buenos Aires y las Provincias Unidas del Río de la Plata”, al afirmar en su introducción que:

“... las obras de un interés histórico, relativas a los países que en un tiempo formaron el virreinato, y ahora, la República del Río de la Plata ... (36)”.

Cabe agregar que la aplicación del principio de Uti Possidetis no fue cuestionada por nación europea alguna debido fundamentalmente a la función armonizadora y preventiva de conflictos entre las nacientes naciones americanas que cumplió éste principio.

Podemos afirmar válidamente entonces que Argentina una vez independizada de la madre patria, entró legítimamente a sucederla en todos los derechos que ésta había tenido sobre las Provincias Unidas del Río de la Plata, incluyendo aquellos referidos a las Islas Malvinas.

(35) Ibid, p. 189.

(36) Ibid, p. 190.

9. La ocupación británica de las Islas Malvinas

Gran Bretaña sostiene actualmente que la ocupación abierta, continua, efectiva y pacífica que ha venido ejerciendo desde hace 150 años en el archipiélago malvinense le otorga el derecho a invocar la prescripción adquisitiva a su favor.

Recordemos los requisitos establecidos por el Derecho Internacional para poder invocar la prescripción adquisitiva o usucapión (37):

- a. La existencia de una ocupación ininterrumpida por un extenso número de años,
- b. La buena fe del poseedor,
- c. El silencio del legítimo propietario, es decir, su descuido en hacer valer sus derechos.

Gran Bretaña recurrió al uso de la fuerza hace 150 años para originar su ocupación de las Islas Malvinas, contraviniendo así el segundo requisito establecido para que la usucapción opere. No es dable legitimar un acto que ha sido efectuado por un medio repudiado por la doctrina y la jurisprudencia internacional. Cabe citar al respecto, las opiniones de dos destacados internacionalistas del siglo pasado, contemporáneos a los sucesos de fuerza objeto de discusión. Ellos son Andrés Bello y Emerich Vattel.

Refiriéndose a los modos de adquirir la competencia territorial, el primero afirmaba:

“Cuando una nación encuentra un país inhabitado i sin dueño, puede apoderarse de él legítimamente, i una vez que ha manifestado hacerlo así, no es lícito a las otras *despojarla* de esta adquisición (38)”.

Vattel, opinando acerca del uso de la fuerza en el campo de las relaciones internacionales afirmaba:

(37) ROUSSEAU, ob. cit. pp. 244-245.

(38) BELLO, ob. cit. p. 51.

"...los que acuden a las armas sin necesidad, son plagas del género humano; son unos bárbaros, enemigos de la sociedad y rebeldes de las leyes de la naturaleza (39)".

En lo que se refiere al tercer requisito, sabemos que para que la prescripción adquisitiva opere a favor de un Estado, es necesario que la extintiva opere en contra de otro. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico sanciona el descuido del propietario en hacer valer sus derechos. En el caso de Argentina esto no es lo acontecido.

La República de Argentina ha venido reclamando en forma constante su derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas. Como consta en la Memoria de Relaciones Exteriores de la República de Argentina de 1888, en ese año el canciller argentino Quirno Costa, frente a la actitud arbitraria británica de cerrar toda posibilidad de negociación con Argentina, declaró:

"... el gobierno argentino mantiene su protesta... que no obstante la resolución de Gran Bretaña de negarse a discutir... el gobierno de la República no cree comprometidos sus legítimos derechos por aquella declaración, ni menos por el silencio que el inglés guarda; el gobierno argentino mantiene y mantendrá siempre sus derechos a la soberanía de las Islas Malvinas".

Hecha la reserva de sus derechos soberanos, el gobierno argentino no ha dejado de mantener periódicas reclamaciones ante el gobierno británico.

Nosotros consideramos que estas reclamaciones conjuntamente con el apoyo y reconocimiento otorgado a Argentina por un elevado número de naciones de la Comunidad Internacional (40), impiden la operación de la prescripción adquisitiva a favor de Gran Bretaña.

(39) MARTINEZ MORENO, ob. cit., p. 518.

(40) El Comité Jurídico Interamericano reconoce los derechos de soberanía de la República de Argentina sobre el archipiélago malvinense en su Declaración del 16 de enero de 1976.

10. La Contigüidad Territorial

En materia de adquisición de la competencia territorial de una isla, un archipiélago o de las regiones polares, el Derecho Internacional le asigna a la vecindad geográfica la función de otorgarle a un Estado determinado un título preferente de soberanía sobre las prolongaciones naturales del territorio que ocupa (41).

Fuera de los casos en los que existe un tratado que la considera específicamente, la contigüidad se considera como título actual y efectivo para el ejercicio de la soberanía territorial. Únicamente cuando se trata de regiones polares.

Las Islas Malvinas no se encuentran jurídicamente comprendidas dentro de las mencionadas regiones polares. Ni hay tratado específico sobre ellas. De ahí que la República de Argentina no pueda invocar sino como título preferente de soberanía éste modo geográfico de adquisición territorial.

E. La Distinción entre Soberanía y Supremacía Territorial

A pesar de corresponderle a Argentina el ejercicio del derecho de soberanía sobre las Islas Malvinas, es el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el que lo viene ejerciendo desde hace ya siglo y medio.

¿Cómo califica el Derecho Internacional esta ocupación británica?

Para responder a esta pregunta, debemos previamente hacer una distinción conceptual entre la soberanía y la supremacía territorial.

El Derecho Internacional deriva su clasificación de los derechos territoriales del concepto romano de propiedad. De allí que quepa establecer la analogía:

(41) ROUSSEAU, ob. cit., pp. 252-254.

soberanía es a propiedad como supremacía es a posesión (42).

La soberanía, al igual que la propiedad, confiere a su titular un derecho de disposición en principio ilimitado sobre el objeto adquirido, genera un derecho erga omnes.

La supremacía, al igual que la posesión, está referida básicamente al ejercicio de ese derecho de propiedad a través del dominio o señorío de un Estado en determinado espacio territorial, y puede ser éste un ejercicio jurídico o antijurídico dependiendo de si está basado en la autorización del Estado territorial o no.

Si bien la soberanía territorial no puede originarse sin haber existido previamente una supremacía territorial, una vez adquirida esa soberanía, no siempre se puede ejercer efectivamente el dominio territorial. Cabe entonces hablar de estos dos conceptos en forma separada, ya que cada uno tiene un significado y valor propio.

Gran Bretaña ha venido ejerciendo una supremacía territorial antijurídica sobre las Islas Malvinas, ya que nunca contó con la autorización de Argentina para detentarla.

¿Puede esta supremacía antijurídica dar origen al derecho de soberanía territorial por el transcurso de los años?

La respuesta que a esta interrogativa da Alfred Verdross es categórica:

“... lo cual pone de manifiesto el error de quienes creen que todo señorío ejercido *ánimo domini* da lugar a la soberanía territorial sobre el territorio ocupado, confundiendo el ejercicio efectivo de la supremacía territorial, fundado en el propio ordenamiento jurídico del ocupante, y el derecho a la soberanía territorial, fundado en el Derecho Internacional” (43).

(42) VERDROSS, ob. cit., pp. 202-207.

(43) Ibid, p. 222.

Es así que cuando Gran Bretaña afirma que no desea apoyar una transferencia de soberanía territorial en contra de la voluntad del pueblo malvinense, queriéndose referir con ello a que no cederá su dominio sobre las islas, se expresa mal, ya que ella no puede transferir un derecho que no tiene. Lo que Gran Bretaña está obligada a transferir es ese señorío que Argentina se ha visto impedida de ejercer debido al comportamiento antijurídico hasta ahora tenido por aquella.

Para concluir este capítulo citaremos una vez más las palabras del renombrado internacionalista Alfred Verdross por considerarlas aplicables a la situación de Argentina con respecto a las Islas Malvinas:

"... aún en una soberanía territorial reducida a un nudum jus, subsiste el germen de la supremacía territorial, pues esta resurge automáticamente en cuanto cesa la supremacía territorial del ocupante. Cabe decir en verdad que incluso un soberano territorial que ya no pueda ejercer en acto la supremacía sobre un determinado territorio, sigue en posesión de una supremacía territorial potencial, toda vez que volverá a ser actual en cuanto desaparezca la extraña (44)".

III.- LA CUESTION DE LAS ISLAS MALVINAS EN LAS NACIONES UNIDAS

A. Ubicación de la Controversia

En el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas se establecen los principios que deben regir a los países miembros de las Naciones Unidas bajo cuya administración se encontraran los pueblos de los denominados Territorios No Autónomos, en su deber de promover el desarrollo del gobierno propio en dichos pueblos.

Las Islas Malvinas desde un primer momento fueron incluidas en la nómina de los territorios no autónomos por su po-

(44) Ibid., p. 207.

tencia administradora, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

De otro lado, la República de Argentina en la Conferencia realizada en San Francisco previamente a la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas se preocupó por formular expresa reserva de sus derechos de soberanía sobre las Islas Malvinas. Tan pronto como Gran Bretaña, cumpliendo con lo dispuesto por el Artículo 73 (e) de la Carta, comenzó a transmitir información sobre la situación económica, social y educativa en las Malvinas, Argentina hizo notar a la Asamblea General de las Naciones Unidas que esa información que proporcionaba Gran Bretaña con relación a las Malvinas en nada afectaba su soberanía sobre dicho territorio (45).

Cuando en 1960 se aprueba la Resolución 1514 (XV) conocida como la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, se crea un Comité Especial encargado de examinar la aplicación de esta resolución con el fin de contribuir a la aceleración del proceso de descolonización en el mundo. Este Comité denominado "El Comité de los 24", encomendó al Subcomité III examinar todo lo relativo a la Cuestión Malvinas.

Reconocida la existencia de un problema colonial dentro del ámbito de la reivindicación territorial argentina de las Islas Malvinas, comienza en el seno del subcomité III el debate sobre las alternativas de solución aplicables a la controversia anglo-argentina.

Gran Bretaña sostiene en el debate que en aplicación del derecho de libre determinación contenido en el punto 2 de la parte declarativa de la resolución 1514 (XV) y conforme a lo dispuesto por el Artículo 73º de la Carta (46), corresponde a los

(45) Del Carril, ob. cit., p. 85.

(46) Artículo 73. Los Miembros de la Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo...

pobladores de las Islas Malvinas determinar el destino del archipiélago. En el mismo tenor, Gran Bretaña sostiene que una vez expresada la voluntad de los isleños, tanto Argentina como ella están en el deber de respetarla (47).

Argentina por su parte sostiene que, es el principio de la integridad territorial contenido en el punto 6 de la resolución 1514 (XV), el que debe ser aplicado en la resolución definitiva de la controversia. Resolver el problema colonial que presenta la cuestión de las Malvinas mediante la entrega del archipiélago a otro pueblo o país que no fuese su legítimo soberano, sería contravenir con lo dispuesto por el punto 6 de la Declaración, legitimando en este caso un acto de fuerza perpetrado por Gran Bretaña hace 150 años en su apropiación de las islas.

Expuestas de esta manera las dos alternativas concebidas para poner fin a la histórica controversia anglo-argentina, el subcomité III, el 18 de setiembre de 1964 aprueba por unanimidad las conclusiones y recomendaciones siguientes:

— El Subcomité confirma que las disposiciones de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales son de aplicación al Territorio de las Islas Falkland (conocidas también con el nombre de Islas Malvinas);

— El Subcomité toma nota de la existencia de una disputa entre los gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de la Argentina a propósito de la soberanía de las Islas Falkland (conocidas también con el nombre de Islas Malvinas);

— El Subcomité recomienda al Comité Especial que invite a los gobiernos del Reino Unido y de la Argentina a entablar negociaciones a fin de encontrar una solución pacífica a este 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 dichas Islas

(47) MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE LA COMMON-WEALTH, ob. cit., pp. 6-9.

y también las opiniones expresadas en el curso del debate general;

— El Subcomité recomienda al Comité Especial que invite a los dos gobiernos arriba mencionados que informen al Comité Especial o a la Asamblea General del resultado de sus negociaciones.

30a. sesión

Estas recomendaciones y conclusiones se incorporan sin mayores modificaciones en la Resolución 2065(XX) del 16 de diciembre de 1965, quedando de esta manera la Cuestión de las Islas Malvinas encuadrada en los términos de la Resolución 1514(XV).

B. La Descolonización

1. Alcances de la Resolución 1514(XV)

El objetivo de la Resolución 1514(XV) se encuentra claramente enunciando en el párrafo 12 de su texto, el cual establece:

La Asamblea General proclama solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones.

Seguidamente, en los 7 puntos que constituyen la parte declarativa de esta resolución, la Asamblea General define los principios a ser aplicados en la consecución del objetivo por ella trazado.

Se puede sintetizar el contenido de estos 7 puntos en 2 ideas centrales:

- a. El logro de la independencia en todos los pueblos dependientes, mediante el ejercicio del derecho a la libre determinación.

Destaca de la lectura de los 5 primeros puntos de la R/1514(XV), que la preocupación primordial de la Asamblea General reside, no tanto en la condición política de dependencia que pueda tener un pueblo, sino más bien, en todos aquellos factores negativos que pueda entrañar esa situación de dependencia, a decir, la denegación de los derechos fundamentales del hombre:

Punto 1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

¿Qué se entiende por la "explotación y dominación extranjera" de la que habla en este punto?

Los principios IV y V del Anexo de la Resolución 1541 (XV) señalan que se presume la existencia de una situación de dependencia en un pueblo cuando su territorio está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en su aspectos étnicos o culturales.

De todas estas consideraciones, como de la detenida lectura del texto de la R/1514(XV) en su conjunto, se puede inferir que la Asamblea General, representando a la mayoría de las naciones de la Comunidad Internacional, vela fundamentalmente a través de su resolución, por el respeto de los derechos que posee toda persona, es decir, que prima la preocupación por lo que constituye el factor humano (*).

(*) Aunque no atañe al tema central de éste trabajo, es oportuno señalar aquí, que durante la Guerra de las Malvinas de 1982, un argumento insistentemente utilizado en el mundo contra la Argentina, fue el carácter dictatorial de su Gobierno y la grave situación, hoy admitida oficialmente, de los 16.000 desaparecidos.

Este argumento no afecta la validez de los títulos de soberanía aquí discutidos, puesto que los derechos de soberanía de un Estado no se ven alterados por el carácter constitucional o inconstitucional de quien detente el poder; sin embargo, es un tema presente en la discusión y necesario de afrontar y corregir para una vigencia más plena de los derechos humanos.

Dentro de éste contexto, el ejercicio del derecho a la libre determinación se concibe como el medio más eficaz para terminar con cualquier situación de opresión e injusticia en los pueblos del mundo.

Es por eso que la Independencia constituye la meta propiciada en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, como su propio título lo revela.

b. La segunda idea o principio que contiene la parte declarativa de la R/1514(XV) es la contenida en sus puntos 6 y 7. En ellos se hace mención al respeto de la unidad e integridad territorial de todos los países, principio éste que teniendo un contenido muy específico, no requiere de mayores aclaraciones.

2. Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales a la Cuestión de las Islas Malvinas

Para poder saber si el pueblo de las Islas Malvinas está sometido a esa dominación y explotación extranjera que tan decididamente busca eliminar la Asamblea General a través de la aplicación de su R/1514(XV), es necesario conocer los aspectos fundamentales que constituyen y conforman el sistema en que se desenvuelven los isleños.

a. Aspectos Generales de la Organización Política, Social y Económica de la población malvinense (48)

El archipiélago malvinense conformado por 2 islas mayores: Malvina del Este o Soledad, y Malvina del Oeste o Gran Malvina; y una serie de islas menores está situado en el Atlántico Sur, dentro de la plataforma continental argentina. Su superficie total es de 11,961 Km².

(48) Véase principalmente DEL CARRIL, ob. cit., pp. 79-100.
ENCYCLOPAEDIA BRITANICA, History of the Falkland Islands. William Benton Publisher, Vol. 9, 1964.
MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE LA COMMO-WEALTH, ob. cit.

Gran Bretaña, al anexarse el archipiélago en 1833 le otorgó el status político internacional de 'Colonia de la Corona Británica'. Por este motivo, el gobierno del Reino Unido es responsable ante el Parlamento por la efectiva administración de las Islas.

En 1980, el gobierno británico realizó un censo poblacional que arrojó un total de 1813 habitantes, de los cuales 1360, es decir el 80%, eran nacidos en las islas y 302 en Gran Bretaña. El pequeño número restante estaba conformado por irlandeses, uruguayos y chilenos.

Desde 1931, año en que la población llega a los 2392 habitantes, el aumento de la población se tornó nulo y hasta negativo, cosa que hoy en día sucede solamente en muy pocas partes del mundo.

Los 1360 nativos que constituyen la población estable de las Islas son conocidos como los "kelpers", nombre que derivaron de una alga local; y a los nacidos en Gran Bretaña pero que desempeñan temporalmente funciones administrativas en las Islas, se les conoce con el nombre de "ex-patriates".

Estos ex-patriates realizan sus labores directamente para uno de dos empleadores:

- el gobierno británico, o

- la Falkland Islands Company (FIC), empresa que ejerce monopólicamente el comercio en las Islas.

La FIC, fundada en 1851 por un importante industrial inglés, es dueña del 46% de las tierras del archipiélago y detenta el 74% de la economía de las Islas. De las 29 estancias comerciales con las que cuenta las Islas Malvinas, solamente 4 no comercializan sus productos a través de la FIC. Esta compañía también desarrolla actividades bancarias y de cobertura de seguros marítimos.

¿En qué consiste esta realidad económica malvinense que la FIC controla?

Se la puede sintetizar en dos palabras: explotación lanera.

La lana para exportación se extrae de las 650,000 ovejas que existen en las Islas. Han habido intentos de diversificar esta monoprodutora economía isleña. En el informe de Lord Shackleton que para esos fines se realizó en 1975 (49), se aconsejaba el desarrollo de una industria pesquera y la explotación de la plataforma continental malvinense para la extracción de petróleo. Estos proyectos no pudieron prosperar debido a conflicto existente entre Argentina y el Reino Unido por la soberanía de las Islas, lo cual traía como consecuencia la falta de garantías necesarias para poder contar con un régimen político-económico estable que hubiese permitido conseguir las inversiones privadas requeridas para cumplir con las recomendaciones de Lord Shackleton.

En lo referido al comercio, la casi totalidad de importaciones y exportaciones provienen y están dirigidas al Reino Unido.

¿Cómo es el sistema de gobierno que existe en las Islas?

El 21 de noviembre de 1977 entra en vigor la actual Constitución malvinense, en la cual se establece el principio del sufragio universal y se reduce la edad para votar a los 18 años.

Las Islas son administradas por un Gobernador designado por la Corona, el cual cuenta con el asesoramiento de un Consejo Ejecutivo compuesto por 2 miembros designados por el Gobernador, 2 miembros 'ex officio', y otros 2 elegidos por el Consejo Legislativo. Este Consejo Legislativo está constituido a su vez por 6 miembros elegidos por sufragio universal, y 2 de oficio, y se encuentra facultado para formular leyes para la paz, el orden y el buen gobierno del territorio. Los miembros del Consejo pueden presentar proyectos de ley o proponer mociones; la legislación es aprobada por mayoría simple.

El sistema judicial está encargado a un Tribunal de Magistrados, un Tribunal Supremo cuyo vocal es un no-residente. y un

(49) José GREÑO VELASCO, "El informe Shackleton sobre las Islas Malvinas". En *Rev. de Política Internacional*, Nº 153. Madrid, 1977.

Tribunal de Jurisdicción Sumaria. El Tribunal de Apelaciones creado en 1965 tiene su sede en Londres.

El Consejo Legislativo es el que se ocupa de la administración cotidiana de las Islas, el comercio, los servicios sociales y la educación. Esta última es gratuita y obligatoria para los niños a partir de los 5 años. Existe ayuda financiera para los estudiantes malvinenses que desean profundizar sus conocimientos en las universidades británicas.

¿Qué características propias presenta el pueblo malvinense?

No podemos afirmar que los malvinenses han desarrollado una cultura propia e identificable como sí ha ocurrido con otras comunidades de origen británico que se establecieron en territorios de ultramar.

El sentido de identidad de los isleños está totalmente influido por su adscripción a Gran Bretaña, ellos desean seguir manteniendo los vínculos que los une con su metrópoli, de ahí la expresión: "Keep the Falkland British".

Los pobladores de las islas son personas honestas, trabajadoras, pero que no demuestran tener mucha iniciativa ni espíritu de empresa. Existe en ellos un alto grado de aceptación del statu quo que los lleva a colindar con la apatía.

En el informe del diputado inglés Phipps, publicado en 1977 se hacían las afirmaciones siguientes acerca de la situación social de los isleños:

"Todos los principales problemas sociales, especialmente la bebida y el divorcio, provienen del aislamiento de una pequeña comunidad, estrechamente integrada. El creciente impacto del mundo exterior sobre esta comunidad está ahora creando el más urgente problema social: la emigración, principalmente hacia el Reino Unido.

Según parecez, no es la primera vez que lo que se presentó en las islas como una visión de romántica soledad desde el Reino Unido, pronto se estrelló contra la realidad de una inacabable dieta de cordero, cerveza y

rum, espolvoreados con ocasionales borracheras y adulterios (50)".

Es de esta manera cómo un funcionario británico describe la población a la cual Gran Bretaña le pretende conferir la enorme responsabilidad de definir la controversia anglo-argentina por las Islas Malvinas.

b. Libre determinación o Integridad Territorial

Vimos en la sección A del presente capítulo cómo las dos alternativas planteadas para resolver la Cuestión Malvinas dentro de los términos de la R/1514 (XV) se resumían en:

1. Declarar la aplicación del derecho de libre determinación de los pueblos, dejando de esa manera la decisión sobre el destino de las islas en poder de los isleños;

2. Declarar la aplicación del principio de la integridad territorial, restituyéndole a la República de Argentina, el territorio que legítimamente viene reclamando desde hace 150 años.

Los dispositivos contenidos en algunas resoluciones de la Asamblea General pueden ayudarnos a determinar la jerarquía de principios que debe aplicarse en la resolución de la Cuestión Malvinas. Estas son:

— R/742 (VIII) del 27 de noviembre de 1953.

En la lista III de su anexo se establece que para poder ejercer el derecho a la libre determinación de los pueblos se debe tomar en cuenta el DERECHO del país metropolitano o del territorio que ejerce la libre determinación, para cambiar el status político internacional de dicho territorio, a la luz de la consideración de si ese territorio es o no es objeto de una reclamación o litigio de parte de otro Estado.

(50) DEL CARRIL, ob. cit., p. 100.

El no tomar en cuenta éste factor al aplicar el derecho de libre determinación entrañaría correr ciertos riesgos como aquel al que hace referencia el profesor español Leandro Rubio García:

"Todo Estado con el deseo de extender su territorio podría invocar éste precedente, fortificado con argumentos étnicos, religiosos o históricos para hacer cambios territoriales favorables (51)".

— R/2065 (XX) del 16 de diciembre de 1965.

Esta resolución establece en su punto 1. La Asamblea General invita a los Gobiernos de Argentina y del Reino Unido a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por el Comité Especial, ...teniendo debidamente en cuenta las disposiciones y los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y de la R/1514 (XV), así como los intereses de la población de las Islas Malvinas...

La impresión que da la forma cómo ha sido redactado éste texto es que se vela por los intereses de la población malvinense como si ese factor no estuviera contemplado en la R/1514. El derecho de libre determinación contenido en el punto 2 de esa resolución abarca mucho más que los intereses de una población. Este derecho otorga a su titular la facultad de darse la forma de gobierno que más le convenga y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. Entonces, con qué objeto se hace mención a los intereses de la población malvinense como si estos no estuviesen ya resguardados por el contenido de la R/1514 (XV). ¿No será que al redactar el texto de la R/2065(XX) la Asamblea General estaba partiendo de la inaplicabilidad del derecho de libre determinación como alternativa de solución a la Cuestión Malvinas y por esa razón se preocupó de recomendar que se tomase en cuenta los intereses de los isleños al llevarse a cabo las negociaciones entre los gobiernos de Argentina y Gran Bretaña?

La Resolución que a continuación estudiamos aclara a nuestro modo de entender la interrogativa arriba planteada.

(51) Leandro RUBIO GARCIA, "La Autodeterminación de los Pueblos". En *Revista Española de Derecho Internacional*. (Vol. XI, 1958, Madrid), p. 243.

— R/2353(XXII) del 19 de diciembre de 1967: Cuestión de Gibraltar.— Párrafo 4º: Considerando que toda situación colonial que destruya parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y específicamente con el párrafo 6 de la Resolución 1514(XV) de la Asamblea General:

Punto 3. Invita a los Gobiernos de España y del Reino Unido a reanudar sin demora las negociaciones previstas con miras a poner fin a la situación colonial en Gibraltar y a salvaguardar los intereses de la población *al término* de la situación colonial...

El establecer en este punto que los intereses de la población se salvaguardan al término de la situación colonial está implicando que el orden a seguir para resolver la Cuestión de Gibraltar es:

1º Acabar con la situación colonial,

2º Velar por los intereses de la población, es decir que estos intereses no constituyen el factor determinante para resolver el problema colonial en sí.

Hecha esta observación, ¿podemos nosotros afirmar que en la R/2353(XXII) se está configurando una jerarquía de principios en la cual prima el de la integridad territorial?

La propia resolución 1514(XV) establece en su punto 7: Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la presente Declaración sobre la BASE del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial.

Por todas estas consideraciones y tomando en cuenta el espíritu de la R/1514(XV) de la Asamblea General, creemos que podemos afirmar válidamente que, el principio de la integridad territorial prevalece sobre el de la libre determinación, en especial en todos aquellos casos en que, al igual que en la Cuestión Malvinas, se pretenda otorgar el derecho de libre determinación a un pueblo que se encuentra lejos de estar en la situación de opresión tipificada en la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.

El pueblo de las Islas Malvinas como hemos visto anteriormente, no quiere liberarse de los vínculos que lo mantienen unido a su metrópoli.

Permitir que la población malvinense ejerza el derecho de libre determinación para conservar su status político de colonia sería a todas luces incongruente ya que, se estaría aplicando uno de los principios contenidos en la resolución 1514(XV) destinada a contribuir con la liquidación del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones justamente a prolongar dicho sistema.

Por lo tanto, creemos decididamente que la Cuestión de las Islas Malvinas debe ser resuelta restituyéndole a la República de Argentina el territorio sobre el cual tiene legítimo derecho de soberanía.

EL PERU FRENTE A LA ANTARTIDA: ANALISIS PRELIMINAR

Beatriz Ramacciotti de Cubas

La Antártida, el vasto continente del Hemisferio Austral, ya imaginado por los griegos muchos siglos atrás, región de aventuras, exploraciones y pacífica investigación científica, es hoy motivo de preocupación universal.

La adhesión del Perú al Tratado Antártico, en abril de 1981, significó el reconocimiento de nuestro país al régimen jurídico negociado y establecido en Washington en 1959 para el Continente Austral.

Para vislumbrar la importancia de la acción peruana, se presenta en primer lugar, una visión general de las condiciones geográficas y de los recursos naturales antárticos. Luego, se realiza una síntesis de los antecedentes históricos (descubrimientos y exploraciones), presentándose además las principales teorías que sirven de fundamento a los reclamos de soberanía de distintos estados sobre sectores del frío continente. Seguidamente, se hace referencia a los principios del Tratado Antártico de 1959, mediante el cual se crea un régimen jurídico especial para la Antártida, convirtiéndola en una inmensa zona de investigación científica dentro de un marco de cooperación internacional, dejando congelados los reclamos territoriales por un lapso de 30 años.

Pero a esta etapa de remanso parece acercarse un tiempo nuevo: de un lado, la posible revisión del Tratado Antártico en 1991, está despertando los intereses nacionales de los estados reclamantes de soberanía y de otros estados (Tercer Mundo) que en foros mundiales (ONU) han solicitado que la Antártida sea considerada "Patrimonio Común de la Humanidad", y de otro lado, la posibilidad de la explotación de los abundan-

tes recursos antárticos está generando una creciente competencia —a nivel oficial y privado— de naciones y empresas, por los beneficios económicos que de dicha explotación se generarían.

INTRODUCCION

Con el acelerado avance de la tecnología actual que ha comenzado a hacer posible el desarrollo económico y estratégico de la Antártida, la lejana y famosa "Terra Australis Nodam Cognita" se ha convertido en un área de creciente importancia internacional.

Más allá de la preocupación por el desarrollo científico se plantean hoy otros intereses que ciertamente ya no se ajustan a la concepción unívoca de la Antártida como un gigantesco laboratorio científico abierto a todos los hombres; en la medida en que los Estados han ido apreciando su posición estratégica, y han pasado a estimar como posible el aprovechamiento de sus recursos, las pretensiones de soberanía son defendidas ardorosamente.

Las posiciones de reivindicación territorial de Argentina, Australia, Chile, Francia, Noruega, Nueva Zelandia y el Reino Unido, que son los siete países que han proclamado sus derechos de soberanía sobre diferentes sectores de la Antártida —algunos de los cuales se superponen— comenzó a ser una delicada fuente de tensión internacional. Esta situación, unida a la ambición por la explotación de los recursos económicos —no siempre explícita pero presente— de las grandes potencias, llevaron a que se convocara a la Conferencia Antártica en 1959, reuniendo a los países que participaron en el Año Geofísico Internacional (1957-1958). Las negociaciones llevadas a cabo en Washington del 15 de octubre al 1º de diciembre de 1959, se plasmaron en el documento denominado "Tratado Antártico", cuya ratificación y entrada en vigor, se concreta el 23 de junio de 1961*.

El Tratado de Washington sirvió para promover la paz y la investigación científica internacional, postergando un problema de límites múltiples por un período de 30 años. Existió acuerdo

* Ver Anexo Nº 1: "Tratado Antártico".

en dos objetivos básicos: asegurar que la región austral a partir del paralelo 60° Sur fuera utilizada exclusivamente para fines pacíficos y prorrogar la cooperación internacional y la libertad de investigación científica para los ciudadanos, gobiernos y organizaciones de todos los países en los mismos términos que tuvo lugar durante el Año Geofísico Internacional.

En cuanto a las pretensiones de soberanía, el Tratado no resuelve el problema jurídico ni el político. Sin reconocer ni desconocer derechos, detiene formalmente las reclamaciones territoriales hasta 1991, año a partir del cual es posible su revisión.

Ahora bien, ¿Cuál es el rol que juega el Perú en este contexto, cuáles son las aspiraciones a las que puede pretender y qué beneficios obtendría? A lo largo del trabajo se presentan algunos elementos que pueden ser considerados para contestar estas interrogantes. Desde mediados de siglo, contados tratadistas peruanos han venido haciendo planteamientos sobre la presencia del Perú en la Antártida, tema en el que profundizaremos más adelante. Por el momento, basta señalar las tres acciones fundamentales emprendidas por el Perú a nivel oficial en torno a la cuestión antártica:

- En mayo de 1979, la Asamblea Constituyente aprobó una Declaración en la que señala al Perú como país austral vinculado a la Antártida.
- En abril de 1980, se dará la vinculación del Perú al Sistema Antártico, mediante su adhesión al Tratado Antártico.
- En noviembre de 1981, el Congreso de la República aprobó la Adhesión del Perú al Tratado de Washington.

Algunos fundamentos que se esgrimen para convalidar el interés peruano por el continente austral son los vínculos históricos que ligan al Perú, desde tiempos muy lejanos, a la Antártida y sus aguas; la influencia que ésta ejerce sobre el clima del territorio nacional, sobre su ecología y biología marina y, aunque no esté explícito, indudablemente está presente, el interés por un eventual aprovechamiento de sus recursos naturales.

Estos —entre otros varios— son los elementos que vinculan al Perú con la "Terra Australis".

Es indispensable pues, que la política antártica peruana y la posición jurídica del Perú sean motivo del diálogo nacional y de la investigación académica. Sin embargo, el debate sobre esta materia ha estado prácticamente ausente en el país. Creemos que uno de los factores principales que ha incidido en tal situación es la falta de información sobre los beneficios y posibilidades que se plantean a partir de la presencia del Perú en el sexto continente.

Por ello es que el propósito del presente trabajo es intentar una aproximación a algunas de las principales cuestiones de hecho y de derecho sobre la Antártida, planteando además ciertas interrogantes.

Para cumplir con este objetivo, hemos estructurado el trabajo en tres partes:

En la primera se presenta una visión geográfica general del Continente Antártico incluyendo una reseña de sus principales recursos económicos y haciendo referencia a la importante posición estratégica que ocupa. Asimismo, se incluye la visión histórica con un recuento de los principales descubrimientos y expediciones que tuvieron como objetivo la "Terra Incognita".

En la segunda parte, de un lado, se analizan las principales teorías en que se basan las reivindicaciones territoriales de diversos Estados y, de otro lado, se mencionan los reclamos concretos de soberanía existentes.

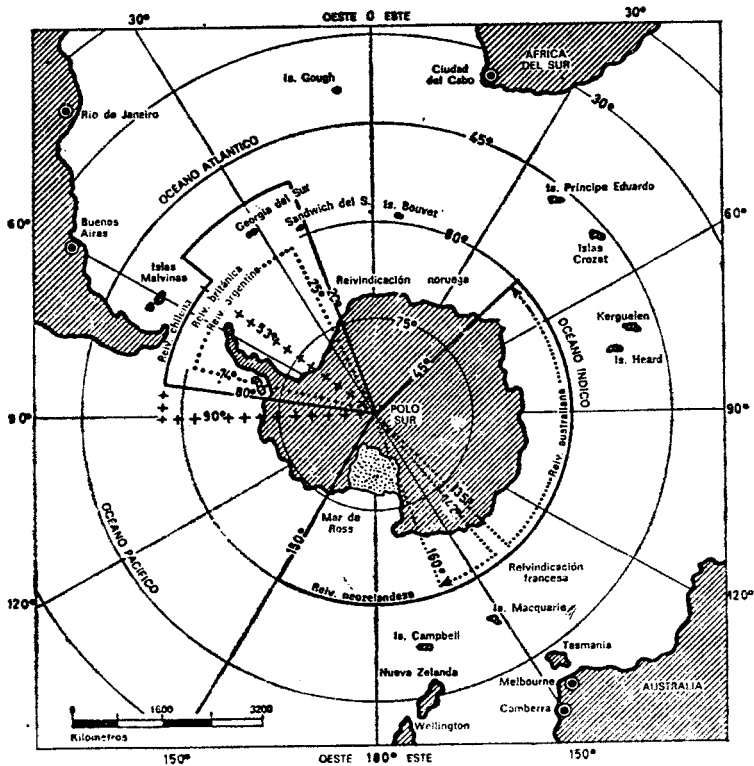
En la tercera y última parte se describe brevemente el Tratado Antártico y se plantean algunas interrogantes sobre las distintas alternativas jurídicas que el Perú podría adoptar frente a la Antártida.

1. *El Continente Antártico: Terra Incognita*

El continente helado aunque geológicamente antiguo es nuevo para el conocimiento geográfico y novísimo para el saber científico.

GRAFICO Nº 1

SITUACION GEOGRAFICA DE LA ANTARTIDA Y SECTORES TERRITORIALES REIVINDICADOS



En la actualidad a pesar del acelerado progreso tecnológico sigue siendo la región más desconocida y deshabitada. Pero muchos saben y otros intuyen que esta última frontera de la tierra, donde todos los meridianos confluyen, es un inmenso cofre que encierra reservas importantísimas para la humanidad celosamente guardadas por sus gruesas capas de hielo.

1.1 *Visión geográfica general*

El continente antártico tiene por límites naturales los que señala la línea de convergencia ubicada entre los 47° y 63° de Latitud Sur, es decir, ocupa el lugar del hemisferio austral donde el Océano Antártico se comunica con el Océano Pacífico, el Indico y el Atlántico. En esta región se encuentran ubicados el polo sur geográfico y el polo sur magnético que no coinciden en el mismo punto geográfico. Su superficie se calcula en aproximadamente unos 14 millones de kilómetros cuadrados, incluyendo islas, archipiélagos y las barreras permanentes de hielo que la recubren, razón por la que esta dimensión puede variar de una estación a otra.

Un 95 por ciento de esta superficie está cubierta por una gruesa capa de hielo (1).

Para representar gráficamente la dimensión de la Antártida puede acotarse que ésta ocupa una décima parte de la superficie terrestre; que es más extensa que Australia; más grande que la China y la India juntas y una vez y media el territorio de los Estados Unidos (2).

En cuanto al clima, los expertos afirman que es el continente más frío, más seco y más tempestuoso del planeta.

Por ejemplo, la temperatura media en la plataforma de la Antártida Este es de -56°C bajo cero, habiéndose registrado hasta -88°C bajo cero. Solamente en las regiones más favorecidas de la Península Antártica —durante el verano austral— se alcanzan temperaturas sobre el punto de congelamiento.

De otro lado, en el círculo antártico se registran los vientos más fuertes de la tierra, que a veces exceden los 300 kilómetros de velocidad.

Las precipitaciones se registran, casi todas, en forma de nieve; son mayores en la costa, y en el Polo Sur, es de menos de 2.5

(1) Auburn, F.M., "Antartic, Law & Politics" (1982), 1-2.

(2) "Polar Regions Atlas" C.I.A. Washington (1978), 36.

centímetros, lo que convierte en un punto más seco que muchos desiertos (3).

Ahora bien, para tener una imagen más exacta de la situación geográfica de la Antártida, debe mencionarse que el Cabo de Hornos, ubicado en el extremo más austral de Sudamérica, es el punto más cercano al frío continente, estando situado a 990 kilómetros del mismo.

Las características tan peculiares que hemos enumerado contribuyen a que se piense que los reclamos de soberanía y la explotación y explotación de la Antártida, no puede ser vista bajo las premisas clásicas del Derecho Internacional, sino que debe ser considerada bajo nuevos principios, nacidos a la luz de las nuevas tendencias del Derecho de Gentes (4).

1.2 *Los principales recursos económicos*

El potencial de los recursos económicos del continente helado es cada día más evidente y muchos afirman que la era de su explotación sistemática ha llegado. A pesar que aún no se conoce con exactitud el potencial de los recursos antárticos, éste es un delicado punto que puede ser fuente de conflicto a nivel internacional, ya que el Tratado Antártico no lo legisla. Se han intentado fórmulas, pero no se han concretado acuerdos, salvo el caso de la Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos, y otras declaraciones que no pasan de ser una intención de las partes (5).

Veamos a continuación cuáles son los recursos más importantes de la Antártida:

- (3) Rubin & Weyant, "Meteorología Antártica" (460-465), en LA ANTARTIDA. Hatherton (1972).
- (4) Arbuét, Puceiro y Garré, "Antártida: Continente de los más para los menos", 26 (1979).
- (5) Ver el artículo de Zegers, F., "El sistema antártico y la cuestión del aprovechamiento de los recursos del área", 293-321, en Rev. de Est. Int. Nº 47 (1979).

--- *Flora y Fauna*

Aunque las rocas y la gruesa capa de hielo del continente polar ofrecen poca hospitalidad a la vida animal y vegetal en contraste, los mares antárticos son un depósito rebosante de vida comparable en rendimiento por hectárea a los mejores pastos. Existen ricas acumulaciones de plantas y animales microscópicos que alimentan cantidades inmensas de peces, focas, ballenas y aves marinas (6).

Entre los animales microscópicos, se encuentra el famoso "KRILL" (cuya especie dominante es la "Euphasia Superba"). Este pequeño crustáceo ha concitado el interés de numerosos científicos, que han llegado a determinar su alto contenido proteico. Varios países tienen programas de investigación en marcha y producciones experimentales a pequeña escala del Krill (7). Otros países han expresado su intención de participar en su explotación comercial. Otro de los elementos de la fauna y el más atractivo durante años ha sido la ballena, de la cual existen diversos tipos.

--- *Agua*

Pocas veces mencionada, el agua de la Antártida puede llegar a ser uno de sus más apreciados recursos. El hielo antártico está compuesto de agua pura y fresca siendo el mayor depósito de agua dulce del mundo. No ha escapado a los científicos la posibilidad de que en el futuro, pequeños "icebergs" sean transportados a zonas áridas para usar el agua en irrigaciones o en forma doméstica (8).

- (6) Stonehouse B., "Aves y Mamíferos", 186 y ss. en: *La Antártida*. Hatherton. Moreno, Carlos, "Desarrollo Antártico y Medio Ambiente Costero", 269-305, en: *El desarrollo de la Antártida*, Orrego y Salinas (1977).
Torres, D., "Explotación y Conservación de Mamíferos Marinos en la Antártida" 186-223, op. cit.
- (7) Kimball, Lee, "Exploración y Explotación del Krill..." en: *Geopolítica y Política de Poder en el Atlántico Sur*, Moneta, C. (1970).
Cabezas B., Roberto, "El desarrollo de la explotación del Krill antártico", 169-181, en *El desarrollo de la Antártida*, op. cit.
- (8) Auburn, F.M., op. cit., 1:
Weeks, W.F. & Campbell, W.J., "Icebergs as a fresh-water resource", *Journal of Glaciology*, vol. 112, Nº 65 (1973).

Distintos estudios señalan la existencia de minerales como berilio, carbón, cobalto, cobre, cromo, estaño, hierro, manganeso; molibdeno, níquel, oro, platino, plata, plomo, titanio, uranio y zinc. Las concentraciones más importantes —propiamente depósitos— corresponden al hierro y al carbón, y en menor medida al cobre. También parece ser que en la plataforma continental se albergan promisoras cantidades de petróleo y gas. Sin embargo, aún no existen los datos suficientes para hacer una estimación real de las potenciales reservas de petróleo, ni de los demás recursos no renovables. El desafío por conocer esta fuente potencial de importantes recursos sigue vigente (9).

1.3 *La posición estratégica*

El significado estratégico del blanco continente ha sido tema de considerable meditación. Un vistazo al mapa demuestra fácilmente la importante posición geopolítica que tiene este inmenso continente*.

Argentina, Chile, Nueva Zelanda y Australia tienen una comprensible preocupación, respecto a la necesidad de proteger sus respectivas reivindicaciones antárticas.

Ya se ha experimentado el temor por la presencia de buques hostiles en aguas meridionales; el primer precedente fue sentado por las actividades desarrolladas por los alemanes en los mares antárticos durante la Segunda Guerra Mundial. La Antártida no es una masa glacial distante, sino que es un continente relativamente cercano —especialmente para Argentina y Chile— en el cual las hostilidades militares podrían amenazar fácilmente la seguridad nacional.

- (9) Gonzales, F., Oscar, "El Continente Antártico: sus recursos no renovables", 228-249, en: **El desarrollo de la Antártica**, Orrego y Salinas (1977).
Quigg Phillip, W., "A pole apart" (1983), 87-88.
Auburn, F.M., op. cit., 241-263.
Mitchell, B. & Tinker, J., "Antarctica and its resources", London (1980), 58.

* Ver: Gráfico N° 1.

También está presente la importancia potencial que tendría al Paso de Drake, en la eventualidad de un cierre del Canal de Panamá y del Canal de Suez (10).

1.4 *Visión Histórica: principales descubrimientos y expediciones*

No obstante, la gran distancia que separa el sexto continente de otras regiones y de la no muy lejana fecha de su descubrimiento, este desconocido lugar de la tierra ya fue imaginado por los antiguos. Aristóteles en base a teorías elaboradas por sabios griegos sobre la forma esférica de la tierra, planteó que la existencia de un amplio continente austral era el contrapeso necesario para mantener el equilibrio y la simetría del mundo. Posteriormente, Claudio Ptolomeo de Alejandría, fue el que con una mayor precisión, afirmó la existencia de un territorio austral, al que se le conoció con el nombre de "Terra Incognita de Ptolomeo".

Los orígenes del nombre del helado continente, también se encuentran en el razonamiento lógico de los griegos: si la región fría del norte estaba bajo la constelación de Arktos (oso en griego), el polo opuesto debía ser denominado Antarktikos. Actualmente se le denomina "Antártida" o "Antártica" indistintamente. La idea de su existencia fue recogida en la Edad Media, recibiendo el nombre de "Terra Australis Nodam Cognita": Tierra del sur no conocida. Varios geógrafos la incorporan en sus mapas; Orontius Finne, en 1531, señala en una carta geográfica la "Terra Australis", y en 1587, Mercator publica el Mapa Mundi (Orbis Imago).

Desde que los antiguos la intuyeron lógicamente y los geógrafos de la Edad Media la incorporaron a sus cartas, la Terra Australis despertó la inquietud de más de un aventurero y el interés de los gobernantes: su descubrimiento podía reportar fa-

- (10) Hanessian, J., "Intereses Nacionales en la Antártida", en: **La Antártica**, Hatherton (1972), 16.
Thornberry N., Augusto, Tesis: "El Problema Jurídico de la Antártida", PUC (1982), 31-34.
Moneta, C., "Antártida Argentina: Los problemas 1975-1990", en: **Estrategia** N° 31-32, (1974-1975).

ma a los intrépidos y provecho económico a los países (11). Es así como en 1578, el corsario inglés Francis Drake recibió de la Reina Isabel el encargo de buscar el Polo Sur. Sin embargo, a pesar de que su nave fue arrastrada al sur del Cabo de Hornos, no llegó a avistar tierra. El punto hasta donde se supone navegó se le conoce como Mar de Drake.

En 1605 el navegante portugués Pedro Fernández de Quirós, partió del Perú por encargo del Rey Felipe III a tomar posesión en nombre de España de todas las tierras aún desconocidas, al sur del Cabo de Hornos. El intrépido piloto navegó por espacio de un mes llegando hasta aproximadamente el grado 26 donde descubrió las islas Nueva Hébridas, constituyendo éste el primer descubrimiento, por voluntad de España, que se efectúa en zona antártica.

En 1738 el francés Bouret de Lozier descubrió la isla que lleva su nombre. En 1773, otro francés descubre una de las mayores islas subantárticas del Océano Indico, a la cual bautiza con el nombre de "Tierra Desolada". Actualmente es conocida con el nombre de su descubridor.

En 1772, partiendo del Cabo de Buena Esperanza, el célebre navegante inglés James Cook se lanzaba resueltamente hacia el sur. Así a los 49° 40' de latitud y 21° de longitud Este, vislumbró los primeros témpanos, difíciles de evitar por los navíos. Algunos tenían 3 ó 4 millas de diámetro, y otros aún más, lo cual le impedía continuar hacia el sur. Cook prosigue en 1773-1774 sus exploraciones por tierras australes descubriendo finalmente la isla Georgia del Sur de la que toma posesión en nombre del Rey de Inglaterra. La fuerte impresión que a los viajeros produjo aquella campaña se traduce en estas líneas del diario del capitán Cook: "El peligro que se corre al intentar explorar una costa en estos mares desconocidos y helados es tan grande que nadie se atreverá jamás a ir más lejos que yo, y dudo que

(11) Fernández Puyó, G., "El problema antártico en el cuadrante sudamericano en: *Revista Peruana de Derecho Internacional* N° 46, pp. 23-240. (1954).

Fitte, Ernesto, "El descubrimiento de la Antártida", Pag. 7 (1978).

Thornberry, A., Pág. 35-37, op. cit.

las tierras que pueda haber más al Sur se descubran alguna vez. Hay que afrontar las nieblas densas, los chubascos de nieve; el frío agudo y todo cuanto pueda hacer peligrosa la navegación. Este país está condenado por la Naturaleza a no sentir jamás el calor de los rayos del sol y a quedarse enterrado en las nieves y en los hielos eternos...".

Sin embargo, viajeros intrépidos volvieron a organizar diversas expediciones hasta llegar al centro mismo de aquellas tierras misteriosas y desoladas. Fueron primero los audaces pescadores de ballenas y focas. Cook ya había señalado la abundancia de "otarios y elefantes de mar" que frecuentaban los mares del sur y es así como pescadores ingleses, americanos y noruegos, acudieron al botín. Algunos autores señalan también que loberos y foquero argentinos, participaron activamente en la exploración del Océano Austral.

Entre 1819-1821, el capitán ruso Bellingshausen, hizo varios descubrimientos en su periplo del Antártico, entre ellos la tierra de Alejandro I, donde no pudo desembarcar debido al banco de hielo que le separaba del litoral; también descubre el mar, que lleva su nombre.

En 1823, el cazador de focas inglés Weddell, favorecido por las excepcionales condiciones de los hielos durante aquel verano, llegó hasta los 74° 15' de latitud, descubriendo un extenso mar que se conoce hoy como Mar de Weddell.

En 1830, la casa Enderby, de Londres, equipó una expedición al mando de John Biscoe para tratar de descubrir en la Antártica nuevas tierras que estuviesen pobladas de focas. Esta expedición encontró la tierra de Enderby, situada a los 68° de Latitud Sur y 60° de Longitud Este. Al año siguiente descubrió la isla Adelaida.

De 1838 a 1843, la Antártida se vio visitada por las expediciones del francés Dumont d'Urville, que descubrió la tierra de Adelaida; la del americano Wilkes, que recorrió una amplia zona, que hoy se conoce como Tierra de Wilkes y la del inglés James Clarke Ross, que halló la tierra Victoria, con los volca-

nes Erbus y Terror y el Mar que lleva su nombre, en gran parte helado.

Luego vendría un largo periodo que podríamos llamar de abandono. Las siguientes expediciones verdaderamente dignas de interés son de fines del siglo pasado.

En 1897 la expedición del belga Adrien de Gerlanche, atrajo nuevamente el interés de los gobiernos provocando una corriente de opinión a favor de la exploración de las regiones antárticas, logrando desmentir la idea pesimista de Cook, que había decaído los ánimos aventureros durante el medio siglo precedente. Encerrada en los hielos durante todo el invierno, con doscientos cincuenta días de nieve, aquellos valientes expedicionarios demostraron la posibilidad de volver vencedores del terrible invierno antártico, y uno de los compañeros del Gerlanche, el teniente Amudsen, noruego de nacionalidad y el más grande de todos los exploradores polares, tendría años más tarde la gloria de ser el primero en llegar al Polo Sur.

Pocos años después dos expediciones -sueca una y escocesa la otra- emprenden la exploración del Polo Sur. En la primera el doctor Otto Nordenskjöld que inverna dos años consecutivos -1902 y 1903- en la Sierra de Graham, realizó importantes estudios científicos sobre los recursos del blanco continente, mencionando por ejemplo, la existencia de carbón, antimonio, molibdeno, plata, cobre y plomo. En la segunda, el doctor William Bruce, pudo hacer una serie de estudios interesantes en la región de las Orcadas del Sur. En 1904-1905 y 1908-1910 respectivamente, el francés Charcot levanta planos de las costas de Tierra Palmer y luego, logra cartografiar la Tierra de Alejandro, instalando diversos observatorios.

Hubo también expediciones alemanas, quienes iniciaron la exploración en el sector del Océano Indico, así por ejemplo en 1902 Erich von Orygalski, exploró la tierra de Guillermo II. extrayendo datos minuciosos sobre la región; expediciones japonesas (1911-1912), australianas (1911-1914). Un dato interesante es que Argentina ocupó una estación escocesa en las islas Orcadas del Sur en 1904 y que la misma mantiene hasta nuestros días. Los esfuerzos por alcanzar el Polo Sur habían sido

aún infructuosos. El Capitán Scott, inglés, realizó varias exploraciones intentando alcanzar el Polo. Un teniente de la marina inglesa, Shackleton en 1909 plantaba el pabellón británico en los 88° 22' de Latitud Sur: estaba a 170 kilómetros del Polo Sur. A la vuelta de esta expedición a Inglaterra, el animoso Scott emprendió una nueva misión con el fin de conquistar definitivamente el Polo Sur; sin embargo, las cosas no sucedieron como el capitán inglés había previsto: el noruego Roald Amudsen viene a recoger todos los laureles, cuando el 14 de diciembre de 1911 alcanza el triunfo llegando a la ansiada meta. Scott mientras tanto superando una serie de contratiempos que retardaron su marcha, llega al Polo Sur el 18 de enero de 1912, encontrándose con gran sorpresa, la bandera noruega. En la ruta de regreso, una terrible tempestad asedió a los expedicionarios, pereciendo.

A las famosas expediciones reseñadas, hay que añadir, entre los años 1928 y 1940, las de Wilkins, inglés y el Almirante R.E. Byrd, norteamericano, realizador de la más completa y feliz exploración al Polo Sur, debido sobre todo al empleo de la aviación. Establece la base "Little America" en la bahía de la Ballena.

Países sudamericanos, como Argentina y Chile han realizado a partir de mediados del presente siglo constantes expediciones. En muchos de los descubrimientos y expediciones reseñados encontraremos el fundamento de pretensiones de soberanía de distintos países sobre la Antártida.

2. *Las Reclamaciones de Soberanía en la Antártida*

Diversos Estados han proclamado su soberanía territorial sobre sectores del Continente Antártico.

Este hecho ha planteado un complejo problema tanto a los países como a los juristas internacionales, puesto que está en discusión no solamente si ciertas regiones pueden ser o no reivindicadas, sino la posibilidad misma de que el sexto continente -por sus peculiares características- pueda ser objeto del dominio territorial de los Estados.

2.1 Principales teorías que sustentan la adquisición de soberanía en la Antártida

Desde una perspectiva jurídica tradicional, las reivindicaciones formales sobre este territorio se han sustentado en diferentes teorías entre las que podemos mencionar:

a) *Teoría del Descubrimiento*

Esta teoría se caracteriza por adoptar las reglas clásicas del Derecho Internacional relativas a la adquisición de territorios considerados "RES NULLIUS" (tierra de nadie).

Es decir, que por el hecho del descubrimiento y la respectiva proclamación sin que sea cuestionada, se constituye un título legítimo para adquirir soberanía sobre los territorios polares. A lo largo de los siglos esta teoría ha sido cuestionada bajo el postulado que el descubrimiento por sí solo no es suficiente para la adquisición de soberanía si no está seguido de una ocupación efectiva.

b) *Teoría de la Ocupación*

Las normas de Derecho Internacional determinan que la legitimidad de una ocupación territorial, además de tener por objeto una "Terra Nullius" y que su realización comporte una manifestación de voluntad del Estado ocupante, ésta debe darse dentro de un "plazo prudencial" y en forma continua y efectiva.

Existe un acuerdo general -aunque no unánime- en el sentido que la norma corriente de ocupación efectiva (en cuanto a las formalidades en que ésta debe darse) no puede ser la usual para regiones como la Antártida, que no solo está deshabitada, sino que virtualmente es inhabitable en la mayor parte de su territorio. La población existente está mantenida artificialmente para cumplir ciertos fines específicos y sin la intención de establecerse en la zona.

Por estas razones, muchos consideran que las expediciones científicas y el establecimiento de bases no da necesariamente derechos de soberanía.

c) *Teoría de la continuidad geográfica o contigüidad*

Esta teoría es considerada una extensión de la teoría de la ocupación, por cuanto parte del supuesto de que un Estado ocupante adquiere un derecho privilegiado para extender su dominio a una "terra nullius" próxima.

Considera esta teoría que el vínculo geográfico existente entre un territorio y las regiones continentales o insulares que lo rodean crea derecho en favor del Estado que ha realizado ocupación efectiva y permanente de dicha región.

d) *Teoría de la continuidad geológica*

Esta teoría se basa en el estudio de la estructura geológica, aludiendo -entre otros- al hecho que la Cordillera Antartandes del continente helado sería la continuación de los Andes Americanos y a la similar composición de las rocas de ambos territorios.

e) *Teoría de la herencia de títulos históricos*

Se fundamenta en la validez de títulos heredados. En el caso de países sudamericanos como Chile y Argentina, se basa en el principio de "uti possidetis juris", principio por el que heredaron de España las tierras que pertenecían a la Madre Patria y que a través de bulas papales y tratados posteriores eran consideradas españolas.

El principio "uti possidetis" se dice "juris" o de derecho porque se basa en el derecho a la posesión, no en la posesión misma. No se trata de posesión efectiva, porque la consolidación de la emancipación de las repúblicas americanas fue acompañada de periodos

de anarquía y desgobierno que impidieron prestar la debida atención a los dilatados territorios heredados por España. Pero este abandono práctico no convirtió a dichos territorios en res nullius, susceptibles de ocupación por terceras potencias.

f) *Teoría de los Sectores*

La insuficiencia de las normas clásicas del Derecho Internacional para solucionar el problema de la soberanía sobre los territorios polares, llevó a que en 1907, el canadiense Pascal Poirier planteara que, cuando el territorio de un Estado situado dentro del Círculo Ártico -como es el caso del Canadá- está contiguo a regiones de tierra o hielo que se extienden hasta el Polo Norte y que no son posesión de otro Estado puede reivindicar de hecho el derecho de soberanía sobre dicho espacio geográfico. En consecuencia, el territorio polar queda dividido en sectores trazados por dos líneas extendidas desde los extremos oriental y occidental de un territorio nacional, hasta el Polo Norte. La aplicación del sistema "sectorial" ha resultado interesante para muchos Estados, cuya proyección en forma triangular con su vértice en el Polo Sur, los favorecería.

g) *Teoría de la "Defrontación" o de la Proyección*

Es una interpretación más flexible de la teoría de los sectores y ha sido propiciada -con diferentes variantes- por juristas latinoamericanos, especialmente brasileños.

Plantea que los países cuyas costas, islas y mar territorial hacen frente al continente antártico deben proyectar los meridianos que pasan por los puntos extremos de sus territorios hasta el Polo Sur.

Conforme a esta teoría otros países sudamericanos, además de Chile y Argentina, tendrían derecho sobre la Antártida: Brasil, Uruguay, Perú y Ecuador*.

h) *Teoría del Condominio Plural*

El tratadista internacional francés Fauchille plantea que siendo las regiones polares territorios con características geográficas particulares necesitan también de una solución especial que no se encuentra en las normas clásicas del Derecho Internacional (12).

Al respecto señala que los sectores polares son incompatibles con la adquisición exclusiva por parte de un solo Estado y que entonces deben ser objeto de un condominio plural de todas las naciones para que se pueda dar la explotación y ocupación efectiva de los mismos.

Esta teoría intenta explicar los principios de independencia y cooperación fundados en la igualdad jurídica de todos los estados y de sustituir el llamado derecho de descubrimiento por la legítima aspiración resultante de la dependencia o proximidad geográfica de los continentes habitados. Para establecer el condominio propugna dividir los territorios polares en tantos sectores como continentes se le aproximen formándose en cada sector sociedades de explotación cuyos miembros serían los estados agrupados por el sector que les corresponda.

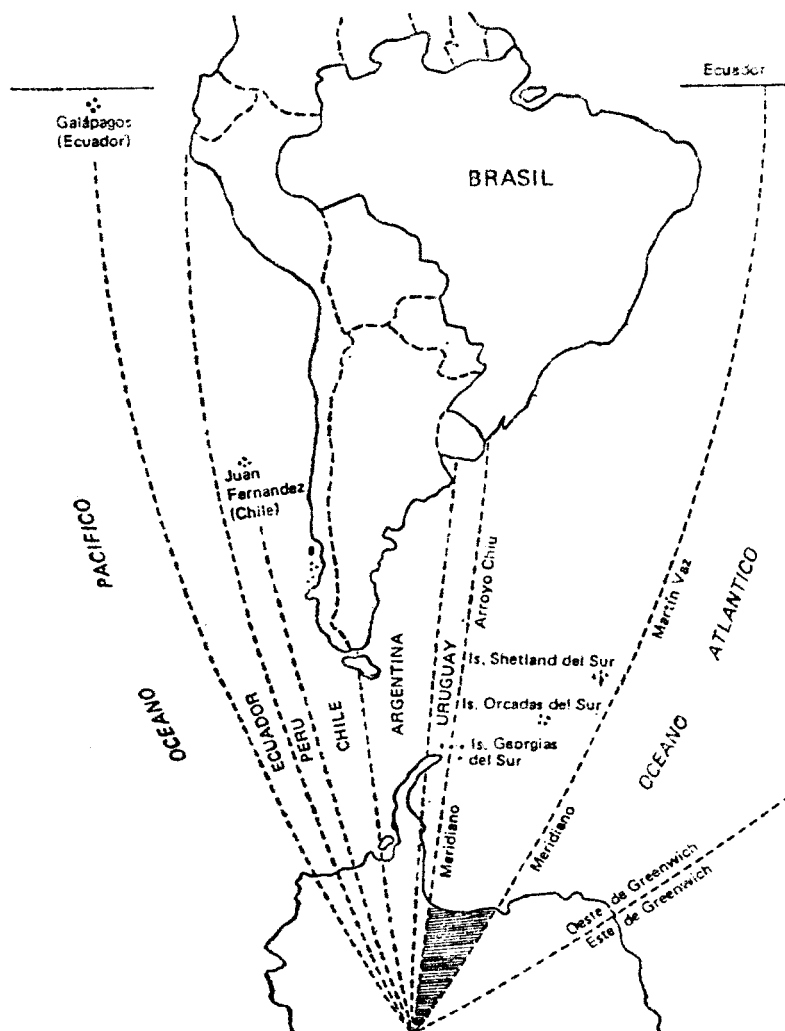
i) *Teoría de los Cuadrantes*

Esta teoría es propugnada a nivel latinoamericano por el prestigiado tratadista chileno Orcaer Pinochet de la Barra, pero según su propia versión fue Sir Clements Markham en 1910, quien por primera vez plan-

* Ver: Gráfico Nº 2.

(12) Fauchille, "Tratado..." Libro I, parte II, (1925).

GRAFICO Nº 2 LA ANTARTIDA Y TEORIA DE LA DEFRONTACION



ANTARTIDA AMERICANA (DEFRONTACAO)

Fuente: La Antártida — Pleamar-Bs.As. (1978)

teó que el territorio antártico debía dividirse en cuatro grandes sectores de 90° cada uno, partiendo del Meridiano de Greenwich. Estos cuatro sectores han

sido denominados: "Sudamericano"; "Pacífico"; "Australiano"; y "Africano", según las regiones que enfrentan los respectivos cuadrantes. Los Estados vecinos a cada uno de estos sectores tendrían derechos preferenciales para adquirir su dominio en grado mayor según su proximidad geográfica y sobre una extensión determinada según los mejores títulos que puedan ofrecer y no por la prolongación de sus límites extremos hacia la Antártida. Esta sería una fórmula de internacionalización restringida (13).

j) *Otras teorías*

Además de las teorías mencionadas, se han planteado otras fórmulas intentando dar una solución al problema territorial que por las características de este trabajo, sólo enumeraremos: (14).

- Algunos juristas sostienen que el Tratado Antártico puede ser visto como un "régimen completo", en cuyo marco se puede negociar y dar solución al problema de la utilización de los recursos antárticos, que es en definitiva, el problema central que subyace en todas las reclamaciones territoriales y declaraciones de interés.
- Otros son partidarios de la llamada "Administración Funcional" de la Antártida por parte de todos los miembros consultivos del Tratado Antártico, que detentarían el derecho de propiedad sobre los recursos antárticos en forma indivisa y equitativa.
- Existe otra propuesta que sugiere la creación de un Consorcio Internacional que sería administrado por todas las partes involucradas y que sólo abarcaría lo relacionado con la jurisdicción sobre los recursos antárticos.

(13) Pinochet de la Barra, Oscar, "Antártica Año 2,000" 52, 53, en: *Revista Peruana de Derecho Internacional* Nº 87 (Ene-Mar. 1983).

(14) Ver:

— Arbuét, Puceiro y Garré "Antártida, Continente de los más para los menos", 34-40 (1979).

— Thornberry, Augusto. tesis citada, Capítulos 5 y 6.

- También se ha planteado la concepción de que la Antártida es "Patrimonio Común de la Humanidad" sugiriendo un régimen similar al propuesto para la explotación de los Fondos Marinos. Este principio se fundamenta en que éstos se encuentran fuera de las jurisdicciones nacionales y por tanto pertenecen a la Humanidad en su conjunto.
- En la misma línea pero en sentido más restringido, que la teoría anteriormente expuesta, se encuentra la teoría que propugna que el continente antártico debe ser declarado patrimonio común de los Estados del Hemisferio Sur, quienes por derechos diferentes -no sólo porque así se hizo en el ártico utilizando la teoría de los sectores- tienen un mejor derecho a beneficiarse con lo que por destino geográfico les pertenece (15).

2.2 Países Reclamantes y No Reclamantes

Dentro del amplio espectro de teorías reseñado anteriormente, a continuación veremos de un lado, los principales fundamentos en que amparan sus derechos de soberanía los llamados "países reclamantes" y por otra parte, los elementos en que sustentan su interés otros países, que no han formulado oficialmente dichos reclamos, pero que han manifestado su interés o han hecho reserva de sus derechos sobre la Antártida:

(15) Sobre las diferentes teorías y reivindicaciones, consultar:

- Jessup, Phillip C., "Soberanía en la Antártida", 117 y ss. en *Américan Journal of International Law*, Tomo 41.
- Jennings, R.Y., "The acquisition of territory in international Law" (1963).
- Auburn, F.M., op. cit., 5-47 (1982).
- Quigg, Phillip W., op. cit., 113-118 (1983).
- Pinochet de la Barra A., "La Antártica Chilena" (1955) y "Chilean Sovereignty in Antarctica" (1955).
- Marazzi, J., "La Soberanía Argentina en la Antártida", (1950).
- Fernández Puyó, G., "El problema antártico en el cuadrante sudamericano", op. cit., (1955).
- Barreda Laos, Felipe, "La Antártida Sudamericana ante el Derecho Internacional" (1948).

a) *Países Reclamantes**

— *Argentina*

La reclamación argentina se sustenta en varios fundamentos entre los que destacan: los títulos históricos heredados de España aplicando el principio del "uti possidetis juris"; la proximidad geográfica (contigüidad); la afinidad geológica (continuidad); por aplicación de la teoría de los sectores reivindica una amplia región; la ocupación efectiva basada en diversas actividades realizadas desde 1903, cuando un argentino penetró en aguas antárticas salvando al grupo expedicionario del científico sueco Nordenskjöld (16).

Luego en 1904, Argentina establece la primera base permanente en la Antártida en las Islas Orcadas (Isla Laurie), estación que es mantenida hasta la fecha. Desde esa época la acción argentina en tierras antárticas ha sido permanente, instalado en diversos puntos bases, estaciones meteorológicas, telegráficas y postales, además de haber propiciado las actividades científicas y la explotación de algunas especies marinas. En 1939 reivindica el territorio antártico situado entre los 25° y 68° de longitud oeste; luego en el año 1946, delimitó los límites occidentales de su reclamación, y en 1957 extendió su reclamación a la zona comprendida entre los 25° y los 74° de longitud oeste, desde el paralelo 60° de Latitud Sur, hasta el Polo.

Es necesario señalar que la región que reclama Argentina se superpone con sectores reivindicados por Chile y el Reino Unido. Con este último, el conflicto subsiste habiendo desestimado el gobierno argentino la propuesta británica de someter la cuestión a la Corte Internacional de Justicia. En cambio, respecto de la reivindicación chilena, Argentina ha mantenido una actitud de cooperación, y en 1947 suscribieron un Tratado acordando aplazar la determinación de la superficie exacta a que podrían tener derecho.

* Todos los países denominados "reclamantes" han suscrito y ratificado el Tratado Antártico.

(16) Puig, J. Carlos, "La Antártida Argentina ante el Derecho", (1960).

Australia

Uno de los elementos que esgrime Australia es la colaboración activa de australianos en las expediciones británicas a la Antártida (las de Biscoe, Kemp, Ballem y Ross, todos ellos británicos) durante la primera mitad del Siglo XIV y por expediciones australianas, principalmente la dirigida por Douglas Hawson entre 1911-1914. En 1933 Australia reivindica formalmente un amplio sector antártico invocando adicionalmente la influencia climática del continente austral sobre Australia, la relación y proximidad geográfica y la ocupación efectiva realizada mediante la instalación, de estaciones en distintos puntos del sector que reivindica.

Chile

Chile sostiene antecedentes históricos, jurídicos, geográficos y glaciológicos que le dan una amplia base de sustentación a sus reivindicaciones. Además existe una ocupación efectiva desde comienzos del presente siglo, mediante la instalación de bases, envío de expediciones, explotación de recursos naturales y una amplia gama de actos administrativos. En 1939 el gobierno de Chile reclamó para su país el sector comprendido entre los 53° y los 90° de Longitud Oeste; este sector que se superpone a los territorios de Argentina, así como a los reivindicados por Gran Bretaña, recibió el nombre de "Territorio Antártico Chileno".

Francia

Las pretensiones francesas se fundamentan en el descubrimiento y ocupación posterior. En 1924, Francia proclamó su soberanía sobre la "Tierra Adelia", descubierta por Dumont D'Urville en 1840. En 1938, se fijaron los límites de dicho sector, incluyendo islas y territorio y en 1955 las regiones reivindicadas por Francia reciben el nombre de "Terres Australes et Antarctiques Françaises". Posteriormente y en años recientes se han establecido bases y el Gobierno francés defiende firmemente su soberanía nacional en la región.

Noruega

Los reclamos se basan especialmente en que un noruego Roald Amudsen fue el primero en llegar al Polo Sur en 1911; también en otros descubrimientos y expediciones noruegas realizadas y en la explotación de recursos naturales, especialmente la pesca de la ballena en aguas antárticas.

Noruega ha expresado pretensiones sobre la Isla de Pedro I; la isla Bouret y sobre una amplia zona denominada Tierra de la Reina Maud, donde posee una estación desde 1956.

Nueva Zelandia

Sus reivindicaciones territoriales se basan, fundamentalmente, en descubrimientos y exploraciones realizadas por británicos, hace más de un siglo. La relación oficial de este país con la Antártida empieza en 1923 cuando la "Dependencia de Ross" se puso -por parte de Gran Bretaña- bajo la autoridad del Gobernador General de Nueva Zelandia; esta zona conjuntamente con un grupo de islas subantárticas es objeto del reclamo de los neozelandeses quienes desde aquella fecha realizan diferentes actividades en la Antártida como: investigaciones científicas, expediciones y establecimiento de Bases.

Reino Unido

Los británicos fundan sus reclamaciones a partir de los descubrimientos del Capitán James Cook durante las expediciones efectuadas entre 1772 y 1775. La ocupación, es otro de los sustentos del Reino Unido alegando que desde 1900 se programaron expediciones formales al continente helado habiéndose establecido bases desde 1944. También alude al hecho de la proximidad de las Islas Malvinas (Falkland) lugar donde pusieron su primer establecimiento en 1833 y sobre las cuales proclamaron soberanía en 1908.

Las Cartas Patentes de 1917 delimitaron con mayor cuidado dichas reivindicaciones, de modo que éstas abarcaban las islas y territorios comprendidos de un lado, entre los 20º y 50º de Lon-

gitud Oeste y al Sur de los 50° de Latitud Sur, y otra porción entre los 50° y 80° de Longitud Oeste y 58° de Latitud Sur.

Las relaciones de política internacional del Reino Unido sobre cuestiones antárticas, son especialmente conflictivas respecto de Argentina y Chile, países que también reivindican para sí distintos sectores de la Tierra de Graham y las islas situadas frente a sus costas.

b) *Países No Reclamantes*

A continuación se presentan los fundamentos de algunos de los países que han expresado públicamente su interés por la Antártida, sin reclamar sector territorial específico:

— *Bélgica*

Desde que la expedición comandada por el belga Adrián de Gerlache en 1898-1899 fue la primera en invernar dentro del círculo polar, Bélgica ha demostrado un permanente interés por el Continente Austral. Si bien no ha formulado nunca reivindicaciones territoriales, participó activamente en la conferencia de 1958-1959 para el Tratado Antártico, siendo uno de sus signatarios originales y ha indicado en varias ocasiones que desea estar incluido en todas las negociaciones internacionales relacionadas con la Antártida.

— *Estados Unidos de América*

Movidas por intereses científicos y económicos, desde hace más de 150 años, numerosas expediciones estadounidenses particulares y oficiales han venido desarrollando actividades en la Antártida. Los nombres de Wilkes, Palmer, Byrd, Ellsworth y Ketchum -entre otros- se asocian al descubrimiento de varios puntos y a la investigación en el inmenso continente. La política de Estados Unidos ha sido la de no reconocer reclamo territoriales basados solamente en el descubrimiento sino que ha insistido en la necesidad de una ocupación efectiva. Sin embargo, a pesar de la considerable actividad que este país viene desarrollando en muchas partes de la Antártida avalando su posición, no ha formulado nunca una reivindicación territorial, pero se ha

reservado siempre -ante otras declaraciones- todos los derechos que le pudieran corresponder en aquella región del mundo. El concepto de reservar la Antártida para una utilización pacífica y para una investigación científica de tipo cooperativo fue alentada por los EUA, planteando una forma de internacionalización restringida, que fue finalmente aceptada con la firma del Tratado Antártico en 1959.

--- *Japón*

El interés de este país data de 1910, cuando una expedición salió del Japón con dirección a la Antártida y con la intención de alcanzar el Polo Sur. Aunque nunca ha formulado reivindicación formal alguna, cuando Chile formuló en 1940 una declaración oficial de soberanía sobre un sector antártico, el gobierno japonés envió una Nota Diplomática a Chile afirmando que se consideraba "como uno de los países que tienen intereses y derechos" en la Antártida. El Japón intervino en el Año Geofísico Internacional y su flota ballenera ha estado muy activa en los mares antárticos. En general, el Japón ha favorecido la cooperación internacional en la Antártida, puesto que ello le permitirá seguir teniendo libre acceso a aquellos territorios, que formalmente no podría reivindicar porque su gobierno al firmar el Tratado de San Francisco de 1951 -después de la Segunda Guerra Mundial- fue obligado a renunciar a cualquier pretensión de soberanía antártica.

--- *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas*

Para probar su interés, desde tiempo lejano, por el blanco continente, la URSS alude a las expediciones de Bellingshausen (1819) y Lazarev (1921). Respecto del primero, muchos estudiosos plantean que fue el primero en avistar tierra firme antártica. Otra razón del interés soviético ha sido su participación en las actividades de caza de la ballena en aguas australes; también el desarrollo intensivo de diversos proyectos de investigación y el asentamiento de bases en distintos puntos del continente helado.

En 1958, Moscú recibió con entusiasmo la proposición norteamericana de convocar a una conferencia internacional para

tratar la cuestión antártica; sin embargo, dejó expresa constancia que el gobierno soviético se reservaba todos los derechos fundamentados en los descubrimientos y exploraciones realizadas por navegantes y hombres de ciencia rusos, "incluyendo el derecho a formular reivindicaciones sobre los territorios antárticos actualmente apropiados".

— *Unión de Africa del Sur*

Sudáfrica se muestra interesada invocando la remota contigüidad entre los continentes sudrafricano y antártico, la influencia de la Antártida en el clima y corrientes marinas sudafricanas y la proximidad en base a la teoría del sector, todo lo cual llevó a que en 1960 se tomara posesión de la Estación Noruega situada en la Tierra de la Reina Maud, manteniéndola, desde entonces, en funcionamiento durante todo el año.

La participación de este país en el Año Geofísico Internacional motivó que se le invitara a participar en la Conferencia de Washington y en tal virtud es uno de los miembros originarios del Tratado Antártico.

— *Polonia*

Los polacos han realizado diversas actividades en la Antártida, sobre todo en cooperación con las expediciones rusas. La URSS intentó que Polonia estuviera presente en la Conferencia de Washington previa al Tratado Antártico, pero finalmente no se aceptó su participación hasta que no hubiese realizado un programa de investigaciones científicas. En 1976, después de haber logrado su adhesión al Tratado Antártico en 1966, Polonia pasó a ser miembro consultivo del mismo; esta participación activa fue lograda básicamente por ser uno de los países líderes en la investigación del Krill.

— *Brasil*

Este país sudamericano participó en las reuniones del Año Geofísico Internacional aunque no fue admitido a la Conferencia previa a la firma del Tratado Antártico, por no haber realizado ninguna expedición científica en la Antártida. En 1975 se adhirió al Tratado de Washington.

Brasil fundamenta su interés y sus derechos en la teoría de la Defrontación y en razones de seguridad y orden estratégico.

— Uruguay

Aunque no ha realizado reclamaciones oficiales, el gobierno uruguayo tiene en funcionamiento desde 1968 el "Instituto Antártico" que ha hecho constantes campañas para reivindicar un sector del continente antártico.

Se basa en los títulos históricos heredados de España y en la teoría del sector.

En 1980, este país se adhirió al Tratado Antártico.

Otros países que han demostrado interés en el Continente Austral son: Alemania Occidental, República Democrática Alemana, Checoslovaquia, Holanda, Rumania, Bulgaria, Italia, Suecia, España, Canadá, Papúa Nueva Guinea, Austria, India, además del Perú, cuyo caso veremos en la tercera parte de este trabajo.

3. *El Tratado Antártico*

3.1 *Su negociación - Objetivos, problemas y posibilidades*

En 1953, el Consejo Internacional de Uniones Científicas (CIUC) decidió organizar un evento a nivel mundial para incentivar actividades científicas al que se denominó "Año Geofísico Internacional" (AGI). Esta iniciativa se concretó entre 1957 y 1958.

Durante este período se realizaron intensas actividades científicas en la Antártida, estableciéndose numerosas bases en su territorio.

En 1957 se creó el Comité Especial de Investigación Antártica, conocido por las siglas "SCAR" (Special Committee on Antarctic Research). En este Comité participaban representantes de los 12 países que se comprometieron a realizar actividades científicas en el Continente Antártico durante el Año Geofísico Internacional. Al irse aproximando la finalización del mismo, dos factores llevaron a pensar en la necesidad de proponer un régimen

que permitiera la continuación del clima de cooperación científica reinante durante el AGI: de un lado, la intención de algunos Estados, como la URSS, de continuar sus actividades en la Antártida por tiempo indefinido después de finalizado el AGI, y de otra parte, las crecientes tensiones a nivel internacional, planteadas por las naciones con reclamos territoriales que deseaban que éstos se reconocieran y que no existieran, sobre dichos sectores, bases extranjeras.

Ante este tenso clima político y antes del término del AGI, el gobierno del EUA se apresuró a cursar invitaciones a las naciones que habían participado en el mismo y venían desarrollando intensas actividades científicas en el continente austral. Después de intensas jornadas, en la llamada Conferencia de Washington, los 12 países invitados llegaron a un acuerdo suscribiendo el Tratado Antártico en 1º de diciembre de 1959.

La negociación del Tratado Antártico puede considerarse como una de las más significativas y exitosas de la historia contemporánea. Se logró reservar todo un continente para la investigación científica y la protección ecológica, creando la primera zona desmilitarizada y desnuclearizada del mundo.

Se estableció que las reclamaciones de soberanía sobre el Continente Antártico quedaban en suspenso, sin que ninguna nación tuviera que renunciar a los derechos básicos que pudieran asistirle; de esta manera, se logró superar por un tiempo esta fuente de conflicto, protegiendo los derechos de los reclamantes, y la posición de los no-reclamantes, estableciendo en forma adicional que no se admitirían nuevas reclamaciones durante la permanencia del Tratado (Ver. Art. IV).

Sin embargo, es necesario tener presente que el Tratado congela las controversias, pero no las resuelve y que, tampoco considera en absoluto, la explotación de los recursos económicos antárticos, porque como es obvio el hecho de disponer de determinados recursos supone un derecho de propiedad que está en directa relación con el problema de la soberanía que ha quedado diferido.

Estas limitaciones -aunque importantísimas- no afectan la vigencia del Tratado -que en sus veintitres largos años de exis-

tencia ha permitido una administración eficiente y el desarrollo de actividades en forma ordenada en el inmenso territorio austral.

Los principales objetivos que contienen las disposiciones del Tratado Antártico para toda la zona al sur del paralelo 60°S, son los siguientes:

- a) La Antártida será utilizada exclusivamente para fines pacíficos y se prohíbe toda actividad militar en ella a menos que tenga un carácter logístico o de apoyo a la investigación.
- b) Existe plena libertad de investigación científica en la Antártida.
- c) Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras esté vigente el Tratado constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar soberanía. No se podrá hacer nuevas reclamaciones o ampliar las existentes. Ninguna de las disposiciones del Tratado podrá interpretarse como una renuncia a los derechos de soberanía o a las reclamaciones territoriales que alguna parte contratante hubiere hecho valer precedentemente.
- d) Toda persona que se desplaza en la Antártida sólo está bajo la jurisdicción de su Estado.
- e) Toda controversia se resolverá por medios pacíficos.
- f) Transcurridos 30 años se podrá celebrar una conferencia para revisar el Tratado, a pedido de cualquiera de las partes (17).

3.2 *Miembros*

El Tratado Antártico está abierto a todos los Estados miembros de Naciones Unidas y a aquellos Estados que sean invitados a adherir por las Partes Consultivas.

(17) Ver: Salazar Cosío, R.: "El problema de los reclamos territoriales y el Sistema Antártico", en: *Rev. Per. de Derecho Internacional* Nº 87, (1983).

Se establecen dos categorías de miembros:

Los llamados "miembros activos" o Partes Consultivas, con derecho a participar en los procesos de toma de decisiones; y los miembros adherentes que puedan participar en calidad de "observadores", es decir, no pueden tomar parte en las decisiones, más sí deben aceptar las que sean adoptadas por los demás.

Pese a la incapacidad para influir en la orientación del "sistema antártico" que es el conjunto de normas que tiene su origen en el Tratado Antártico, pero que sigue en constante proceso de creación, los miembros adherentes están obligados a observar las disposiciones del Tratado y de las Reuniones Consultivas.

Los adherentes que quieran compartir el estatuto consultivo deben realizar investigaciones científicas importantes y contar con la aprobación unánime de los que ya son miembros plenos.

Los doce miembros originales que pasaron a constituirse en Partes Consultivas del Tratado, son:

Argentina, Australia, Chile, Francia, Nueva Zelandia, Noruega, Reino Unido (con reclamos territoriales) y Estados Unidos, URSS, Bélgica y Japón, con experiencia en el área austral, pero sin reclamos formales de soberanía. En 1977, fue incorporado como parte consultiva, Polonia y en 1981, Alemania Occidental, y más recientemente Brasil e India.

Además, hasta el momento, se han adherido al Tratado Antártico: Checoslovaquia (1962), Dinamarca (1965), Holanda (1967), Rumania (1971), República Democrática Alemana (1974), Brasil (1975), Bulgaria (1978), Uruguay (1980), Perú (1981), Italia (1981), Papúa Nueva Guinea (1981), España, China y Hungría.

3.3 Adhesión del Perú al Tratado Antártico

El Perú se adhiere al Tratado Antártico el 10 de abril de 1981, estableciéndose así su vinculación formal con el Sistema Antártico vigente. En un comunicado de prensa que la Canci-

llería emitió al día siguiente encontramos los elementos que sustentan la medida adoptada por el Gobierno peruano. (*).

En primer lugar, se señala que el Tratado de 1959 es considerado como el único instrumento legal válido para la Antártida. Luego, se afirma que el Tratado ha consagrado normas positivas con repercusiones para toda la Comunidad Internacional, como las referidas a la utilización pacífica, la prohibición de explosiones nucleares, la eliminación de desechos radioactivos y la libertad de investigación científica puesta al servicio de todos los hombres dentro de un marco de cooperación internacional.

Seguidamente, se dice que el Perú propugnará un estatuto general y definitivo para la Antártida que contemple equitativamente los intereses de todos los Estados involucrados (aquí cabe anotar que el Perú y Uruguay son los únicos Estados que han manifestado oficialmente la intención de encontrar una solución que concluya definitivamente con los problemas de soberanía existentes).

Finalmente, se reafirma que el interés peruano no es solamente el de toda la Comunidad Internacional, sino "un interés especial, directo y sustancial".

Aunque no se habla de "derecho" sino de "interés", los fundamentos del mismo se relacionan con los invocados por otros países en sus reclamos territoriales. Estos son:

- a) *El enfrentamiento de "la costa pacífica" peruana al continente antártico.*

Este argumento, aunque referido a la "costa atlántica" es el que predicó Brasil con la variante de la teoría del sector llamada "Defrontación", descrita en líneas anteriores.

Adoptando esta teoría, al Perú podría corresponderle un sector antártico. Sin embargo, esta declaración puede entenderse también en forma más amplia, como aludiendo a una relación geo-

(*) Ver Anexo Nº 2: "Nota de Adhesión del Perú al Tratado Antártico".

gráfica, en virtud de la inmensa cuenca del Pacífico Sur, que vincula a Sudamérica con el continente austral.

b) *La influencia que la Antártida ejerce en el clima, ecología y biología marina del Perú*

Se sostiene que una modificación sustantiva del ambiente antártico -debido por ejemplo a una explotación irracional de sus recursos- afectaría a nuestro país, ya que podría trastocarse la función de "regulador climático" de las corrientes marinas con efectivos nocivos para el medio ambiente peruano y para uno de los pilares de nuestra economía, cual es el mar.

c) *Los vínculos históricos que nos ligan desde las primeras expediciones al continente austral y sus aguas*

Algunos autores peruanos -como Fernández Puyó (ver op. cit.)- señalan que, conforme a los títulos heredados de España, el solo descubrimiento debe conceder soberanía sobre los territorios antárticos.

En tal sentido, señala al portugués Fernández de Quirós al servicio de España, que preparó una expedición hacia el Sur partiendo del Callao, como "primer descubridor del Antártico Sur" (18).

No obstante, ya habíamos adelantado que las aplicaciones de teorías tradicionales en materia de adquisición territorial son jurídicamente cuestionadas respecto de la Antártida, dadas sus peculiares características.

d) *Las obligaciones asumidas por el Perú conforme al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR)*

El Perú es firmante de este Tratado, que en su cláusula IV reconoce la existencia de la "Antártida Sudamericana", incluyendo a este cuadrante dentro de su ámbito de aplicación.

(18) Fernández Puyó, G., op. cit., 11.

También según ya lo indicáramos, está presente el interés nacional por un eventual aprovechamiento de los recursos naturales de esa región.

Ahora bien, ¿Existe una política antártica peruana?

La Declaración de la Asamblea Constituyente de 1979, que a la letra dice: "El Perú, país del hemisferio austral, vinculado a la Antártida por costas que se proyectan hacia ella, así como por factores ecológicos y antecedentes históricos, propician la vigencia de un régimen internacional que, sin desmedro de los derechos que correspondan a la Nación, asegure, en beneficio de toda la humanidad, la racional y equitativa explotación de los recursos de dicho continente"; la Adhesión del Perú al Tratado Antártico; y el Comunicado de Prensa dado con tal ocasión, son las únicas expresiones formales en las que el Perú ha dejado ver los fundamentos de los posibles derechos e intereses que le asisten con respecto al continente blanco.

Desde el punto de vista jurídico y doctrinario, se han publicado muy pocos trabajos de peruanos (19).

Algunos sostienen que la teoría de la defrontación que antes hemos reseñado, frente a otros países sudamericanos que tienen una ocupación real, presenta pocas posibilidades de aplicación efectiva. Otros, señalan que la teoría de un condominio restringido a las naciones sudamericanas cuyas costas enfrentan al

- (19) Algunos peruanos que han tratado el tema desde un punto de vista jurídico y doctrinado son:

Barreda, Felipe, "La Antártida Sudamericana ante el Derecho Internacional". Buenos Aires (1948).

Fernández Puyó, Gonzalo, "El Problema Antártico": *Rev. Per. de Der. Int.* Nos. 46-47-48 (1954-1955) articulo ya citado, y "Evaluación del Proceso Antártico Sudamericano", en la *Rev. Per. de Der. Int.* Nº 75 (1980).

Thornberry Naggy, Augusto, tesis citada anteriormente.

Colunge Villacorta, Jorge, "La Problemática Antártica y la Adhesión del Perú al Tratado de Washington", artículo en: *Rev. Per. de Der. Int.* Nº 87 (1983).

Salazar Cosio, Raúl, "El problema de los reclamos territoriales...", articulo citado anteriormente.

continente austral por la teoría de los sectores, sería más conveniente a los intereses del Perú.

Finalmente, otros tantos proponen que la Antártida debe ser incorporada a un régimen similar al del Patrimonio Común de la Humanidad, y que de este modo, el Perú podría obtener los beneficios económicos que puedan desprenderse de la futura explotación de sus recursos, sin tener que afrontar los enormes costos que dicha empresa represente.

En este último supuesto ¿Los antecedentes geográficos, históricos, jurídicos y políticos que amparan en unos casos la soberanía y en otros el interés legítimo de las naciones sudamericanas, no tienen valor práctico y deben ser abandonados? O, por el contrario, ¿Ha llegado el momento de que el Perú, y los demás países del Hemisferio Sur, piensen en reivindicar un patrimonio común, defendiendo sus derechos y actuando en conjunto para obtener lo que podría pertenecerles por destino geográfico?

¿Debe el Perú plantear una reivindicación unívoca? ¿Debe unir sus esfuerzos con los demás países iberoamericanos con vocación antártica haciendo causa común y comprendiendo que es preferible no pretender mucho a riesgo de perderlo todo? ¿Debe influir directamente al interior del Tratado y ante el resto de la Comunidad Internacional, para que se acepte un régimen internacional que beneficie a la Humanidad en su conjunto?

De estas posiciones y teorías ¿Cuáles conjugan mejor con nuestros derechos e intereses y con las legítimas aspiraciones que puede tener el Perú frente a la Antártida?

En las futuras negociaciones y cualesquiera sea la posición que finalmente se adopte, debe tenerse muy claro el escenario de fondo en el cual se mueven poderosos intereses que indirectamente podrían estar promoviendo una internacionalización de la Antártida.

El tema sin duda es complejo y apasionante. Hay que pensar, investigar y debatir.

Si bien en el presente artículo no nos extendemos más en esta reflexión, la que será retomada en un próximo trabajo, desde ya cabe destacar que hay que tomar las precauciones del caso, pero no olvidar que el tiempo corre inexorablemente: en 1991 se puede revisar -eventualmente- el Tratado Antártico.

A N E X O N° 1

EL TRATADO ANTARTICO (1959)

TRATADO ANTARTICO

Los Gobiernos de Argentina, Australia, Bélgica, Chile, La República Francesa, Japón, Nueva Zelandia, Noruega, La Unión del Africa del Sur, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América.

Reconociendo que es en interés de toda la humanidad que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional;

Reconociendo la importancia de las contribuciones aportadas al conocimiento científico como resultado de la cooperación, fundada en la libertad de investigación científica en la Antártida, como fuera aplicada durante el Año Geofísico Internacional, concuerda con los intereses de la ciencia y el progreso de toda la humanidad;

Convencidos, también, de que un Tratado que asegure el uso de la Antártida exclusivamente para fines pacíficos y la continuación de la armonía internacional en la Antártida promoverá los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas,

Han acordado lo siguiente:

ARTICULO I

1. La Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos. Se prohíbe, entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras militares, así como los ensayos de toda clase de armas.

2. El presente Tratado no impedirá el empleo de personal o equipo militares para investigaciones científicas o para cualquier otro fin pacífico.

ARTICULO II

La libertad de investigación científica en la Antártida y la cooperación hacia ese fin, como fueran aplicadas durante el Año Geofísico Internacional, continuarán, sujetas a las disposiciones del presente Tratado.

ARTICULO III

1. Con el fin de promover la cooperación internacional en la investigación científica en la Antártida, prevista en el Artículo II del presente Tratado, las Partes Contratantes acuerdan proceder, en la medida más amplia posible:

- (a) al intercambio de información sobre los proyectos de programas científicos en la Antártida, a fin de permitir el máximo de economía y eficiencia en las operaciones;
- (b) al intercambio de personal científico entre las expediciones y estaciones en la Antártida;
- (c) al intercambio de observaciones y resultados científicos sobre la Antártida, los cuales estarán disponibles libremente.

2. Al aplicarse este Artículo se dará mayor estímulo al establecimiento de relaciones cooperativas de trabajo con aque-

llos Organismos Especializados de las Naciones Unidas y con otras organizaciones internacionales que tengan interés científico o técnico en la Antártida.

ARTICULO IV

1. Ninguna disposición del presente Tratado se interpretará:

- (a) como una renuncia, por cualquiera de las Partes Contratantes, a sus derechos de soberanía territorial o a las reclamaciones territoriales en la Antártida que hubiere hecho valer precedentemente;
- (b) Como una renuncia o menoscabo, por cualquiera de las Partes Contratantes, a cualquier fundamento de reclamación de soberanía territorial en la Antártida que pudiera tener, ya sea como resultado de sus actividades o de las de sus nacionales en la Antártida, o por cualquier otro motivo;
- (c) como perjudicial a la posición de cualquiera de las Partes Contratantes, en lo concerniente a su reconocimiento o no reconocimiento del derecho de soberanía territorial, de una reclamación o de un fundamento de reclamación de soberanía territorial de cualquier otro Estado en la Antártida.

2. Ningún acto o actividad que se lleve a cabo mientras el presente Tratado se halle en vigencia constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía territorial en la Antártida, ni para crear derechos de soberanía en esta región. No se harán nuevas reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida, ni se ampliarán las reclamaciones anteriormente hechas valer, mientras el presente Tratado se halle en vigencia.

ARTICULO V

1. Toda explosión nuclear en la Antártida y la eliminación de desechos radiactivos en dicha región quedan prohibidas.

2. En caso de que se concluyan acuerdos internacionales relativos al uso de la energía nuclear, comprendidas las explosiones nucleares y la eliminación de desechos radiactivos, en los que sean Partes todas las Partes Contratantes cuyos representantes estén facultados a participar en las reuniones previstas en el Artículo IX, las normas establecidas en tales acuerdos se aplicarán en la Antártida.

ARTICULO VI

Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a la región situada al sur de los 60 grados de latitud Sur, incluidas todas las barreras de hielo; pero nada en el presente Tratado perjudicará o afectará en modo alguno los derechos o el ejercicio de los derechos de cualquier Estado conforme al Derecho Internacional en lo relativo a la alta mar dentro de esa región.

ARTICULO VII

1. Con el fin de promover los objetivos y asegurar la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, cada una de las Partes Contratantes, cuyos representantes estén facultados de participar en las reuniones a que se refiere el Artículo IX de este Tratado, tendrá derecho a designar observadores para llevar a cabo las inspecciones previstas en el presente Artículo. Los observadores serán nacionales de la Parte Contratante que los designa. Sus nombres se comunicará en cada una de las demás Partes Contratantes que tienen derecho a designar observadores, y se les dará igual aviso cuando cesen en sus funciones.

2. Todos los observadores designados de conformidad con las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo gozarán de entera libertad de acceso, en cualquier momento, y cada una y a todas las regiones de la Antártida.

3. Todas las regiones de la Antártida, y todas las estaciones, instalaciones y equipos que allí se encuentren, así como todos los navíos y aeronaves, en los puntos de embarque y desembarque de personal o de carga en la Antártida, estarán abiertos en todo momento a la inspección por parte de cualquier observador designado de conformidad con el párrafo 1 de este Artículo.

4. La observación aérea podrá efectuarse, en cualquier momento, sobre cada una y todas las regiones de la Antártida por cualquiera de las Partes Contratantes que estén facultadas a designar observadores.

5. Cada una de las Partes Contratantes, al entrar en vigencia respecto de ella el presente Tratado, informará a las otras Partes Contratantes y en lo sucesivo, les informará por adelantado sobre:

- (a) toda expedición a la Antártida y dentro de la Antártida en la que participen sus navíos o nacionales, y sobre todas las expediciones a la Antártida que se organicen o partan de su territorio;
- (b) todas las estaciones en la Antártida ocupadas por nacionales, y
- (c) todo personal o equipo militares que se proyecte introducir en la Antártida, con sujeción a las disposiciones del párrafo 2 del Artículo I del presente Tratado.

ARTICULO VIII

1. Con el fin de facilitarles el ejercicio de las funciones que les otorga el presente Tratado, y sin perjuicio de las respectivas posiciones de las Partes Contratantes, en lo que concierne a la jurisdicción sobre todas las demás personas en la Antártida, los observadores designados de acuerdo con el párrafo 1 del Artículo VII y el personal científico intercambio de acuerdo con el subpárrafo 1(b) del Artículo III del Tratado, así como los miembros del personal acompañante de dichas personas, estarán sometidos sólo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean 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.

2. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, y en espera de la adopción de medidas expresadas en el subpárrafo 1(e) del Artículo IX, las Partes Contratantes, implicadas en cualquier controversia con respecto al ejercicio de la

jurisdicción en la Antártida, se consultarán inmediatamente con el ánimo de alcanzar una solución mutuamente aceptable.

ARTICULO IX

1. Los representantes de las Partes Contratantes, nombradas en el preámbulo del presente Tratado; se reunirán en la ciudad de Canberra dentro de los dos meses después de la entrada en vigencia del presente Tratado y, en adelante, a intervalos y en lugares apropiados, con el fin de intercambiar informaciones, consultarse mutuamente sobre asuntos de interés común relacionados con la Antártida, y formular, considerar y recomendar a sus Gobiernos medidas para promover los principios y objetivos del presente Tratado, inclusive medidas relacionadas con:

- (a) uso de la Antártida para fines exclusivamente pacíficos;
- (b) facilidades para la investigación científica en la Antártida,
- (c) facilidades para la cooperación científica internacional en la Antártida,
- (d) facilidades para el ejercicio de los derechos de inspección previstos en el Artículo VII del presente Tratado.
- (e) cuestiones relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción en la Antártida;
- (f) protección y conservación de los recursos vivos de la Antártida.

2. Cada una de las Partes Contratantes que haya llegado a ser Parte del presente Tratado por adhesión, conforme al Artículo XIII, tendrá derecho a nombrar representantes que participarán en las reuniones mencionadas en el párrafo 1 del presente Artículo, mientras dicha Parte Contratante demuestre su interés en la Antártida mediante la realización en ella de investigaciones científicas importantes, como el establecimiento de una estación científica o el envío de una expedición científica.

3. Los informes de los observadores mencionados en el Artículo VII del presente Tratado serán transmitidos a los representantes de las Partes Contratantes que participen en las reuniones a que se refiere el párrafo 1 del presente Artículo.

4. Las medidas contempladas en el párrafo 1 de este Artículo entrarán en vigencia cuando las aprueben todas las Partes Contratantes, cuyos representantes estuvieron facultados a participar en las reuniones que se celebraron para considerar estas medidas.

5. Cualquiera o todos los derechos establecidos en el presente Tratado podrán ser ejercidos desde la fecha de su entrada en vigencia, ya sea que las medidas para facilitar el ejercicio de tales derechos hayan sido o no propuestas, consideradas o aprobadas conforme a las disposiciones de este Artículo.

ARTICULO X

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a hacer los esfuerzos apropiados, compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de que nadie lleve a cabo en la Antártida ninguna actividad contraria a los propósitos y principios del presente Tratado.

ARTICULO XI

1. En caso de surgir una controversia entre dos o más de las Partes Contratantes, concerniente a la interpretación o a la aplicación del presente Tratado, dichas Partes Contratantes se consultarán entre sí con el propósito de resolver la controversia por negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, decisión judicial u otros medios pacíficos, a su elección.

2. Toda controversia de esa naturaleza, no resuelta por tales medios, será referida a la Corte Internacional de Justicia, con el consentimiento, en cada caso, de todas las partes en controversia, para su resolución, pero la falta de acuerdo para referirla a la Corte Internacional de Justicia no dispensará a las partes en controversia de la responsabilidad de seguir buscando una solu-

ción por cualquiera de los diversos medios pacíficos contemplados en el párrafo 1 de este Artículo.

ARTICULO XII

1. (a) El presente Tratado podrá ser modificado o enmendado, en cualquier momento, con el consentimiento unánime de las Partes Contratantes, cuyos representantes estén facultados a participar en las reuniones previstas en el Artículo IX. Tal modificación o tal enmienda entrará en vigencia cuando el Gobierno depositario haya sido notificado por la totalidad de dichas Partes Contratantes de que las han ratificado.

(b) Subsiguientemente, tal modificación o tal enmienda entrará en vigencia, para cualquier otra Parte Contratante, cuando el Gobierno depositario haya recibido aviso de su ratificación. Si no se recibe aviso de ratificación de dicha Parte Contratante dentro del plazo de dos años, contados desde la fecha de entrada en vigencia de la modificación o enmienda, en conformidad con lo dispuesto en el subpárrafo 1(a) de este Artículo, se la considerará como habiendo dejado de ser Parte del presente Tratado en la fecha de vencimiento de tal plazo.

2. (a) Si después de expirados treinta años, contados desde la fecha de entrada en vigencia del presente Tratado, cualquiera de las Partes Contratantes, cuyos representantes estén facultados a participar en las reuniones previstas en el Artículo IX, así lo solicita, mediante una comunicación dirigida al Gobierno depositario, se celebrará, en el menor plazo posible, una Conferencia de todas las Partes Contratantes para revisar el funcionamiento del presente Tratado.

(b) Toda modificación o toda enmienda al presente Tratado aprobada en tal Conferencia por la mayoría de las Partes Contratantes en ella representadas, incluyendo la mayoría de aquéllas cuyos representantes están facultados a participar en las reuniones previstas

en el Artículo IX, se comunicará a todas las Partes Contratantes por el Gobierno depositario, inmediatamente después de finalizar la Conferencia, y entrará en vigencia de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente Artículo.

(c) Si tal modificación o tal enmienda no hubiere entrado en vigencia, de conformidad con lo dispuesto en el subpárrafo 1(a) de este Artículo, dentro de un período de dos años, contados desde la fecha de su comunicación a todas las Partes Contratantes, cualquiera de las Partes Contratantes podrá, en cualquier momento, después de la expiración de dicho plazo, informar al Gobierno depositario que ha dejado de ser parte del presente Tratado, y dicho retiro tendrá efecto dos años después que el Gobierno depositario haya recibido esta notificación.

ARTICULO XIII

1. El presente Tratado estará sujeto a la ratificación por parte de los Estados signatarios. Quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que sea miembro de las Naciones Unidas, o de cualquier otro Estado que pueda ser invitado a adherirse al Tratado con el consentimiento de todas las Partes Contratantes cuyos representantes estén facultados a participar en las reuniones previstas en el Artículo IX del Tratado.

2. La ratificación del presente Tratado o la adhesión al mismo será efectuada por cada Estado de acuerdo con sus procedimientos constitucionales.

3. Los instrumentos de ratificación y los de adhesión serán depositados ante el Gobierno de los Estados Unidos de América, que será el Gobierno depositario.

4. El Gobierno depositario informará a todos los Estados signatarios y adherentes sobre la fecha de depósito de cada instrumento de ratificación o de adhesión y sobre la fecha de entrada en vigencia del Tratado y de cualquier modificación o enmienda al mismo.

5. Una vez depositados los instrumentos de ratificación por todos los Estados signatarios, el presente Tratado entrará en vigencia para dichos Estados y para los Estados que hayan depositado sus instrumento de adhesión. En lo sucesivo, el Tratado entrará en vigencia para cualquier Estado adherente una vez que deposite su instrumento de adhesión.

6. El presente Tratado será registrado por el Gobierno depositario conforme al Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

ARTICULO XIV

El presente Tratado, hecho en los idiomas inglés, francés, ruso y español, siendo cada uno de estos textos igualmente auténtico, será depositado en los Archivos del Gobierno de los Estados del mismo a los Gobiernos de los Estados signatarios y de los adherentes.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos Plenipotenciarios, debidamente autorizados, suscriben el presente Tratado.

HECHO en Washington, el primer día del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve.

A N E X O N° 2

NOTA DE ADHESION DEL PERU AL TRATADO ANTARTICO

EMBAJADA DEL PERU

Washington, D.C., 10 de abril de 1981
No. 5-3-M/103

Señor Secretario de Estado:

Tengo el alto honor de dirigirme a Vuestra Excelencia a fin de poner en su conocimiento que, en uso de la facultad que confiere el Artículo XIII, Parágrafo I, del Tratado Antártico, suscrito en Washington el 1ro. de diciembre de 1959, y en cumplimiento de precisas instrucciones de mi Gobierno, el Perú se adhiere, a partir de este momento, al referido instrumento internacional.

Al poner en conocimiento de Vuestra Excelencia la presente comunicación, y teniendo en cuenta que el Gobierno de los Estados Unidos es el depositario del Tratado Antártico, mucho agradeceré a Vuestra Excelencia tenga a bien informar a todos los Estados miembros del Tratado, la decisión del Gobierno del Perú.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a Vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

Fdo. FERNANDO SCHWALB
Embajador

Al Excelentísimo Señor
Dr. Alexander M. Haig,
Secretario de Estado
Washington, D.C.

LEGITIMIDAD DE LOS ESTADOS DE EXCEPCION, A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS (*)

Daniel O'Donnell

Este trabajo trata de las limitaciones que el Gobierno está autorizado legalmente a hacer en relación a la vigencia de los derechos humanos y constitucionales dentro de los estados de excepción y, en concreto, trata los casos de guerra, amenazas internas y el principio de estricta necesidad.

En cada uno de ellos, el autor discute detalladamente la casuística y los términos posibles de definición, desarrollando extensas explicaciones sobre la jurisprudencia europea, del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana.

Mención especial cabe, al caso Lawless, al caso de Grecia y al de Irlanda versus el Reino Unido de los organismos europeos; y al Grupo de Trabajo Ad Hoc sobre Chile del sistema de las Naciones Unidas.

INTRODUCCION

El derecho internacional de los derechos humanos y en particular el derecho positivo, si bien reconoce el derecho del Estado de suspender el cumplimiento de determinados deberes impuesto por el derecho internacional en esa materia también condiciona tal derecho al cumplimiento de una importante serie de requisitos. Entre ellos se destacan la tipificación de las circunstancias que justifican la suspensión (Artículo 4.1 del Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos Artículo 27.1. de la Convención

(*) Versión revisada de un trabajo presentado a la segunda reunión regional sobre "La Protección constitucional de los derechos humanos en América Latina, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos".

Americana de Derechos Humanos); el principio de necesidad, que unos dividen en el principio de proporcionalidad y temporalidad (Artículo 4.1 y 27.1, respectivamente); el principio de no-discriminación (Artículo 4.1 y 27.1, respectivamente); la clasificación de ciertos derechos como "no-suspendibles" (Artículo 4.2 y 27.2, respectivamente) y en el sistema Americano, la extensión de la 'no-suspendibilidad' a las garantías judiciales necesarias para la efectiva protección de los derechos a los cuales se aplican la clasificación (Artículo 27.2); el principio de la publicidad de medidas de suspensión (Artículo 4.1 y 4.2 del Pacto Internacional; Artículo 27.3 de la Convención Americana); la prohibición de emplear cualquier derecho reconocido por los instrumentos de derechos humanos para "destruir" o restringir indebidamente otro de los derechos reconocidos en ellos (Artículo 5.1 y 29.a, respectivamente); el principio según el cual cualquier limitación a un derecho humano debe ser consistente con la democracia (Artículo 29.2 de la Declaración Universal) y el principio de que la suspensión del cumplimiento de un instrumento de derechos humanos no debe afectar obligaciones en materia de derechos humanos procedentes de otras fuentes de derecho positivo o consuetudinario (Artículo 4.1 y 27.1, respectivamente). Cabe recordar que el reconocimiento de este derecho a la suspensión, con todas las condiciones que fijan su contenido, vino a sustituir la estrictísima (desde la perspectiva del Estado) regla tradicional del derecho de los tratados que legitima el no cumplimiento con deberes contraídos en instrumentos internacionales sólo cuando éste es literalmente imposible. (Artículo 61, Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados). Tal circunstancia histórica-jurídica subraya la imprescindible importancia de cada una de las restricciones al derecho a la suspensión, igual que la conveniencia, desde el punto de vista doctrinal por lo menos, de exigir el más estricto acatamiento de ellos cada vez que un Estado recurre a este derecho con la pretensión de justificar el no respeto de los derechos humanos de sus ciudadanos.

El presente trabajo se limita a abarcar dos de esas limitaciones, la tipificación de las circunstancias que justifican la suspensión y el principio de estricta necesidad, y eso sólo parcialmente ya que, por razones fuera de nuestra voluntad, ha sido necesario prescindir del examen de las crisis económicas y catástrofes naturales como motivos de la suspensión.

PARTE I

LA GUERRA COMO MOTIVO DE LA SUSPENSION DE GARANTIAS

La primera de las limitaciones que será examinada es la definición de las circunstancias que pueden justificar la declaración de una emergencia y la toma de medidas para la suspensión de las normas internacionales de derechos humanos. Son diferentes las definiciones de estas circunstancias contenidas en los dos tratados principales sobre derechos humanos en vigencia en las Américas, a saber el Pacto Internacional y la Convención Americana. Mientras que el Pacto Internacional se refiere a una "emergencia pública que amenaza la vida de la nación" la Convención utiliza el vocablo "la guerra, el peligro público u otra emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado Parte". La Convención Europea es parecida a la Americana al mencionar la guerra además de otras emergencias públicas, y semejante al Pacto Internacional en emplear las palabras "que amenaza la vida de la nación" en lugar de "que amenaza la independencia o seguridad de un Estado Parte".

Estas definiciones contienen tres elementos distintos pero interrelacionados: el tipo de situación que puede dar lugar al derecho a la suspensión, el grado de gravedad o inminencia que se requiere, y la identificación del bien jurídico amenazado. En otras palabras: qué clase de emergencia se contempla, qué gravedad debe tener, y qué es lo que debe estar en peligro.

Los comentaristas han identificado cuatro tipos de emergencias que pueden justificar la suspensión de normas de derechos humanos: la guerra u otra amenaza internacional de carácter militar, desórdenes internos o amenazas contra la seguridad nacional o el orden público, catástrofes naturales y emergencias económicas (ésta ampliada por algunos autores para incluir el subdesarrollo) (1). Consideramos en el presente capítulo el primero de ellos.

(1) Marks, Stephen, "La notion de Period d'exception en Matiere de Droits de l'Homme" en *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, UNESCO, Paris, 1978 y Questiaux, Nicole, *Etude Sur les*

1.1 ¿Es la Guerra Siempre Justificación de la Suspensión de Garantías?

La primera interrogante que surge con respecto al uso del término "guerra" en la Convención Americana es saber si la existencia de la guerra permite necesariamente soslayar obligaciones en materia de derechos humanos. A menudo se presume que la guerra constituye una amenaza real y presente a la vida de la nación o a la independencia y seguridad del Estado. Los comentaristas aún invocan la regla *ejusdem generis* para enfatizar la gravedad y carácter excepcional requeridos por "otras" emergencias: para justificar la suspensión ellas deben ser "tan serias como la guerra" (2). Aunque este argumento tiene cabida frente a ciertos pretendidos abusos del derecho a la suspensión, técnicamente la guerra, igual que cualquier otra clase de emergencia, debe satisfacer todos los elementos del Artículo 27 (1) de la Convención. Así, Norris y Deiton comentan, "la mera existencia de una guerra declarada o ataque extranjero no sería suficiente para justificar la suspensión"; sólo sería suficiente "una guerra o ataque que representa un peligro real e inminente a la independencia o seguridad del Estado" (3). De manera que, por ejemplo, en una guerra que ocurre en territorio extranjero, una guerra declarada pero en la cual no hay hostilidades actuales, o una guerra prolongada de guerrillas que tiene lugar en una remota y escasamente poblada parte del territorio nacional, es posible que no se justifique la suspensión de obligaciones referentes a los derechos humanos. El conflicto entre Argentina y el Reino Unido en 1982 por las Malvinas nos proporciona un ejemplo no sin una cierta ironía: durante el período en que las fuerzas argentinas ejercían control sobre las islas, el Gobierno de Argentina declaró que ellas eran la única parte del territorio nacional que no estaba sujeta al estado de sitio entonces vigente.

Consequences por los Droits del Homme del Développments Recents
Concernant les Situations dites d'Etat de Siege ou Exceptions un Doc.
ECN. 4/Sub2/1982/15 (1982).

(2) *Infra*, pág. 32.

(3) Norris, Robert y Desio Reiton, Paula.

"The suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention of Human Rights and the Constitutions of the States Parties". *American Univ. Law Review*, vol. 30, No 1 (Fall 1980), pág. 194.

1.2 *¿Qué Clase de Guerra Preveen los Pactos de Derechos Humanos?*

Es interesante notar al respecto que, como señala Martins, el decreto francés de 1791, fuente histórica directa del estado de sitio latinoamericano, establece que el estado de sitio se considera más grave que el estado de guerra. Sin embargo, precisamente porque el estado de sitio tenía consecuencias más amplias que el estado de guerra, y que se usaba contra el propio pueblo en tiempos de desórdenes civiles, desde el momento de la reforma napoleónica en 1815 la Constitución estipuló que si bien el estado de guerra podría ser declarado por el ejecutivo, sólo la legislatura, como representante del pueblo, podría imponer el estado de sitio (4).

La segunda pregunta que surge es ¿qué clase de guerra puede justificar la suspensión de las normas? Sobre esta cuestión Norris y Deiton opinan que "no hay por qué presumir que el significado de guerra en el Artículo 27 no es conforme con los conceptos tradicionales de la guerra en el derecho internacional", entonces ni la guerra civil ni "conflictos armados" de tipo no internacional están incluidos bajo el término "guerra" en aquel Artículo (5). Así con el afán de construir tipología restrictiva de guerra como motivo de la suspensión de garantías, se usa la definición clásica de la guerra como "una contención entre dos o más partes por medio de sus fuerzas armadas con el fin de vencer el uno al otro e imponer tales condiciones de paz como le plazcan al vencedor" (la misma definición citada por el Sr. Süsterhenn en su opinión disidente en la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre el caso Lawless) (6).

Esta conclusión parece inconsecuente por varias razones. Primero, la interpretación parece bastante gratuita, puesto que los autores no la apoyan con ninguna referencia a los trabajos preparatorios ni a otra fuente autorizada de interpretación. Más importante, la distinción entre la guerra en el sentido clásico y la gue-

(4) Martins, Daniel Hugo, *Estudio Preliminar del Estado de Sitio y la Protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos*, Doc. OEA/ser. L/V/II 8 N° 6 (1963).

(5) Norris y Desio Reitor (*Supra* nota 3) pág. 195.

(6) *Ibid.*, pág. 194-5, *Caso Lawless*, C.E.D.H. Serie B., 1960-61. pág. 94.

rra en el sentido más amplio es de poca relevancia en el contexto de la Convención. Parecía ser que cualquier guerra civil, insurrección o conflicto armado no internacional que amenace la independencia o seguridad del Estado constituiría "un peligro público u otra emergencia", —y por lo tanto justificará la suspensión, aunque la palabra "guerra" fuera tachada de la Convención.

Por último, la doctrina moderna sin duda alguna tiende a la eliminación de la distinción entre la guerra y otras formas de conflicto armado en lo que concierne los derechos de las víctimas. La guerra obviamente tiene un significado formal y otro genérico. El primero puede ser pertinente con respecto a cuestiones de derecho internacional concernientes a las relaciones diplomáticas, la suspensión de ciertas obligaciones bilaterales entre los beligerantes, los derechos y deberes de neutrales *vis a vis* beligerantes, o el tratamiento que ha de otorgarse a los nacionales y propiedad del enemigo. ¿Pero qué relevancia tendrá para el derecho internacional de los derechos humanos? Aún los principios fundamentales del derecho de la guerra, codificados en las Convenciones de Ginebra de 1949, estipulan que, para el propósito de dar protección a los individuos directamente afectados por las guerras, no debe de hacerse ninguna distinción entre la guerra, "cualquier otro conflicto armado" de tipo internacional o aún la ocupación no-resistida del territorio extranjero (7). Además, aunque los esfuerzos para desarrollar un código global de derecho humanitario para conflictos armados internos sólo dieron fruto en 1977 con la adopción del Protocolo II a las Convenciones de Ginebra, ya en 1949 una protección limitada fue extendida a los civiles afectados por conflictos no-internacionales por el Artículo Común 3 de las Convenciones (8).

En el clásico tratado de Pictet sobre los Convenios de Ginebra, Siordet opina que la extensión de esta protección a las víctimas de conflictos que no califican como guerras y a conflictos internos era uno de los logros más importantes de las Convenciones de Ginebra:

(7) Los Convenios de Ginebra, Art. 2 Commun.

(8) Véase Montealegre H. **La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos**, Santiago de Chile, 1979. Capítulo 26.

"Hasta los tiempos recientes la guerra normalmente fue precedida por un ceremonial diplomático formal. Antes de acudir a las armas, había una declaración de guerra de parte de una de las partes opuestas, seguida por la inauguración de un estado de guerra por los dos beligerantes con todas las consecuencias legales que esto involucraba. Es obvio el peligro. Existían demasiados casos en que la legitimidad disputada del gobierno enemigo, o la desaparición temporal de estados soberanos como resultado de la anexión o la capitulación, había sido invocadas como pretextos por no observar una u otra de las Convenciones. La necesidad de una solución a esta situación se había vuelto urgente. Además, el desarrollo en toda la concepción de convenciones humanitarias señalaba exactamente lo mismo" (9) (traducción libre).

Si tal tendencia a restar importancia a la distinción entre la guerra en el sentido clásico y la guerra en el sentido genérico de la palabra ya estaba tan avanzada por ahí de 1949, ¿qué razones hay para pensar que los autores de los Pactos de Derechos Humanos tenían la intención de usar el término en el sentido restringido?

Como ya se señaló, tampoco existe razón para pensar que la ausencia de una mención expresa de la guerra en el artículo que reconoce el derecho a la suspensión impide la suspensión por este motivo. El término "guerra" no figura en el Artículo 4 del Pacto Internacional porque se consideró que usarlo no concordaría con el objetivo de las Naciones Unidas de "abolir para siempre el flagelo de la guerra" (10). Como señala Buergenthal, sin embargo, "la omisión de una referencia específica a la guerra seguramente no tenía el propósito de negar el derecho a la suspensión en tiempos de guerra puesto que la guerra es el ejemplo más dramático de una emergencia pública que puede amenazar la vida de la nación". Hasta ahora no hay ninguna jurisprudencia al respecto.

De las 158 convenciones de la Organización Internacional del Trabajo vigentes, solo dos, Convención 29 sobre el Trabajo Forzoso y Convención 106 sobre el Descanso Semanal, se refieren

(9) Siordet, F. en Pictet, **Commentary I Geneva Convention**, CICR. Ginebra, 1952, pág. 28.

(10) UIN doc. A/2929 párr. 39.

explicitamente a la guerra como motivo de la no aplicación de las normas internacionales de la OIT. La posición de la Secretaría de la OIT sobre la suspensión de las convenciones en tiempos de guerra fue desarrollada en un memorándum sometido en 1945 al máximo ente de la organización, el Consejo de Administración. En lo pertinente el documento dice:

"En la época moderna la intención de las partes generalmente se considera como el criterio que determina si las obligaciones de tratados entre beligerantes opositores sobreviven un estado de guerra. En el caso de instrumentos multilaterales que imponen reglas de carácter legislativo, existe una fuerte presunción de que la guerra entre ciertas partes no se entiende como anulando las obligaciones bajo el instrumento de ninguna de las partes, pero las obligaciones que resultan del instrumento en ciertos casos quedarán suspendidas entre beligerantes opuestos durante la guerra, y en relación a co-beligerantes y neutrales, un beligerante será eximido por la duración de la guerra de cumplir con todas las obligaciones bajo el instrumento que sean incompatibles con su posición como beligerante o que le sea imposible cumplir por *force majeure*. Estos principios generales parecerían aplicarse plenamente el caso especial de las Convenciones internacionales de trabajo. No parece haber ningún motivo para considerar que las obligaciones que resultan de las Convenciones sean anuladas ni siquiera entre beligerantes opuestos por la existencia de un estado de guerra, pero muchas de estas obligaciones sí deben ser consideradas como en estado de suspensión entre los beligerantes opuestos por la duración de la guerra.

Frente a co-beligerantes, neutrales y la Organización, los beligerantes partes a Convenciones parecerían estar eximidos de todas las obligaciones que les sea imposible cumplir por *force majeure*.

Esto es evidente en el caso de las Convenciones que contienen cláusulas que autorizan expresamente la suspensión de sus disposiciones en caso de guerra u otra emergencia nacional, en cuanto a otras convenciones, la aplicación de principios generales parecería dar un resultado similar en el caso de la guerra" (11).

(11) Buergenthal, T. "To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations" en **The International Bill of Rights: The Co-**

Como explica el autoritativo Código Internacional del Trabajo, aunque el Consejo de Administración no tomó acción explícita respecto al memorándum "las posiciones que figuran en él pueden ser consideradas como habiendo sido generalmente aceptadas; la práctica subsiguiente de la Organización ha sido basada en ellas" (12).

1.3 *¿Cuándo Termina un Estado de Excepción Motivado Por la Guerra?*

Dos interrogantes más difíciles también surgen respecto a la guerra como motivo de la suspensión, y suelen tener una relevancia especial para América Latina hoy día y para América Central en particular. Primero, ¿puede el derecho a la suspensión ser invocado por una nación que no sea parte en la guerra o conflicto armado en cuestión? y segundo, ¿puede el derecho a la suspensión extenderse después de terminadas las hostilidades? (13).

Ni los tratadistas ni la jurisprudencia de los órganos de los sistemas Americano y Universal da mucha luz a esos problemas. Felizmente dos decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos sí hacen unas contribuciones doctrinales que ayudan a esclarecerlos (14).

El *Caso De Becker* trata de un civil condenado por un *Conseil de Guerre* belga en julio de 1946 por traición durante la Segunda Guerra Mundial. Aunque las hostilidades habían terminado en junio de 1945, el estado de guerra siguió en vigencia en Bélgica hasta junio de 1949. De Becker fue condenado *inter alia* por "haber participado en la transformación de instituciones u organizaciones por parte del enemigo, por haber minado la lealtad de ciudadanos belgas al Estado en tiempo de guerra, por haber dirigido la propaganda contra resistencia al enemigo, por haber incitado a los

venant on Civil and Political Rights, Henkin, ed., New York 1981, pág. 79.

(12) Véase *Convenios y Recomendaciones Internacionales de Trabajo*, OIT, Ginebra.

(13) "Efectos de la Guerra sobre Convenios de la OIT", en *El Código Internacional de Trabajo*, Ginebra, 1957

(14) Id.

ciudadanos a levantarse en armas contra la patria y por haber proporcionado tropas y obreros a los enemigos del Estado" (15) (T.N.)

Inicialmente le fue impuesta la pena de muerte lo que más tarde fue conmutado a condena perpetua, y luego a 17 años de prisión. Antes de expirar este último término, le pusieron en libertad bajo condición de que residiera en el extranjero y que se abstuviera de actividad política durante el resto de los 17 años de la condena. Además, una ley especial privó a él y a toda persona condenada por delitos similares, ciertos derechos políticos, el derecho a enseñar o editar, y el derecho a ejercer ciertas profesiones en perpetuidad. De Becker no contestó ni la condena por sí ni el procedimiento del *Conseil de Guerre*. La principal cuestión sometida a la Comisión Europea era la legitimidad de la privación permanente de esos derechos, sobre todo la libertad de expresión.

El gobierno se amparó esencialmente en tres argumentos para justificar la ley: que la privación de los derechos de estos individuos se justificaba de manera general por la necesidad de disuadir semejante conducta en el futuro; que las restricciones a la libertad de expresión en particular se justificaban por el violento odio del público en contra de los culpables de traición durante la guerra, y que la privación de los derechos había sido justificada al momento de imponerse en razón de una emergencia pública y no podía pretender que la revocara sólo en razón del transcurso del tiempo. El Consejo de Ministros de Bélgica hizo la siguiente declaración en explicación de la adopción de las leyes en cuestión:

"el goce de los derechos de los ciudadanos belgas garantizados por la constitución y las leyes del Estado se basa en la fidelidad a la comunidad política que los protege. Esta fidelidad debe seguir demostrándose durante la crisis moral vivida por una nación en guerra cuyo territorio está invadido por el enemigo. A los que han traicionado su patria, hay que colocarles completa y rápidamente en una posición desde la que ya no pueden hacer más daño" (16) (T.N.)

(15) Caso De Becker, C.E.D.H. Serie B., 1962, págs. 21-22.

(16) Ibid, págs. 114-115.

Puesto que la Convención Europea de Derechos Humanos no entró en vigencia hasta 1955, no competía a la Comisión considerar la legitimidad de "medidas de guerra" aplicadas hasta 1949, o sea cuatro años después del fin de las hostilidades. Sin embargo, la Comisión unánimemente, y algo precipitadamente dado las profundas implicaciones de su conclusión, rechazó el argumento del gobierno de que medidas originalmente justificadas por la existencia de una guerra no deberían necesariamente perder toda vigencia en razón del fin de un conflicto:

"En la opinión de la Comisión, el Artículo 15 de la Convención no se puede aplicar al caso presente, dado que sólo se puede invocar en dos circunstancias bien definidas: la guerra y cualquier 'otra emergencia pública que amenace la vida de la nación'. El Gobierno de Bélgica nunca ha pretendido que ninguna de estas situaciones haya surgido durante el período después del 14 de junio de 1955, el cual fue el único período para ser considerado en la solicitud del Sr. De Becker.

"Sin embargo, el Gobierno de Bélgica sí ha sostenido que las medidas de guerra, originalmente justificadas bajo el Artículo 15, no podrían dejar de estar vigentes automáticamente una vez terminada la guerra.

La Comisión siente no poder respaldar este argumento. El párrafo 3 del Artículo 15 claramente significa que las medidas de suspensión que dispone únicamente se justifican bajo las circunstancias definidas en el párrafo 1, con el resultado de que representan una contravención de la Convención si quedan vigentes después de que desaparezcan esas circunstancias" (17) (T.N.).

La Comisión también señaló que la extensión de los efectos de las medidas de emergencia más allá del fin de la emergencia misma podría constituir una violación del Artículo 18 de la Convención, la cual dispone que las restricciones a los derechos y libertades reconocidas por el instrumento "no se aplicarán para ningún propósito que no se encuentre entre aquellos para los que fueron prescritos".

(17) Ibid, pág. 133.

Sin embargo, la Comisión sí reconoció que podría darse un estado de emergencia después del final de una guerra:

“Durante una guerra y durante el periodo inmediatamente después de terminar una, consideraciones sobre el estado de ánimo del pueblo y orden público pueden justificar que personas condenadas por asociaciones traidoras con el enemigo sean sometidas por el Estado a la privación total o casi total de su libertad de expresión. Además, cuando un país ha vivido un largo periodo de ocupación por el enemigo con todos sus efectos en el ánimo público, puede ser que el proceso de restauración del ánimo del público y el riesgo de perturbaciones al orden público haga necesario y justifique la plena aplicación de estas incapacidades por algún periodo de tiempo después de la terminación de hostilidades” (18) (T.N.).

Sin embargo, una vez pasado el periodo de la emergencia reconocido por el Artículo 15, sólo se puede justificar la continuación de medidas especiales en la medida que caben dentro del alcance de las restricciones permitidas en tiempos normales para proteger el orden público y la seguridad nacional. En el caso en cuestión, la Comisión falló que la suspensión permanente y generalizada de la libertad de expresión de personas condenadas por traición no es aceptable como una medida para proteger la seguridad nacional y el orden público en una sociedad democrática.

Poco después de que el caso llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos para una decisión final, se aprobó una ley limitando la suspensión de la libertad de expresión de personas como De Becker a escritos en “publicaciones de carácter político”. Con base en tal enmienda, la Corte estimó innecesario proceder a examinar el fondo del fallo de la Comisión (19).

La OIT también se ha referido a la cuestión sobre el momento en el cual suspensiones por causa de guerra quedan sin vigencia.

(18) Ibid.

(19) C.E.D.H., Serie A. 1960-68, **Caso De Becker**, Fallo de 27 marzo, 1962.

El memorándum antes citado, "El Efecto de la Guerra sobre convenios de la OIT" declara que "puede considerarse que el fin de una guerra termina automáticamente la suspensión de obligaciones..." (20). También reconoce, sin embargo, que "la situación *de facto* en cuanto a la aplicación de estas obligaciones suele ser altamente insatisfactoria después de la guerra a menos que se tome acción apropiada al fin de la guerra, para asegurar que las obligaciones que jurídicamente sobreviven se hagan efectivas otra vez... Han de tomarse medidas apropiadas *lo más pronto posible* para reanudar la aplicación normal de las obligaciones provenientes de las Convenciones ratificadas por los Miembros de la Organización que hayan sido beligerantes o que hayan invocado cláusulas contenidas en ciertas Convenciones que permitan la suspensión en caso de una emergencia nacional" (21) (traducción y subrayado nuestro).

En la supervisión los derechos de los trabajadores reconocidos internacionalmente, el quasi-judicial Comité de Libertad Sindical ha afirmado la importancia de que "la reglamentación de guerra fuera reemplazada *tan pronto como sea posible después de la conclusión de las hostilidades* por una legislación que garantice a los sindicatos mayor libertad de acción (22) (subrayado nuestro). Así que, aunque los pronunciamientos de la OIT sobre esta cuestión no reconocen explícitamente el concepto de una emergencia posguerra como la descrita por la Comisión Europea en el Caso *De Becker*, hasta cierto punto se reconoce que un periodo de transición podría ser necesario antes de que se pueda esperar el cumplimiento total con las normas internacionales.

En conclusión, principios generales que deberían de aplicarse con respecto a las suspensiones durante épocas de guerra en América Latina, serían estos: Primero, las medidas de guerra *strictu sensu* deben terminar automáticamente con el fin de las hostilidades, o a más tardar después de un brevísimo periodo de transición que no sobrepase lo estrictamente necesario para adop-

(20) Supra, pág. 7.

(21) Id.

(22) *La Libertad Sindical: Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical* (2ª edición) Ginebra, 1976 para 336.

tar las medidas legislativas y administrativas requeridas para poner fin a las medidas de guerra. Segundo, la prolongación de poderes de emergencia en el período de posguerra se justifica únicamente por la existencia de una emergencia en el sentido definido por el instrumento internacional pertinente durante este período. Es decir, han de ser basados en una amenaza a la nación o a la independencia y seguridad del Estado que resulta de las características particulares del período de posguerra, y por lo tanto deben ser diseñadas específicamente para enfrentar las características de tal período, no las del período anterior del conflicto armado. Tercero, una vez que haya disminuido la crisis posguerra y se haya eliminado o reducido a proporciones normales la amenaza a la seguridad nacional y el orden público, cualquier descalificación, discriminación o restricción a los derechos que surja de la emergencia y que continúe, es legítima solamente en la medida en que no sobrepase las restricciones reconocidas por las normas internacionales en tiempos normales.

Estas conclusiones, por supuesto, se basan en la hipótesis de una guerra real, ya sea una guerra civil como la revolución nicaragüense, o un conflicto internacional, pero no de una guerra ficticia como las que han sido invocadas en más de un país del Cono Sur para justificar un estado de emergencia. De la misma manera no pretende que se pueda presumir la existencia de una emergencia en el período después del fin de hostilidades, pues en muchos casos tal emergencia no se dará.

1.4 *Los Efectos de Conflictos Armados en Países Neutrales*

La pregunta final es si la guerra puede justificar la suspensión de las normas de derechos humanos en una nación no beligerante. El antecedente más pertinente al respecto, aunque el criterio invocado no es el de guerra sino de "otra emergencia pública", es la decisión de la Comisión Europea en el *Caso Lawless*. En este caso un estado de emergencia en la República de Irlanda fundamentó en la existencia en tal país de una organización paramilitar dedicada al derrocamiento del gobierno de un territorio vecino, Irlanda del Norte. Aunque no se estableció el nexo entre el IRA y una amenaza a la vida del país anfitrión de manera realmente concluyente (una falta subrayada en las cinco opinio-

nes disidentes) este antecedente ayuda a identificar por lo menos una nación podría tener derecho de suspender sus obligaciones en materia de derechos humanos en razón de un conflicto armado en un Estado vecino; a saber, el uso de su territorio por una o más de las fuerzas armadas involucradas en el conflicto. Es posible que la llegada masiva de refugiados o la obstaculización del abastecimiento de provisiones vitales por causa de una guerra en un Estado vecino por ejemplo también podría justificar un estado de emergencia, siempre que se demuestren consecuencias suficientemente graves y la necesidad de las medidas excepcionales específicas.

Una variante más compleja de esta interrogante es saber si la obligación de cumplir con los deberes de un poder neutral o con las obligaciones internacionales de semejante carácter podría justificar la suspensión de obligaciones sobre la protección de derechos humanos. El derecho humanitario impone a los Estados neutrales por ejemplo deber de guardar en detención hasta el fin de la guerra las tropas de uno u otro poder beligerante que entren en su territorio (23). Diecisiete Estados Latinoamericanos son Estados Partes a la Convención de 1928 sobre los Derechos y Deberes de Estados en Casos de Lucha Civil, en virtud de la cual se reconoce expresamente este mismo deber de detener hasta el fin del conflicto las fuerzas que participan en una guerra civil y que entran en el territorio de una nación neutral (24).

Otra vez es la jurisprudencia del sistema Europeo la que nos proporciona unas directrices que ayuden a desenmarañar el problema. En el caso *Lawlees*, si bien no se pretendió que una verdadera guerra existiera en Irlanda del Norte en aquel entonces, lo cierto es que el Sr. Lawlees fue detenido bajo poderes de emergencia en la República de Irlanda por causa de su participación en actividades bélicas dirigidas contra el país vecino. La

(23) V Convenio de la Haya, Art. 11. Véase también Tomo 11, *Digest of International Law*, Washington, 1968, pág. 336.

(24) *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*, Washington, 1938, pág. 388, para consultar estado de ratificaciones véase *Tratados y Convenios Interamericanos*, Washington, 1980, pág. 29.

Comisión Europea enfatizó en su decisión, las consecuencias para las relaciones de Irlanda con su vecino si su territorio seguía siendo aprovechado como base para actividades paramilitares. Sin embargo, afirmó que:

"El Gobierno demandado está justificado en su contención de que, al tener conciencia en julio de 1957, de la existencia de una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación, tenía derecho de dar un peso substancial a sus obligaciones bajo el derecho internacional para impedir que su territorio fuera usado como una base para ataques contra un territorio vecino. Según el derecho internacional general era el claro deber de la República servirse de los medios de que disponía para impedir, e impedir totalmente, que su territorio fuera usado como base para incursiones armadas en Irlanda del Norte" (25) (T.N.)

A este argumento se añadió la observación que, siendo Irlanda y el Reino Unido Estados Miembros de la misma organización regional política y Estados Partes en el mismo tratado sobre derechos humanos, tienen esos países:

"una responsabilidad especial entre si con respecto a actividades ilegales en territorio propio que amenacen el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales en el territorio de otro Miembro. Por lo tanto concluimos que el hecho de que los pueblos de Irlanda del Norte, igual que los de la República de Irlanda, se encuentren dentro de la Comunidad del Consejo de Europa y bajo la protección de la Convención Europea sobre Derechos Humanos es otra razón de peso para que el Gobierno de la República no pudiera cerrar los ojos frente al riesgo de que las actividades ilegales de sus súbditos causaran una erupción de contienda civil en el territorio contiguo" (26) (T.N.)

Sin duda alguna uno de los puntos débiles de la decisión de la Comisión es la idea de que el riesgo de que se deterioren las relaciones entre Irlanda y el Reino Unido constituía por si un "peligro a la vida de la nación". Como declaró el Sr. Sús-

(25) Caso *Lawless*, (supra, nota 6), pág. 88.

(26) *Ibid*, pág. 89.

terhenn en su opinión disidente, "los actos de violencia que el IRA ordena que se lleven a cabo en Irlanda del Norte desde sus bases en Irlanda del Sur, si son calculados para entorpecer las relaciones amistosas entre la República de Irlanda y el Reino Unido. Sin embargo, es imposible sostener que de eso pudiera surgir un verdadero peligro de guerra entre la República de Irlanda y el Reino Unido... Sería irrazonable contemplar la posibilidad de un conflicto armado" (27) (T.N.)

Otro miembro disidente de la Comisión, el Dr. Dominedo, comentó este punto aún más tajantemente al decir: "No se puede hablar en serio de un peligro de guerra extranjera. Eso sería una alegación imaginaria cuando todos conocen muy bien el verdadero carácter de las relaciones entre Irlanda y el Reino Unido..." (28). En una hábil paráfrasis de la opinión del Sr. Süsterhenn, una comentarista afirmó que "las tensiones diplomáticas no representan ninguna amenaza seria de guerra" (29).

Esa clase de conflicto entre normas internacionales sobre derechos humanos y otras obligaciones en el derecho internacional de lo cual un buen ejemplo se encuentra justamente en que el derecho de los derechos humanos no acepta la detención sin juicio mientras el derecho humanitario establece el deber de detener a las fuerzas armadas que entren en territorio neutral ha recibido poca atención de parte de los tratadistas. El análisis que tal conflicto merece, excederá en mucho el alcance del presente trabajo. Sólo puede decirse que ninguna de las dos obligaciones suele tener carácter de *jus cogens*, lo cual indicaría claramente cuál tendría jerarquía sobre el otro. Tampoco está previsto explícitamente este tipo de conflicto por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ni por las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos que se refieren a la relación de ellos con otras normas jurídicas internacionales.

(27) Ibid, pág. 96

(28) Ibid, pág. 100.

(29) Hartman, Joan "Derogations from Human Rights Treaties in Public Emergencies: A Critique of Implementation by the Europea Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations", *Harvard International Law Journal*, vol. 22 N° 1. Winter 1981).

En ausencia de tales directrices, parecería ser que una obligación conflictiva no justificaría la suspensión de obligaciones para la protección de derechos humanos a menos que coincida con las circunstancias expresamente reconocidas por los tratados sobre derechos humanos que prevén la suspensión. En otras palabras, al referirnos otra vez a la doctrina del caso de Irlanda del Norte, si bien es cierto que un Estado puede tener el deber de servirse de los medios de que dispone para prevenir ataques armados contra países vecinos, y quizás hasta deberes especiales de proteger (o por lo menos de cooperar en la protección) de los derechos de los residentes de Estados con los cuales tiene un vínculo especial por causa de ser ambos co-miembros de una comunidad política regional y por haber ratificado las mismas obligaciones sobre derechos humanos, a pesar de todo esto ha de interpretar este deber como el de usar las medidas normalmente disponibles en y consistentes con una sociedad de tipo democrático. Tal deber, aún si es un deber que surge únicamente en el contexto de una guerra, como es el caso del antes mencionado deber a detener a integrantes de una fuerza armada, no permite la suspensión de las obligaciones en materia de derechos humanos a menos que se dé la imprescindible amenaza a la vida de la nación o a la independencia y seguridad nacional.

Sin embargo, la falacia principal de la decisión *Lawless*, no es tanto la posición doctrinal sino la falta de pruebas congruentes con el análisis de la mayoría de la Comisión. Cuando el uso del territorio nacional para organizar ataques contra un Estado vecino crea un riesgo real e inminente de un conflicto armado internacional, desde luego existiría justificación para tomar medidas que suspenden las normas de derechos humanos. La distinción señalada por Hartman entre meras tensiones diplomáticas y la amenaza de guerra sirve como una prueba analítica útil. Por ejemplo si fuese necesario para Honduras suspender ciertas de sus obligaciones en materia de derechos humanos para impedir el uso de su territorio por fuerzas que lanzan ataques contra fuerzas gubernamentales en Nicaragua, el actual estado de relaciones internacional entre los dos países parecería justificar tal acción. Pero aunque hay tensiones diplomáticas entre Costa Rica y Nicaragua, no existe ningún peligro real de una guerra entre las dos naciones como para justificar la suspensión de obligaciones de derechos humanos en Costa Rica.

Por supuesto no hay por qué limitar este principio a la circunstancia específica de un peligro de que el Estado neutral sea arrastrado hacia un conflicto armado ni a la circunstancia de que su territorio sea usado por una parte en el conflicto. Podrían también justificar la declaración de una emergencia otros tipos de consecuencias para un Estado neutral. Si una guerra en uno o más de los Estados vecinos amenaza los intereses económicos vitales de una nación neutral, esto quizá constituirá una amenaza a la vida de la nación tal como justificaría la suspensión de ciertas obligaciones de derechos humanos.

En conclusión, aunque es razonable presumir que el peligro que representa una guerra o conflicto armado en uno o más Estados vecinos para la vida de la nación o la independencia o seguridad del Estado normalmente es menor que el peligro que representa un conflicto actual o inminente en que el Estado está directamente involucrado, en cuanto a la legitimidad en derecho internacional de la suspensión de normas de derechos humanos no es la pregunta formal sobre si el Estado es parte o no al conflicto lo que es determinante, sino más bien los efectos reales de tal conflicto sobre la nación.

PARTE II

AMENAZAS INTERNAS COMO MOTIVO PARA LA SUSPENSION DE GARANTIAS

Con muy pocas excepciones, los estados de emergencia que han sido examinados hasta ahora por los tribunales internacionales competentes han surgido de alteraciones o desórdenes internos. Sin embargo, aún con respecto a esta clase de estado de emergencia, son casi inexistentes las decisiones que abordan directamente la cuestión de saber si una determinada situación corresponde o no al concepto de emergencia pública tal y como está definida por la Convención Americana o el Pacto Internacional. Dentro de los sistemas jurídicos que surgen de tales instrumentos las instancias internacionales correspondientes, cada

una por sus propios motivos, se han concentrado en aplicar el principio de no-suspendibilidad de ciertos derechos, y en el caso de la Convención Americana, la cláusula de "garantías esenciales". Conviene por esta razón comenzar con la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Europea.

2.1 *Jurisprudencia Europea: El Caso Lawless*

La jurisprudencia de los órganos de la Convención Europea consiste esencialmente de una trilogía de casos: la decisión de 1961 de la Comisión sobre el *Caso Lawless*; la decisión de 1969 de la Comisión en el *Caso de Grecia*; y su decisión en 1976 sobre el *Caso de Irlanda del Norte* (formalmente conocido como el caso de *Irlanda vs. el Reino Unido*) tal como fue modificado por la decisión de 1978 de la Corte Europea de Derechos Humanos. Un caso que se refiere al actual estado de emergencia en Turquía está pendiente ante la Comisión en este momento, y se espera que contribuya en gran medida a desarrollar la jurisprudencia Europea sobre estados de excepción.

Al igual que el Pacto Internacional, la Convención Europea usa el vocablo "amenaza a la vida de la nación", mientras que, la Convención Americana que se refiere a "amenaza a la independencia y seguridad del Estado". Cualquier discusión de la forma en que se ha aplicado tal concepto en el sistema europeo (todavía no ha sido aplicado por el Comité de Derechos Humanos bajo el Pacto Internacional) debe tomar como punto de partida el hecho de que esa expresión se ha convertido en un "término de arte", es decir, las palabras "amenaza a la vida de la nación" no se pueden interpretar literalmente.

Irónicamente, esta evolución ocurrió con el *Caso Lawless* en donde la decisión de la Comisión comienza precisamente con la observación -aparentemente en contestación al erudito voto razonado del Sr. Eustathiades- de que no existe ninguna razón para atribuir a estas palabras otra cosa que su "significado literal y corriente" (30). Sin embargo, la misma decisión desmiente esta afirmación. Como hizo constar otro miembro disidente de la Co-

(30) *Caso Lawless* (supra, nota 6) pág. 82.

misión, y con un candor no característico de los tribunales internacionales: "no es posible, si queremos quedarnos dentro de los límites de la realidad, decir que la misma vida de Irlanda esté en peligro. Me refiero tanto al *Estado* como a la *Nación* de Irlanda. Parece que cualquier hombre profano o persona responsable, sea irlandés o no, al examinar las condiciones actuales de la vida en Irlanda con objetividad, debe llegar a esta conclusión fundamental" (31). La ausencia de pruebas de una verdadera interrupción de la vida de la nación —la Comisión misma tuvo que reconocer que las actividades del IRA "tenían relativamente poco impacto en la vida cotidiana del público en general, excepto quizás en el área cerca de la frontera" (32)— y el hecho insólito de que "en diez años ni un solo disparo se había producido por razones políticas en el territorio de la República de Irlanda" (33), revelan un profundo abismo entre conclusión de la Comisión de que existía una "amenaza a la vida" y el "significado normal y corriente" de estas palabras.

Dados los problemas sociales y económicos que caracterizan de una forma u otra a todas las naciones de América Latina y que constituyen una fuente perpetua de alteraciones del orden público, la adopción de las normas fácticas empleadas en el caso *Lawless* podría bien significar la eliminación de todo límite a la discreción de los gobernantes en cuanto a la declaración de estados de emergencia. Realmente, en vista de los cambios que han ocurrido en el mundo entre 1960 y 1984, uno puede preguntarse si la situación que prevalecía en Irlanda al final de la década de los cincuenta se podría considerar causa suficiente para declarar un estado de emergencia en cualquier región del mundo. Hay que recordar que una de las razones por la cual la Comisión rehusó reconocer la legitimidad del estado de emergencia declarado por los Coroneles Griegos en 1967 fue precisamente que las alteraciones que estaban sucediendo en Grecia inmediatamente antes del golpe no eran apreciablemente más graves que las que se daban en varias otras sociedades europeas en el mismo periodo.

(31) Ibid. pág. 85.

(32) Id.

(33) Ibid. pág. 95.

La tipificación, los matices no fácticos sino jurídicos de una amenaza a la vida de la nación fueron afirmados nítidamente por la Comisión en la siguiente y ahora famosa frase:

"El significado natural y corriente de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación, es, según opinamos nosotros, una situación de peligro o crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no solamente a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que está compuesta el Estado en cuestión" (34).

Dos aspectos menos conocidos de la decisión de la Comisión también merecen ser analizados, a saber, la cuestión del terrorismo y las dimensiones psico-políticas de la situación de emergencia.

Sobre la cuestión del terrorismo, la Comisión declaró que:

"Nos parece que la mera existencia dentro de un Estado de una organización ilegal que rehuse reconocer la autoridad legal del Gobierno elegido y que reclute y abastezca con armas una fuerza militar clandestina representa *hasta cierto punto* una amenaza a la vida de un Estado democráticamente organizado" (35) (subrayado nuestro).

Aunque la Comisión afirmó que "puede haber opiniones diferentes" con respecto a si la mera existencia de un ejército terrorista constituye una amenaza a la vida de la nación (36), es importante el hecho de que la Comisión se sintió obligada a basar conclusión de que existía una situación de emergencia en dos factores; la existencia de tal organización armada ilegal *más* un mínimo de actividad terrorista. En este caso, tal actividad consistió por un lado en el robo de armas y la intimidación de jueces y testigos en Irlanda, y por el otro en ataques armados contra la propiedad y la vida en un territorio vecino. Además,

(34) Ibid, pág. 82.

(35) Ibid, pág. 86-7.

(36) Ibid, pág. 87.

la Comisión afirmó que la existencia de la fuerza terrorista más el nivel de actividad terrorista observado en la República de Irlanda "contenía *algunos de los elementos* de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación" (37) (Subrayado nuestro), lo cual implica que sin la dimensión internacional, el nivel de actividad terrorista en la República no hubiera sido suficiente como para justificar la suspensión de derechos. Asimismo al confirmar la decisión de la Comisión, la Corte Europea declaró que la existencia de una amenaza a la vida de la nación "fue razonablemente deducido por el Gobierno Irlandés de una combinación de varios factores, a saber: en primer lugar, la existencia en el territorio de la República de Irlanda de un ejército secreto empeñado en actividades anti-constitucionales y recurriendo a la violencia para lograr sus propósitos; en segundo lugar, el hecho de que este ejército también operaba fuera del territorio del Estado, poniendo así en peligro las relaciones de la República de Irlanda con su vecino; en tercer lugar, el aumento constante y alarmante en las actividades terroristas, desde el otoño de 1956 y durante la primera mitad de 1957" (38). En esta formulación son de notar por una parte la referencia a una *combinación* de factores, y por el otro la expresa mención del *uso* de la violencia.

El aumento en actividades terroristas a que se refirió la Corte consistió principalmente en la explosión de bombas y tiroteos en Irlanda del Norte, lo cual viene a reforzar la conclusión que la actividad que tuvo lugar dentro del territorio de la República (el robo de armas y cierta intimidación de jueces y jurados) no hubiera justificado la toma de medidas de emergencia. La clara implicación de todo lo anterior es que una amenaza terrorista latente no es motivo suficiente para tomar medidas de seguridad que requieren la suspensión de obligaciones internacionales.

Otro aspecto relevante de la decisión de la Comisión es la importancia que atribuye a las dimensiones psicológicas y políticas de la crisis. En las circunstancias antes mencionadas, es decir el bajo nivel de conducta abiertamente delictuosa y la relativa

(37) Id.

(38) C.E.D.H. Serie A. 1960-61, **Caso Lawless**, Fallo de 14 noviembre, 1960, pág. 56.

ausencia de verdaderas alteraciones del orden público, la Comisión se vio obligada a poner cierto énfasis en las dimensiones psicológicas y políticas de la crisis en aras de justificar la conclusión de que una amenaza real e inminente existía. Declaró por ejemplo:

“Si el Gobierno de la República, cuyos súbditos estaban usando su territorio para lanzar una lucha guerrillera contra Irlanda del Norte, no trataba la grave situación que había surgido también como una de emergencia pública, podría razonablemente temer que se les hubiera sospechado de ser tibio en sus esfuerzos para controlar al IRA, y esto con consecuencias muy serias.

El Gobierno demandado además argumentó en la Sub-Comisión que también había sido influenciado por el temor de que, si los ataques del IRA no se paraban pronto, grupos protestantes en Irlanda del Norte podrían tomar represalias contra la población católica, el elemento de la población que más simpatiza con los fines de la organización paramilitar IRA. El Gobierno declaró que sus temores sobre este aspecto se basaban en amargas experiencias pasadas de tales sucesos, y que creía muy real el peligro de que se repitieran” (39).

La cuestión de si existen emergencias de naturaleza políticas, en el sentido de que medidas de emergencia podrían adoptarse legítimamente para objetivos esencialmente políticos o psicosociales, es de considerable importancia en América Latina. Sobran ejemplos de tentativas de justificar medidas represivas invocando la necesidad de mostrar firmeza con un movimiento de oposición ilegal, para combatir la inseguridad o falta de confianza en el manejo de asuntos públicos o para erradicar las “raíces” de la subversión. Esto suele suceder especialmente cuando se recurre a poderes excepcionales para responder a una amenaza “latente” o cuando aquellos se extienden más allá de la duración de una verdadera crisis.

Sería irrealista sugerir que una supuesta emergencia debería de evaluarse en términos puramente objetivos —por ejemplo sumando el número de incidentes terroristas y contrapesando de manera

(39) Caso Lawless (Supra, nota 6), pág. 88.

cuasi aritmética la fuerza y la eficacia de medidas represivas sin evaluar el nivel de rechazo de las medidas de represión o apoyo activo o pasivo de que goza el terrorismo en la opinión pública. Sin embargo, el peligro es que la evaluación de factores subjetivos llega a asumir una importancia superior a la de la amenaza real y objetiva que representa la actividad delictuosa abierta.

En el *Caso Lawless*, los miembros disidentes de la Comisión comentaron este mismo problema. "Con respecto a la posibilidad de que se extiendan las actividades del IRA" dijo el Sr. Eustathiades:

"cualquier conclusión basada en una investigación de la situación... debe fundarse únicamente en hechos existentes, y no puede tomar en cuenta predicciones subjetivas relativas a la evolución futura o temores unilaterales de que la situación se degenere y la amenaza aumente (estos temores, además, equiparados de antemano con la emergencia excepcional en la disposición del Artículo 15 de la Convención...)" (40).

Con respecto específicamente a la dimensión internacional de la situación la Sra. Janssen-Pevtschin declaró:

"estas consideraciones son esencialmente conjeturales e hipótéticas; no son respaldadas por ninguna evidencia..." (41).

Un tercer disidente, el Sr. Dominedo, opinó que:

"Sin embargo es obvio que examinar [sólo] los hechos materiales no es suficiente; ellos han de ser analizados también a la luz de sus causas; es decir, los motivos psicológicos y morales que los provocan" (42).

En base a esto, llega a la conclusión bastante radical de que los motivos nacionalistas del IRA surgirían (aunque no comprobaban por sí mismo) de una amenaza a la vida de la nación. "El deseo de lograr la unidad étnica de su propia nación",

(40) Ibid, pág. 94.

(41) Ibid, pág. 101.

(42) Ibid, pág. 99.

escribió, "no puede significar la voluntad de dañar la vida de esa nación" (43).

En una análisis algo mejor razonado, el Sr. Süsterhenn enfatizó no los motivos del ERI sino su estrategia. Observó, por ejemplo, que a los miembros del ERI les fue prohibido formalmente que tomaran "cualquier acción militante" en la República de Irlanda "bajo circunstancia alguna" (44). Concluye el Sr. Süsterhenn que esta estrategia, dado la ausencia de ataques armados dentro del territorio por un período de años, (o sea el cumplimiento de aquella) demostraba que efectivamente no existía "ninguna razón para diagnosticar un peligro inmediato de que el ERI se empeñara en actos revolucionarios contra el Gobierno Irlandés, y que así amenazara la vida de la nación". Para él, más bien, evidenciaba "una amenaza *potencial* al orden constitucional de la República de Irlanda" (45) (subrayado nuestro).

2.2. *El Caso Lawless: Los Votos Razonados*

Más de veinte años después, las opiniones disidentes de los Sres. Eustathiades y Süsterhenn presentan todavía quizás el análisis más lúcido que se haya publicado sobre estados de emergencia, así merece que se mencione otros detalles mas de sus votos razonados.

El Sr. Eustathiades atribuyó considerable importancia a las diferentes funciones de las disposiciones sobre la suspensión y las cláusulas de restricción, las cuales, en la Convención Europea así como en la Americana permiten que ciertos derechos sean restringidos por razones de seguridad nacional y orden público, entre otras. Observa que:

"La Convención misma hace una distinción muy clara, al referirse en una serie de Artículos, tal como en el segundo párrafo de Artículos 8, 9, 10, y 11, a las amenazas al orden público o a la seguridad que justifican restricciones a ciertos derechos garantizados por la Convención: mientras que el tipo de situación a que se re-

(43) Ibid, pág. 100.

(44) Ibid, pág. 97.

(45) Ibid, pág. 97-8.

fiere el Artículo 15 es de una gravedad totalmente excepcional, que justifica no solamente la imposición de restricciones sino también la suspensión de los términos de ciertos Artículos que protegen los derechos humanos" (46).

Al analizar la historia de los entremezclados procesos de redacción de la Convención Europea y del Pacto Internacional, concluye que el reconocimiento del derecho de los Estados Partes a declarar la suspensión,

"fue retenido en el texto del proyecto como una disposición para enfrentar una situación de carácter muy excepcional, mucho más seria que cualquier amenaza al orden público y a la seguridad cubierta por las cláusulas de restricción" (47).

Sostiene además que el uso de la palabra "otra" significa que la amenaza a la vida de la nación ha de ser "de carácter tan excepcional como la guerra". Recordando que la expresión "que amenaza la vida de la nación" vino a sustituir al vocablo "que amenaza los intereses del pueblo" (48), enfatiza que la forma en que dicho principio finalmente fue redactado y adoptado,

"se basó en el concepto que la emergencia pública debería ser de tal magnitud como para amenazar la vida de la nación entera... Se pensó que la referencia a una emergencia pública que amenazara "la vida de la nación" evitaría cualquier duda sobre si la intención fue de referirse a *todo o a sólo una parte del pueblo* " (49) (subrayado nuestro).

La primera parte de su análisis concluye con la siguiente observación:

"En general, el trabajo preparatorio del Artículo 15 y sus antecedentes demuestran que se usa la palabra "na-

(46) Ibid, pág. 90.

(47) Ibid, pág. 91-2.

(48) Ibid, pág. 92.

(49) Id.

ción" para aclarar que se refiere a una amenaza a la existencia de la población entera que surge de alguna emergencia particularmente grave que excede en mucho cualquier problema de orden público y seguridad que surja en otras circunstancias" (50).

En la segunda parte de su opinión se refiere esencialmente a la situación real que prevalecía en Irlanda. Dice al respecto:

"Los hechos demuestran, sin embargo, que el Gobierno, Parlamento y Tribunales Irlandeses están funcionando normalmente; no parece haber ningún aumento excepcional en la delincuencia; el número de víctimas de las actividades del IRA no es muy grande, y el cuadro general en este momento (las actividades del IRA mencionadas en los alegatos del Gobierno Irlandés del 12 de enero de 1959 pertenecían a otro periodo) contiene a lo máximo un riesgo de alteraciones localizadas, mientras los problemas creados por la partición de Irlanda han existido desde el momento en que esta partición se efectuó" (51).

En este párrafo, se perciben dos conceptos críticos: primero la idea de que el funcionamiento normal del gobierno es el criterio para juzgar si una situación es tan "excepcional" como para justificar la suspensión, y segundo, la insistencia en que una amenaza debe ser presente o inminente, no simplemente futura o potencial.

El voto razonado del Sr. Süsterhenn tocó muchos de los mismos puntos. En cuanto a la referencia a la guerra en el Artículo sobre suspensión, sostuvo que los autores de la Convención tenían presente la Segunda Guerra Mundial y que la intención era que el término se refiriera a combates militares internacionales "tan intensivos y extensos que representarán una verdadera amenaza a la existencia del Estado" (52), (subrayado nuestro).

(50) Ibid, pág. 93.

(51) Id.

(52) Ibid, pág. 95.

Aún el uso de una "quinta columna" para destruir o sabotear instalaciones o comunicaciones en el territorio de otro Estado, según afirmó, no sería:

"equivalente a la guerra mientras los actos de sabotaje se cometieran en una área fronteriza y no perturbaran la economía general del Estado afectado" (53).

Aunque la situación en Irlanda del Norte no constituía un conflicto armado entre Estados soberanos, el término "u otra emergencia pública" indicaba sin embargo que el concepto tradicional de la guerra total es el índice de gravedad al que una situación debe llegar antes de que la suspensión de la Convención puede considerarse legítima.

También enfatizó la importancia de alteraciones concretas del orden público como prueba de la existencia de una verdadera emergencia:

"No hay duda de que la vida de todos los sectores —a política, la economía, el transporte, la educación y la prensa— sigue igual que siempre en la República de Irlanda. Lo mismo es cierto de la administración de justicia. En todo caso, parece desprenderse de las declaraciones dadas por ambas Partes que, en general, no hay ninguna interferencia con el orden público y la seguridad en la República de Irlanda. Ambas Partes reconocen, en particular, que por diez años ni un sólo disparo se ha hecho por razones políticas en el territorio de la República de Irlanda" (54).

Un tercer miembro de la Comisión, el Sr. Emacora, señaló lo mismo:

"Las acciones del IRA no alteraron ni la vida cotidiana ni la vida del Estado. Según los principios del derecho público municipal, un estado de emergencia (Nots-stand) existe si ya no es posible aplicar las reglas constitucionales, o en otras palabras cuando la asamblea legislativa, el poder judicial y la administración ya no

(53) Id.

(54) Id.

están funcionando. Pero así no fue el caso durante el período en cuestión" (55).

Así el hecho de que un gobierno tenga en la realidad la posibilidad de controlar amenazas potenciales por métodos ordinarios —sean policíacos, socio-políticos o una combinación de ambos— excluye definitivamente la conclusión que hay un real e inminente peligro a la vida de la nación.

Como ya se ha mencionado, el Sr. Süsterhenn lleva este análisis más allá y argumenta que la estrategia de una organización ilegal como el IRA, o sea limitaciones subjetivas o auto-restricciones, son relevantes para la determinación del tipo de amenaza que una organización representa para la vida de la nación. La decisión política de no recurrir a la acción armada contra la República de Irlanda, por lo menos en el contexto del cumplimiento con dicha política, significaba que la existencia de una organización para-militar secreta y bien armada no constituía más que una amenaza potencial a la nación. Como veremos, este punto de vista fue adoptado más tarde por una mayoría de la Comisión en el *Caso de Grecia* (56).

Finalmente, la opinión del Sr. Süsterhenn se destaca por su insistencia en la distinción entre amenazas reales o inminentes y amenazas latentes o potenciales y el concepto de transcendental importancia de que las primeras implican un deterioro reciente y drástico de la situación. En la siguiente cita explica la distinción con nitidez:

"Al evaluar la situación general en la República de Irlanda, así también como las relaciones entre la República y el Reino Unido, no podemos negar categóricamente la existencia de una amenaza *potencial* que puede resultar en una amenaza a la vida de la nación en el futuro. Puesto que todo gobierno tiene un cierto margen de apreciación para juzgar si la vida de la nación queda amenazada por una emergencia o no, reconocemos el derecho del Gobierno Irlandés de argumentar que existe una tal emergencia y de considerarla

(55) Ibid, pág. 101.

(56) Ibid, pág. 97.

como muy grave. Hay que reconocer, sin embargo, que la emergencia es sólo *potencial*, que se ha mantenido durante años sin cambio apreciable ninguno y que ha conducido a ninguna alteración seria del orden público general ni de relaciones externas. Por eso no se puede considerar como de una gravedad excepcional, sino solamente como una *emergencia latente* de un grado menor" (57).

2.3 *El Caso de Grecia*

De primera vista, el *Caso de Grecia* parece ser nada más que una aplicación de los principios anunciados en el *Caso Lawless* a una nueva situación fáctica. En contraste con este, no hubo debate substancial entre los miembros de la Comisión sobre la interpretación que se ha de dar al texto del Artículo 15. Sin embargo, en realidad el *Caso de Grecia* representa un avance importante en la jurisprudencia de la Comisión Europea respecto a la definición de una emergencia que amenaza la vida de la nación.

Primero, la Comisión clarificó cierta confusión que había quedado respecto a si el elemento de inminencia era o no una parte de la definición de una emergencia formulada en el *Caso Lawless*. La palabra figuraba en la decisión de la Comisión y en la versión en francés de la decisión de la Corte, pero no en la versión en inglés de éste. En el *Caso de Grecia* la Comisión señaló que el texto francés de la decisión era auténtico, y afirmó explícitamente que la inminencia sí es uno de los cuatro elementos de la definición establecida por las decisiones anteriores de la Corte y de la Comisión (58). Lo que es más importante, la decisión en el *Caso de Grecia* ofrece unas directrices bastante precisas con respecto a lo que se entiende por el término eminentemente relativo, "inminente". Afirmó que "la pregunta concreta formulada a la Comisión es si, el 21 de abril de 1967 (el día del golpe militar) existía una amenaza *inminente*, en el sentido de que se iba a realizar antes, o poco después de las elecciones en mayo, de inestabilidad y desorden políticos de tal magnitud que no se

(57) *Ibid*, pág. 97-8.

(58) *Caso de Grecia*, C.E.D.H, Fallo de la Comisión, párr. 153.

iba a poder mantener la vida organizada de la comunidad" (59) (subrayado nuestro). Así que, por lo menos en el sistema europeo por inminencia no se entiende ni una cuestión de días —lo cual constituiría una amenaza actual— ni de meses —una amenaza potencial— sino más bien una cuestión de semanas. En otras palabras, en el futuro inmediato previsible.

La Comisión también vindicó el punto de vista de los disidentes en el *Caso Lawless* al equiparar el concepto de un peligro *excepcional* con que "las medidas o restricciones normales permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden [sean] claramente inadecuadas" (60). Entre las múltiples implicaciones que puede tener tal interpretación, la más obvia es que no puede existir ningún peligro excepcional cuando, al servirnos de las palabras del Sr. Süsterhenn en el *Caso Lawless*, "la vida de todos los sectores —la política, la economía, e transporte, la educación y la prensa [y la administración de justicia] sigue igual que siempre" (61). La aplicación de este criterio en el *Caso Lawless* obviamente hubiera impedido el reconocimiento de una amenaza a la vida de la nación. Al aplicarlo a muchos países de las Américas, dicha regla ciertamente conducirá de igual modo a la conclusión que no hay verdadera emergencia —o quizás a la conclusión de que las únicas alteraciones en el funcionamiento normal de la prensa, la educación, la administración de justicia y la política, tienen su origen no en factores endógenos a la sociedad civil sino en el abuso por parte del gobierno de los poderes excepcionales. En otras palabras, que la única emergencia que afecta la vida de la nación es el estado de emergencia mismo.

A pesar de su simplicidad esta implicación del principio de que medidas normales han de ser netamente inadecuadas —o sea que no puede existir ninguna emergencia cuando la vida sigue igual que siempre— es probablemente la aplicación más importante del principio, y eso por dos razones. Primero, el criterio "la vida sigue igual" servirá para desenmascarar la ilegitimidad de los abusos más serios en el sentido de menos justificados del

(59) Ibid, párr. 164.

(60) Ibid, párr. 153.

(61) Supra, pág. 34.

derecho a la suspensión. Además es el criterio que con más facilidad se aplica, por lo tanto, el que más probablemente se aplicará, dada la circunspección con que actúan las autoridades internacionales cuando han de decidir si una supuesta amenaza a la vida de la nación es real o no. La Comisión Interamericana, aunque sin fundamentar su análisis en dicha jurisprudencia, efectivamente ha recurrido al concepto de que "la vida sigue igual", en sus informes sobre determinados países.

El *Grupo de Trabajo Ad Hoc* y después el Relator Especial de la ONU sobre Chile también han aplicado el mismo criterio, aunque al igual que la Comisión Inter-Americana, lo hicieran sin reconocimiento explicativo de la jurisprudencia de los órganos europeos de derechos humanos (62).

Ahora bien, es obvio que la decisión de la Comisión de que el principio de un peligro excepcional requiere la "clara insuficiencia de medidas y restricciones normales permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden" también tiene implicaciones que van más allá de la simple regla de que no existe ninguna emergencia cuando la vida sigue igual. A nivel de tipificación del derecho a suspender garantías, ello implica que la eficacia de las diferentes medidas represivas permitidas por los instrumentos internacionales en tiempos normales (las cuales bien pueden ser más amplias que las medidas y restricciones normalmente vigentes en una determinada sociedad), individual o colectivamente, constituyen un criterio para determinar si una determinada amenaza interna es de suficiente gravedad para legitimar la declaración de una emergencia pública. Esto obviamente requiere un análisis de la situación mucho más a fondo que la simple interrogación de si la vida sigue más o menos igual en aspectos específicos de la sociedad.

Eso a su vez implica, a nivel normativo, que un gobierno tiene una obligación en derecho internacional de determinar, antes de tomar cualquier medida que implica suspensión de normas sustantivas de derecho internacional, que las "medidas y restricciones" normalmente permitidas por el instrumento o ins-

(62) Véase pág. 57 a 59, *infra*.

trumentos en cuestión no serían adecuadas para proteger los intereses legítimos de la sociedad.

Por el momento, la aplicación estricta de esta regla ya sea en un sentido normativo o definitorio es poco probable a causa de la política de realismo y discreción que prevale actualmente en los tribunales internacionales y que ha sido reconocida formalmente por la Comisión y la Corte Europea en la bien conocida doctrina de "margen de apreciación" (63). Esta negativa a evaluar con rigor la legitimidad del fundamento de un estado de emergencia también se manifiesta en el uso mismo del término "*claramente inadecuado*", así como en la negativa de la Comisión en el caso del Norte de Irlanda de considerar la moderación o levantamiento gradual de medidas de emergencia como evidencia de que las medidas más estrictas originalmente empleadas fueron excesivas o innecesarias *ab initio*.

Existen razones válidas para esta política de discreción, desde la presunción de que un gobierno nacional tiene más elementos que un tribunal internacional para evaluar el grado de peligro de una amenaza interna y la probable eficacia de respuestas alternativas a ella, al reconocimiento implícito de los verdaderos límites a la autoridad de órganos judiciales internacionales.

La aplicación de este principio en las Américas en el momento actual también sería obstaculizado por la falta de jurisprudencia existente sobre el alcance de las cláusulas de restricción, o el alcance de las restricciones a derechos permisibles en general, tanto bajo la Convención Americana como bajo el Pacto Internacional. Existe poca o ninguna jurisprudencia sobre dicha cuestión bajo la Convención Americana, y apenas se está comenzando a establecer jurisprudencia sobre el alcance de restricciones permisibles a los derechos bajo el Pacto Internacional. Así cuentan con muy pocas directrices hoy en día los Estados Americanos que parecen alteraciones internas y en consecuencia se ven obligados a decidir donde termina la facultad "normal" para restringir derechos en el interés de la seguridad nacional y

(63) Caso *Lawless*, (supra, nota 6), pág. 130. 131. Caso *Lawless*, (supra, nota 38), pág.

dónde comienza la suspensión de la misma obligación de respetar tales derechos, con todas las calificaciones, límites y restricciones que ellos comprenden.

Con el correr del tiempo, esta laguna en la jurisprudencia será progresivamente reducida por la actividad interpretativa de estos tribunales judiciales y quasi-judiciales que empezaron a funcionar recientemente. Mientras tanto, es útil recordar la observación de Kiss en el sentido de que, mientras "la clara intención es que las suspensiones son de carácter temporal, las limitaciones, en cambio, pueden ser permanentes" (64). De manera que si una determinada medida, permanentemente aplicada, no fuera consistente con los requisitos de una forma de sociedad democrática, se puede concluir que no cabe dentro del alcance de las cláusulas de restricción, sino más bien representa una suspensión de las normas que regulan la protección de los derechos humanos. Su legitimidad entonces, depende de si se cumplen los diferentes requisitos y limitaciones al derecho de la suspensión.

La decisión de la Comisión Europea en el *Caso de Grecia* también ratificó la opinión del Sr. Süsterhenn en el *Caso Lawless* respecto a la importancia que tienen las intenciones de las fuerzas que supuestamente amenazan la vida de la nación. La evidencia indicó que los planes de contingencia de la oposición se centraban en tres posibles acontecimientos:

- 1) el uso de la fuerza o el fraude en las entonces inminentes elecciones por parte del partido conservador que estaba en el poder en ese momento,
- 2) la postergación indefinida de las elecciones por parte del mismo partido, o
- 3) la negativa de este partido de entregar el poder en caso de que perdiera dichas elecciones (65).

La Comisión observó que esto representaba:

(64) Kiss, A.C. "Permissible Limitations on Rights", en *The International Bill of Rights*, supra, nota 71), pág. 290.

(65) *Caso de Grecia*, (supra, nota 58), párr. 159.

"esencialmente un plan de acción política contra la derecha. Sus autores declaran que es su intención usar la fuerza sólo en la segunda y tercera situación... Ninguna de estas reacciones contempladas frente a las acciones de la derecha incluye el derrocamiento inminente del Gobierno legal por la fuerza" (66) (T.N.)

Puesto que la justificación ofrecida por el gobierno para la suspensión se fundaba en el alegado peligro de un arrebato inminente del poder del Estado, la decisión de la Comisión no enfatiza las dimensiones psico-sociales de la situación. Dice, sin embargo, lo siguiente:

"La Comisión, además, no acepta la sugerencia del Gobierno demandado de que las manifestaciones callejeras, huelgas y paros en los primeros meses de 1967 alcanzaron la magnitud de una emergencia pública. Aunque, como en cualquier parte, las manifestaciones callejeras en Atenas y Salónica crearon ansiedad con respecto a personas y propiedad, las pruebas no demuestran que las fuerzas policíacas estuvieron en el límite, ni siquiera cerca de él, de su capacidad para controlar las manifestaciones y el desorden" (67) (T.N.)

La decisión así ofrece por lo menos cierto apoyo a la tesis de que factores psicológicos son pertinentes, pero esencialmente de secundaria importancia y por lo tanto deben subordinarse a la evaluación de la amenaza material al orden público.

Como ya hemos visto, la protección otorgada por el Derecho Internacional contra los abusos del estado de excepción fue debilitada por la substitución del criterio textual de la Convención de una "amenaza a la vida de la nación" por la fórmula "**AMENAZA A LA VIDA ORGANIZADA DE LA COMUNIDAD**". En el *Caso de Grecia*, sin discusión explícita de tal norma, la Comisión substituyó a este por la fórmula "inestabilidad y desorden de tal magnitud que impedía desarrollar la vida organizada de la comunidad" (68). El concepto de amenaza a la vida de la nación, como observó el Sr. Süsterhenn en el *Caso Lawless*, literal-

(66) Id.

(67) Ibid, párr. 160.

(68) Ibid, párr. 153.

mente sugiere que la continuación de la existencia misma de la nación esté en peligro. Una amenaza a la vida organizada de la comunidad sin embargo, podría interpretarse en el sentido de significar no más que el peligro de cierto grado de obstrucción o interrupción de la vida organizada de la comunidad, con la única condición de que toda la población sea afectada de alguna manera.

Al interpretar esta norma a la luz de la situación fáctica descrita en *Lawless*, no puede sino concluirse que bastaría para la suspensión de garantías mucho menos que la interrupción total de esta "vida organizada", entendiendo por esta, por ejemplo, la serie de factores enumerados por el Sr. Süsterhenn, o sea, la política, la educación, el transporte, la prensa y la administración de justicia. El retorno al concepto de un peligro de que la vida organizada así definida "no podría desarrollarse", el cual implica la verdadera paralización de las infraestructuras sociales, económicas y políticas de la nación o el colapso de la sociedad civil, representa entonces el retorno a un concepto más fiel al texto de los instrumentos internacionales. Un vistazo a la historia moderna de estados de excepción en América Latina, comenzando, por ejemplo hace 10 años con la disolución de la Asamblea Legislativa en Uruguay y el golpe en Chile en 1973, bastaría para concluir que son pocos los estados de excepción que cumplen con tal requisito.

2.4. *El Caso de Irlanda del Norte*

En *Irlanda vs. el Reino Unido*, la existencia de un estado de emergencia no estuvo en disputa. Irlanda, el Gobierno solicitante, reconoció la existencia de una emergencia del tipo requerido por Artículo 15 de la Convención, pero rehusó las medidas de emergencia aplicadas en Irlanda del Norte por ser incompatibles con otras tres normas redactadas en el mismo artículo: el requerimiento de "estricta necesidad", el carácter absoluto del derecho a la vida y la prohibición de la tortura, y el principio de la no-discriminación (69).

(69) C.E.D.H., serie A, 1978 (Irlanda vs. Reino Unido, Fallo de 18 enero de 1978, pág. 23).

Aunque Irlanda no se refirió a este aspecto, la Comisión y después la Corte si examinaron *motu proprio* la cuestión de si existía o no una emergencia que legitimara la suspensión. La situación imperante en Irlanda del Norte sin embargo, era tan grave que una consideración detallada de los diferentes elementos de la definición que se había establecido en los Casos *Lawless* y de *Grecia* no se consideró necesaria. En el período anterior a 1975 al cual la Comisión y la Corte se refirieron, la crisis había resultado en la pérdida de 1.100 vidas, más de 11.500 lesionados, y en daños a la propiedad de un valor de 140 millones de libras esterlinas. En el año 1971, cuando se dio un aumento repentino de violencia en un sólo mes explotaron 94 bombas. En un país cuya población era de solamente 1.5 millones, casi treinta personas fueron asesinadas por mes en la última parte de 1971 y en 1972. En sólo el mes de julio, 1972, se informaron de noventa y cinco asesinatos y de 2.800 tiroteos.

Estas y otras estadísticas formaron la base principal del reconocimiento por la Comisión de la existencia de una verdadera emergencia. Bajo el título "observaciones generales" la Corte declaró:

"Esta bien establecido que en todo el tiempo en discusión ha habido un problema de seguridad muy serio en Irlanda del Norte, como está indicado por la cifras... de muertes, explosiones, daños a personas y propiedad" (70) (T.N.)

Su conclusión legal, que no incluye ninguna referencia a la jurisprudencia existente en la materia, dice sencillamente:

"La Comisión considera que existió en Irlanda del Norte durante todo el período en cuestión en el caso actual, una emergencia pública que amenazaba la vida de la nación en términos del Artículo 15. El nivel de violencia, con explosiones, tiroteos, y motines, se produjo en una escala mucho más allá de lo que podría llamarse desórdenes civiles menores. Es evidente que en muchos casos la violencia usada estaba planeada con anticipación, por facciones de la comunidad organizadas y ac-

(70) Ibid. pág. 106.

tuando según métodos paramilitares. En gran parte la violencia fue dirigida contra las fuerzas de seguridad, las cuales fueron severamente obstaculizadas en su función de mantener o restaurar la paz pública. La existencia de una emergencia dentro del significado del Artículo 15 no está en disputa entre las partes. La Comisión decide, entonces, que las condiciones fácticas para la aplicación del Artículo 15 quedan cumplidas" (71) (T.N.)

Ciertamente es significativo que ante evidencias tan claras de una genuina emergencia, la Comisión estimó suficiente referirse a tales estadísticas. Igualmente significativo es el hecho que, aún con un nivel tan alto de violencia y la ausencia de duda alguna respecto a la existencia de una grave emergencia, la Comisión estimó imprescindible un examen cuidadoso para determinar si las medidas específicas de emergencia empleadas fueron "estrictamente requeridas por las exigencias de las circunstancias".

2.5 *El Sistema Americano*

Aunque el artículo sobre la suspensión de garantías en la Convención Americana, es inspirado por el artículo correspondiente, de la Convención Europea, existen diferencias considerables en la definición de una emergencia que permita la suspensión. Mientras la Convención Europea hace mención a la guerra u "otra emergencia pública que amenaza la vida de la nación", la Americana hace referencia a "guerra, peligro público u otra emergencia que amenaza la independencia o seguridad de un Estado Parte".

Como ha observado Buergenthal, la primera impresión que uno tiene al comparar los dos textos es que, por no requerir que la emergencia sea de tal naturaleza como para constituir una amenaza a la vida misma de la nación podría interpretarse que la Convención Americana permite la suspensión en situaciones de peligro menor que las previstas por la Convención Europea o el Pacto Internacional (este último es idéntico al Europeo en este

(71) Ibid, pág. 117.

aspecto) (72) La comparación de la Convención Americana con la jurisprudencia existente del sistema Europeo relativo al significado de una amenaza a la vida de la nación sin embargo, sugiere que las diferencias no son tan grandes como parecería mostrar una simple comparación de los textos de los dos artículos.

Los resúmenes de los debates de la Conferencia Especializada de 1969, en donde fue adoptada la Convención Americana, desafortunadamente no contienen ninguna explicación de las razones por las cuales se varió la fórmula usada en los otros instrumentos internacionales (73). Sin embargo, en el estudio de la Comisión Interamericana del ante-proyecto, se hace el comentario siguiente al respecto:

"Tengo entendido que esta expresión cubre exclusivamente las siguientes situaciones: un peligro real e inminente a la existencia del país como nación; a la sobrevivencia del Estado como entidad política soberana e independiente; a la integridad del territorio; al respecto por la constitución política vigente; al ejercicio de poderes legítimos por las autoridades constitucionales. También incluye la situación de peligro serio e inminente de alteración profunda de la paz social o del orden público de tal carácter que pone en peligro la seguridad interna del Estado" (74).

Esta interpretación parece referirse a tres categorías distintas de situaciones. Las tres primeras cláusulas, "peligro a la existencia del país como nación, a la sobrevivencia del Estado como entidad política soberana e independiente, y a la integridad del territorio", se refieren al peligro de guerra de conquista por un poder extranjero o guerras de secesión.

(72) Buergenthal, T. "Las Convenciones Europea y Americana: Algunas Similitudes y Diferencias" en **La Convención Americana sobre Derechos Humanos**, OEA Washington, 1980, pág. 190. Nota 26.

(73) **Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos**, San José, Costa Rica, 7-22 Noviembre 1969. **Actas y documentos**, Doc. OEA/Ser. K/XVI/12, Washington 1978 (reprint), pág. 263-7.

(74) Citado en Norris (supra nota 3) pág. 193.

En cuanto al respecto por la constitución, si se quiere evitar una interpretación tan amplia que incluya aún la mera crítica de ella, debe entenderse en el sentido de respeto *en la práctica*, no respeto en un plano más abstracto. Este segundo tipo de situación, entonces, comprende el peligro de un golpe de Estado o por lo menos una interferencia u obstaculización importante del funcionamiento de las instituciones estatales reconocidas por la Constitución.

La tercera categoría se define como el peligro de "alteración profunda de la paz social o del orden público de tal carácter que pone en peligro la seguridad interna del Estado". Ahora, el autor de este mismo documento, en su estudio preliminar sobre el tema, enfatizó que "cada gobierno democrático tiene poderes amplios para combatir amenazas [al orden público] con medidas ordinarias. El poder policiaco, leyes sobre traición y sedición y el código penal, no dejan a los gobiernos impotentes". La Convención Americana, igual que el pacto Europeo y el Internacional, reconocen expresamente el derecho del Estado de restringir determinados derechos para poder proteger el orden público y la seguridad (75). Sería lógico, por lo tanto, equiparar esta tercera categoría a una alteración tan profunda que los métodos ordinarios disponibles para controlar tales alteraciones sean inadecuados.

Este, desde luego, es precisamente uno de los elementos de la definición de la "amenaza a la vida de la nación" desarrollada por los órganos competentes de la Convención Europea. En realidad esas tres categorías de situaciones de emergencia descritas en el trabajo preparatorio de la Comisión Interamericana sobre la cuestión de la suspensión son substancialmente compatibles por no decir idénticas, con el contenido del concepto de una "amenaza a la vida de la nación" tal y como ha sido definido en el sistema europeo. La eventual adopción de interpretaciones armoniosas de los dos términos por parte de las instancias competentes sería de mucho provecho, puesto que casi todos los Estados Partes a la Convención Americana también han

(75) Véase en general el artículo de Kiss, A.C., "Permissible Limitations on Rights" en *The International Bill of Rights* (supra, nota 11), pág. 290.

ratificado el Pacto Internacional en el cual figura la misma definición empleada por la Convención Europea (76).

Hasta ahora, la Comisión Interamericana no ha recurrido a los trabajos *preparatorios* ni a la jurisprudencia de ningún otro órgano internacional al interpretar el significado de la cláusula de "peligro público u otra emergencia". En realidad, son escasos los casos en que se puede decir que se interpreta o aún que se aplica tal norma.

El Informe Anual de la Comisión de 1981, por ejemplo, contiene un comentario relativamente detallado sobre la problemática de estados de emergencia (77). Lo sorprendente es que el comentario no contiene ninguna referencia expresa al Artículo 27 de la Convención Americana, y el análisis general desarrollado se refiere a estados de emergencia en nueve países sin distinguir entre Estados Partes y Estados no Partes a la Convención.

Desde la entrada en vigencia de la Convención en 1978, la Comisión ha publicado estudios de la situación de los derechos humanos en los siguientes países: Panamá y Haití (1979), El

(76) Son Estados Partes o ambos Pactos los países siguientes:

Bolivia	Nicaragua
Colombia	Panamá
Costa Rica	Perú
Ecuador	República Dominicana
El Salvador	Uruguay
México	Venezuela
	Jamaica

Son Estados Partes únicamente al Pacto de San José:

Guatemala	Grenada
Haití	Haití

Son Estados Partes únicamente al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos:

Chile	Suriname
Uruguay	S. Vicente y Las Granadinas
Guyana	Trinidad y Tobago

(77) **Informe Anual de la C.I.D.H. 1980-1981**, OEA, Washington 1981. pág. 114, (versión inglesa).

Salvador (1980), y Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua (1981), (78). Con la sola excepción de Panamá, un estado de emergencia estuvo en vigencia en cada uno de estos países por lo menos parte del tiempo abarcado por la investigación emprendida por la Comisión.

Tales informes, como ya se sabe, son básicamente descriptivos, no analíticos. La práctica de usar éstos en negociaciones con los gobiernos con el fin de lograr avances concretos con respecto a problemas específicos conlleva sacrificios en cuanto al rigor jurídico de ellos. Además, en razón de recursos limitados o bien por causa de una tradición derivada de la tenue base legal sobre la cual se fundamentaron las primeras investigaciones de la Comisión (o por una combinación de ambos factores) ésta ha tendido a enfocar sus actividades sobre el "núcleo esencial" de los derechos más fácilmente reconocidos como el legítimo objeto de la preocupación de la comunidad internacional y que son justamente los derechos cuya suspensión no se permite bajo ninguna circunstancia.

Así, en situaciones referentes a estados de emergencia la Comisión ha enfocado la obligación de proteger los derechos que no admiten la suspensión, y pocas veces ha encarado la cuestión de la legitimidad de la emergencia como tal.

En sólo uno de los casos antes mencionados —el informe sobre Bolivia en 1981— la Comisión decidió expresamente que la tipología de emergencia prevista por el Artículo 27 no existía, y aún en este caso los razonamientos que permitieron llegar a esta conclusión no fueron explicitados claramente. Con respecto al primer requisito del Pacto, la existencia de una amenaza a la independencia o seguridad del Estado, la Comisión se limitó a reiterar el texto del Artículo 27 para concluir que "en opinión de la Comisión, las autoridades bolivianas excedieron los límites de la acción estatal al hacer caso omiso de las restricciones al uso de tales medidas estipuladas en la Convención Americana

(78) Resúmenes de cada uno de esos informes se encuentran en *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Diez Años de Actividades, 1971-1981*, OEA, Washington, 1982.

con respecto a la gravedad y período de tiempo en que tales medidas deberían mantenerse en vigencia" (79). Aún en Haití, donde la justificación para la suspensión de garantías constitucionales es transparentemente inadecuada, —se suspenden por siete meses cada año cuando el Congreso no está en sesión— la Comisión no falló explícitamente sobre este punto (80).

Por otra parte, aunque la Comisión sostiene que es competente para investigar el cumplimiento por cualquier Estado Miembro de la OEA de obligaciones contratadas en virtud de todo tratado referente a derechos humanos, sea regional o universal, no ha recurrido a las normas del Pacto internacional para determinar la legitimidad de estados de emergencia en países donde éste, y no la Convención Americana, estaba en vigencia. Este fue el caso, por ejemplo, en los numerosos informes sobre Chile y Uruguay publicado después de 1976 (81).

Para recapitular, hasta ahora en el sistema interamericano no existe ninguna jurisprudencia digna del nombre, fundada en el derecho Internacional positivo, en cuanto al contenido preciso de una amenaza interna que justifique la suspensión de derechos humanos. Sin embargo, si existen no solamente argumentos jurídicos válidos sino también fuertes razones para la armonización de sistemas jurídicos internacionales que favorezcan una interpretación aparentemente más flexible de la definición contenida en el Artículo 27 (1) de la Convención Americana, de tal forma que resulte en un nivel de protección contra el recurso injustificable a medidas de emergencias no inferior al requerido por los otros instrumentos. Además, la experiencia de los últimos años ha resultado en un alto nivel de conciencia y preocupación en América respecto al abuso de estados de emergencia, lo que permite esperar que los órganos interamericanos de protección

(79) Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Bolivia, OEA/Serv. L/V/II. 53/Doc. 6, Rev. 2, Conclusión Nº 3.

(80) Informe sobre La Situación de los Derechos Humanos en Haití, OEA/Serv. L/V/II. 46, Doc. 66, rev. 1.

(81) Véase los Informes Anuales del C.I.D.H. de los años 1978-1979, 1980, 1981 y 1982, resumidos en la C.I.D.H., Diez Años de Actividades, (supra, nota 78).

de los derechos humanos desarrollarán criterios legales superiores a los que han sido reconocidos hasta ahora en el sistema de derechos humanos europeo para la determinación de la legitimidad de estados de emergencia.

2.6 *La Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos*

La jurisprudencia bajo el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos en cuanto a las circunstancias que satisfacen el criterio de una amenaza a la vida de la nación también es escasa, aunque no por las mismas razones que explican la falta de jurisprudencia en el sistema interamericano.

Como ya se sabe, el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar la implementación del Pacto por los Estados Partes, expresa su opinión sobre cuestiones relacionadas a la interpretación y aplicación del Pacto de dos maneras: a través de los "comentarios generales" que formula cada año para la Asamblea General de la ONU y los Estados Partes, y a través de las opiniones adoptadas por el Comité al examinar casos individuales recibidos en conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto. Aunque se publican resúmenes bastante detallados del intercambio de puntos de vista entre el Comité y determinados Estados Partes, la práctica general del Comité es abstenerse en este contexto de formular opiniones concertadas sobre cuestiones substantivas referentes a la implementación del instrumento.

Hasta este momento, se ha emitido un sólo "comentario general" respecto al Artículo 4 del Pacto, el cual aporta poco nuevo acerca de las características de una amenaza interna que justificaría la suspensión. "Medidas tomadas bajo el Artículo 4 son de carácter excepcional y temporal", afirma el Comité, "y sólo pueden durar mientras se amenace la vida de la nación" (82). Este énfasis sobre la naturaleza esencialmente transitoria de las emergencias es útil, sobre todo dado el grave proble-

(82) Informe del Comité de Derechos Humanos, UN Doc. A/36/40, New York, 1981, pág. 110 (versión inglesa).

ma de la "institucionalización" de los estados de sitio que han vivido numerosos países latinoamericanos, pero la experiencia también demuestra muy claramente que existe una necesidad urgente de directrices más precisas y competentes sobre la gravedad o magnitud de situaciones que justifiquen la suspensión (83).

Las decisiones del Comité sobre casos individuales incluyen tres denuncias que surgieron bajo el ahora revocado estado de emergencia en Colombia y un número más grande que han resultado de la emergencia de larga duración todavía imperante en Uruguay (84). Sin embargo, en ninguno de ellos ha tenido el Comité la oportunidad de determinar si la amenaza a la seguridad interna cumplió con los requisitos como para justificar la suspensión de sus obligaciones en materia de derechos humanos. El Gobierno de Uruguay nunca proporcionó la información necesaria para evaluar la legitimidad de la emergencia como justificación de sus acciones y en casos recientes aún parece haber dejado de invocar la emergencia como justificación de sus acciones. El Gobierno de Colombia por su parte pretendió servirse del estado de emergencia entonces vigente para justificar transgresiones de derechos que si son clasificados como "suspendible", pero los cuales no figuraban en la anterior notificación de suspensión en la cual Colombia había pretendido que el estado de sitio sólo afectara la libertad de expresión y de reunión. Por esta razón, el Comité rehusó examinar en detalle la legitimidad del estado de emergencia, declarando que "simplemente invocar la existencia de un estado de emergencia" sin precisar oportunamente sus efectos no le permite a un estado "evadir obligaciones contraídas en virtud del Pacto" (85).

(83) Sobre el concepto de institucionalización, véase **Coloquio sobre la Política de Institucionalización del Estado de Excepción** (Uruguay) SIAU, Paris, 1981, y el "**Etude Questiaux**" (supra, nota 1) pág. 27 (versión francesa).

(84) Véase los Informes del Comité de Derechos Humanos de los años 1979 a 1982, comentado por el presente autor en la **Revista de la Comisión Internacional de Juristas**, Nos. 25 (Dic. 1980) y 28 (Junio 1982).

(85) **Caso Salgar de Montejo**, Comunicación Nº R15/64. **Informe del Comité**, UN Doc. A/37/40, New York, 1982, pág. 181, párr. 103.

2.7 *El Trabajo del Grupo Ad Hoc Sobre Chile*

Aunque la jurisprudencia del Comité todavía es bastante escasa, los criterios redactados en el Pacto también se han aplicado por otra autoridad del sistema de las Naciones Unidas, el *Grupo de trabajo Ad Hoc sobre Chile*.

Constituido por un grupo de juristas eminentes procedentes de regiones geo-políticas y sistema legales diversos, y cuyos informes han sido recibidos favorablemente por la Asamblea General de la ONU, los pronunciamientos del Grupo aunque no está facultado para interpretar la Convención, son de gran valor jurídico.

El grupo comienza su análisis de la legitimidad del estado de excepción con una revisión de los argumentos presentados por ambos lados. Para sostener su posición, el gobierno hizo referencia al descubrimiento de armas escondidas y un hospital clandestino, la circulación de folletos subversivos, propaganda extranjera dirigida contra el gobierno y el hecho de que "personas buscaban contactos" con embajadas extranjeras. Por el otro lado, se argumentó que no existían, ni estaban en proceso de organizarse, fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas, y que además hubiera sido imposible organizar tales fuerzas en las circunstancias que prevalecían al momento de la investigación o sea dieciocho meses después del golpe (86).

Una evaluación del fondo de dichos argumentos hubiera resultado en una contribución importante a la doctrina en materia de estados de excepción, pero el Gobierno rehusó permitir una investigación *in situ*, lo cual impidió una evaluación adecuada de la evidencia. En estas circunstancias el Grupo anunció sus conclusiones en los siguientes términos:

"No obstante repetidas indagaciones, el *Grupo Ad Hoc de Trabajo* no ha encontrado, hasta ahora, ningún elemento de valor que atestigüen la existencia de un

(86) *Progress Report of the Ad Hoc working Group... on Chile*, UN Doc. A/10285, 7 Oct., 1975 párr. 106.

grado de alteración interna que pudiesen haber motivado la suspensión extensiva de garantías constitucionales que se produjo en Chile. El Gobierno no ha comprobado ninguna motivación objetiva para la existencia de una situación de emergencia en este momento..." (87) (traducción libre).

En su Séptimo Informe, sometido en octubre de 1978 después de que finalmente se le permitió al Grupo efectuar una investigación *in situ*, otra vez se analizó a la legitimidad del estado de excepción. Al señalar que según las leyes chilenas un estado de emergencia se justifica únicamente por la existencia de una guerra, amenaza de invasión externa o ataque, o "desastre público", el Grupo afirmó que:

"Aunque el término 'desastre público' fuese interpretado incluyendo graves alteraciones sociales, el Grupo no ve ninguna razón para la declaración del estado de emergencia; y al aferrarse a esta posición el Grupo se basa no solamente en lo que observó directamente durante su visita, sino también en las declaraciones del gobierno chileno. El Sr. Sergio Fernández, Ministro del Interior, dijo en su discurso '...como todo chileno puede ver hoy día, nuestro país disfruta de paz y orden, que garantizan la seguridad del individuo y su familia'. También, el preámbulo del decreto se refiere a la calma, paz y orden general de que ahora se disfruta en todo el país, con el resultado de que el desorden interno ha terminado y ahora es posible levantar el estado de sitio y el toque de queda por todo el territorio chileno" (80).

Con respecto a la legitimidad del estado de emergencia en el Derecho Internacional, el informe concluye:

"el Grupo durante su visita (de quince días) no presencié nada ni recibió ninguna información que contradijera el contenido de la declaración del Ministro del Interior del 19 de abril de 1978, en la cual describió la calma, paz y orden total que rige en Chile hoy día. A la luz de sus propias observaciones, y a raíz de las

(87) Ibid, párr. 122.

(88) UN Doc. A/31/331, párr. 77.

declaraciones del gobierno chileno, en opinión del Grupo no existía una situación en Chile de 'amenaza la vida de la nación', y de ese modo no puede sino concluir que los requerimientos del derecho internacional que permiten se impongan limitaciones a los derechos humanos no han sido satisfechos" (89).

En el informe posterior de 1980, el Relator Especial (quien reemplazó el Grupo de Trabajo) extrajo de los mismos hechos una conclusión aún mas precisa y pertinente. Subrayó:

"Según declaraciones hechas por el Ministro de Interior al *Grupo de Trabajo Ad Hoc*, el estado de emergencia ahora en vigencia en Chile es de carácter preventivo, lo que equivale decir que en este momento no existe ninguna situación de 'emergencia pública' que amenace 'la vida de la nación' del tipo mencionado en el Artículo 4 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos" (90).

Esta declaración categórica de que estados de emergencia "preventivos" no se permiten por el Pacto es, por supuesto, una regla de valor transcendental para la evaluación de la legitimidad de estados de excepción en toda Latinoamérica.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE "ESTRICTA NECESIDAD"

3.1 *Consideraciones Generales*

Al estudiar la relación entre los derechos humanos y los Estados de excepción, es útil distinguir entre tres categorías de derechos. El primero consiste en los derechos que estan poco re-

(89) Ibid, párr. 104.

(90) UN Doc. A/35/522, párr. 31.

lacionados con el orden público y la seguridad nacional, y por lo tanto, raras veces son directamente afectados por estados de excepción. Esos derechos incluyen, por ejemplo, los llamados derechos de familia. Otro consiste en los derechos que quedan completamente protegidos por los instrumentos internacionales contra la suspensión. Así ambos pactos disponen expresamente que no se pueden suspender bajo pretexto alguno el derecho a la vida, a la integridad física, a la personalidad legal, libertad de religión o la prohibición de esclavitud y de leyes penales *ex post facto*. (A esta lista la Convención Americana agrega ciertos derechos que no están muy vinculados a los estados de excepción, tal como los derechos familiares y el derecho a la nacionalidad). El tercer grupo consiste en derechos que sí están relacionados con el orden público y la seguridad y los cuales sí quedan sujetos a la suspensión durante épocas de emergencia. Entre ellos quizá los más relevantes son los derechos a la libertad personal y al debido proceso y a la libertad de asociación y expresión.

En virtud de su función regulatoria, el principio que preferimos llamar "de estricta necesidad" y que a veces suele ser denominado "de proporcionalidad", por ser el criterio que permite hasta que punto el Estado puede intervenir en esta amplia área de los derechos que admiten la suspensión, es de transcendental importancia para la protección de los derechos de los individuos durante estados de excepción. En verdad, en un mundo más perfecto en que no se recurriera a emergencias ficticias y donde se respetaran las limitaciones absolutas que rodean el "núcleo esencial" de los derechos humanos, ésta sería la limitación más pertinente al derecho a la suspensión. Es, por lo tanto un triste comentario sobre el estado del mundo contemporáneo que este principio esté tan descuidado en la práctica. Existe en América Latina una tradición de implementar estados de emergencia por medio de un decreto que suspende todos los derechos fundamentales que el Derecho Internacional o constitucional no haya clasificado como absolutos (91). En vez de adoptar un

(91) Sirvanse comparar la notificación de suspensión hecha por los gobiernos de Nicaragua y de Polonia en virtud del Artículo 4 (3) del Pacto Internacional, los cuales dicen en lo pertinente:

"The Government of Nicaragua notified the Secretary-General that it

plan de acción o "paquete" de medidas excepcionales derivado de un análisis de las características específicas de una determinada amenaza a la nación, la práctica normal simplemente otorga al Poder Ejecutivo una discreción casi ilimitada para determinar la respuesta apropiada a la situación de emergencia. Tal práctica indudablemente refleja la influencia de la tradición romana de la dictadura legal (92). Sin embargo, esta práctica está en contradicción directa con la filosofía de los instrumentos modernos de Derecho Internacional, especialmente el principio de que las medidas de emergencia sólo son legítimas hasta el punto en que sean "estrictamente necesarias". Esta norma, desde luego, no pretende exigir que medidas excepcionales *en general* deban ser estrictamente necesarias; tal interpretación haría superflua esta cláusula, puesto que la necesidad de medidas de emergencia, como hemos visto, es parte del concepto de un peligro o amenaza excepcional a la nación. Se aplica más bien a cada una de las disposiciones excepcionales que el Estado adopte.

El uso en castellano de la palabra suspensión se presta a cierta confusión. Es de subrayar que los textos de los instrumentos internacionales no reconocen un derecho a la suspensión de los derechos individuales *per se*. Lo que se reconoce literalmente es el derecho a:

"... *adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspen-*

had decided to extend the state of national emergency for a six months period starting 26 July 1982, and that, as a consequence, the application of the following provisions of the Covenant has been suspended throughout Nicaragua during the period concerned:

Articles 1 to 5; 8, paragraph 3; 9; 10; 12 to 14; 17; 19; to 22; 26 and 27".

(26 agosto de 1982)

"... in connection with the proclamation of martial law by the Council of State of the Polish People's Republic, as based on article 33, paragraph 2, of Poland's Constitution, there has been a temporary derogation from or limitation of application of provisions of articles 9, 12 (paragraph 1 and 2), 14 (paragraph 5), 19 (paragraph 2), 14 (paragraph 5), 19 (paragraph 2), 21 and 22 of the Covenant, to the extent strictly required by the exigencies of the situation".

(1 febrero de 1982)

(UN Doc. CCPR/C/2/Add. 6).

(92) Estudio Preliminar del Estado de Sitio, (*supra*, nota 4), pág. 7.

dan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto..." (subrayado nuestro).

El concepto de la suspensión en el Derecho Internacional es derivado esencialmente de la práctica inglesa, puesto que fue el Reino Unido quien presentó y patrocinó los artículos pertinentes tanto en el Pacto Internacional como en la Convención Europea, los cuales sirvieron a su vez como modelo para el Artículo 27 del Pacto de San José (93).

La práctica inglesa que hoy día prevalece en muchas partes del mundo no se basa en la suspensión de derechos *per se* sino más bien en el otorgamiento al Poder Ejecutivo de determinados "Emergency Powers", tales como el poder de detención sin cargo. Las consecuencias legales de tal otorgamiento de poderes excepcionales generalmente son menos amplias que las que resultan de la suspensión de derechos.

Normalmente la discreción acordada al Poder Ejecutivo no rebasa el nivel operacional y la posibilidad de escoger entre una gama de medidas represivas bien definida, y limitadas. Además, el ejercicio de tales poderes *excepcionales* normalmente puede ser recusado por *vires*, o sea por haber sobrepasado el alcance de la ley que les crea.

Sin duda, este modo de abordar la problemática de los estados de excepción se debe en primer lugar al hecho de que en Inglaterra misma no hay una constitución escrita, y además porque la doctrina inglesa de poderes de emergencia resultó en gran parte de la experiencia colonial, en donde ningún instrumento de jerarquía constitucional tampoco protegía los derechos de los gobernados (94). Sin embargo, a pesar de sus orígenes nada brillantes fue esta la doctrina que más influyó en las normas inter-

(93) Véase Hartman (supra, nota 29) pág. 4-8; **Actos y Documentos**, (supra, nota 73) pág. 264 (palabras del delegado de Brasil, Sr. Dunshee de Abranches).

(94) La legislación sobre los estados de excepción de Irlanda, Israel, India, Sri Lanka, Pakistán, Malasia, Ghana, Africa del Sur y Zimbahwe, por ejemplo, tienen antecedentes directos en la legislación del poder colonial inglés.

nacionales ahora vigentes y que a fin de cuenta ofrece una mejor protección a los derechos del individuo que lo que resulta de la escuela continental que otorga más discreción al poder ejecutivo.

La diferencia entre los dos enfoques se manifiesta hasta en el plano lingüístico. El uso de la palabra *suspensión* en castellano es una traducción imperfecta de la palabra inglesa *derogation*, la que no significa "suspender" sino más bien tomar medidas o acciones que no son congruentes con una determinada norma sustantiva. La palabra francesa *dérogation* tiene el mismo significado que el inglés. La palabra en castellano no es incorrecta, pero quizás ha contribuido a perpetuar una tendencia (que por cierto también tiene raíces en una larga tradición jurídica propia de América Latina) de pensar en términos de la suspensión de los derechos del hombre *per se* en lugar de la "toma de medidas" que, siendo imprescindibles para enfrentar una emergencia, son reconocidas como legítimas aunque pueden infringir hasta cierto punto los derechos reconocidos.

Sin embargo, es interesante hacer notar que mientras que el vocablo *suspensión* figura en los instrumentos auténticos en el idioma español (la Convención Americana y el Pacto Internacional), la traducción oficial de la Convención Europea, publicada en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* de las Cortes de España, dice textualmente "tomar medidas que deroguen las obligaciones" (94) bis.

El principio de estricta necesidad está consagrado en términos substancialmente idénticos en los dos instrumentos básicos de derechos humanos que tienen vigencia en América Latina. La Convención Americana se distingue del Pacto Internacional en que especifica que las medidas de emergencia son legítimas "en la medida y por el período de tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación". Es de alguna utilidad la referencia explícita a la dimensión temporal de la necesidad, en vista de la tendencia bien demostrada de los gobiernos en Latinoamérica tanto como en otras partes del mundo de prolongar las medidas

(94) bis. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Nº 1, Mayo 1981, Madrid, pág. 64.

de emergencia *ad infinitum*, aunque su función no es más que la de subrayar una limitación ya implícita en el texto del Pacto Internacional.

En este respecto el texto de la Convención Europea es idéntico al del Pacto Internacional. La Comisión Europea, en los casos *Lawless* e *Irlanda del Norte* en particular, ha tenido una experiencia provechosa en el uso de este principio para proteger derechos que, si bien son "suspendibles", constituyen en las palabras de un miembro de la Comisión "la esencia misma del derecho" y "los más fundamentales de todos los derechos fundamentales, menos la vida misma" (95).

3.2 *Jurisprudencia Europea: El Caso Lawless*

En el caso *Lawless* se vieron en litigio dos de los derechos más frecuentemente afectados por estados de emergencia: la libertad personal y las garantías judiciales. La libertad personal fue atañido por la práctica de la detención preventiva, en el sentido de no vinculado por la investigación de cargos penales. En cuanto a las garantías judiciales, se les estimaban violadas porque el procedimiento que llevaba a la detención era de carácter no judicial y violador de la presunción de inocencia (96).

Varios miembros de la Comisión enfatizaron la importancia de un examen estricto de la legitimidad de estas medidas. En una opinión suscrita por cinco miembros más, el Sr. Sörenson sostuvo:

"La detención de una persona en circunstancias fuera de las previstas por el Art. 5. par. 1 [es decir, detención preventiva] es una medida muy grave y debe ser escudriñada rigurosamente por la Comisión. El mero hecho de que una persona se considera peligrosa para el orden público y la seguridad, no puede justificar una restricción de su libertad personal si no se le puede condenar, por contravenir las leyes del país" (97).

(95) *Caso Lawless*, (supra, nota 6), 144 (Mr. Süsterhenn).

(96) *Id.*

(97) *Ibid.* pág. 130.

Otro miembro, el Sr. Erim, añadió que, "en general, la suspensión de [la libertad personal y el debido proceso] sólo se permite como último recurso después de haberse recurrido a medidas menos drásticas". En particular, calificó el derecho de toda persona privada de su libertad de ser llevado sin demora ante un oficial judicial como "uno de los más fundamentales de los derechos consagrados por la Convención" (98).

La Comisión resolvió que la legitimidad de estas "suspensiones" se determinará por medio del siguiente criterio: las medidas excepcionales empleadas serían legítimas si no hubiera otras medidas a la vez "menos gravosas" y susceptibles de haber desarmado eficazmente la amenaza que enfrentaba la nación (99). Esto implica una doble interrogante: primero, ¿podía demostrarse que las "medidas ordinarias" —forzosamente menos gravosas o inconvenientes que las que impliquen la suspensión— eran inefectivas? Segundo, ¿existían otras medidas de suspensión, diferentes a las escogidas por el Estado Parte, que hubieran sido a la vez efectivas y menos represivas?

En el *Caso Lawless*, la Comisión falló que la ineficacia de medidas ordinarias "quedó establecida en razón de la imposibilidad de conseguir evidencias provenientes de testigos civiles para permitir el procesamiento de miembros del IRA" (100). Se desprende de tal razonamiento que los criterios que sirven para determinar la validez de las medidas adoptadas debían de aplicarse con referencia a una necesidad bien concreta y particular. Más tarde en el caso de *Irlanda del Norte*, la Comisión declaró más explícitamente que referencias generales a la violencia y subversión no son suficientes como base para la evaluación de la necesidad (o sea legitimidad) de las medidas específicas puestas en práctica (101).

Al decidir que las medidas ordinarias eran inadecuadas, la Comisión pasó a dos interrogantes: si otras medidas excepcionales —en particular el uso de los tribunales militares o especiales

(98) Ibid, pág. 154.

(99) Ibid, pág. 131 (Mr. Sorensen).

(100) Id.

(101) *Caso Irlanda del Norte*, (supra, nota 69), pág. 119.

reconocidos por la legislación irlandesa— hubieran sido eficaces, y si hubieran representado una mayor o menor negación de los derechos del individuo.

La Comisión opinó que los juicios en cortes militares reconocidos por el Derecho irlandés, al reunirse en secreto o al aplicar normas de prueba menos rigurosas e imponer sentencias severas, hubieran sin duda tenido consecuencias más serias para los derechos de los individuos que la detención sin condena. El Sr. Sörensen declaró que:

“Otra medida posible y eficaz sería, sin duda, la creación de tribunales militares para juzgar tales causas ya que estos tribunales no serían limitados por las reglas ordinarias de las pruebas. Esta medida sería, sin embargo, particularmente criticable. Un juicio que no respeta las garantías usuales que sirven para evitar la condena de personas inocentes, y que puede desembocar en la sanción más severa, o sea la pena de muerte, puede poner en peligro el derecho humano más elemental ypreciado, el derecho a la vida y no debería ser aceptado como una medida aplicable en virtud de el Art. 15, mientras se disponga de cualquier medida menos opresiva. La detención sin juicio, aunque se equipara a la supresión temporal de la libertad personal, no tiene el carácter tan grave e irrevocable de una condena por un tribunal militar. En mi opinión, el Gobierno de Irlanda tuvo razón al abstenerse de recurrir al establecimiento de tribunales militares” (102).

Otra posibilidad reconocida en las leyes irlandesas era el proceso por delitos contra la seguridad en “Tribunales Penales Especiales”, cuyos miembros serían nombrados por el Gobierno gozando de notables poderes para determinar sus propios procedimientos y con competencia sobre cualquier causa que les fuese referida por el “Attorney General”. Como lo señaló el Sr. Waldock, las consecuencias de un juicio en uno de estos Tribunales Penales Especiales serían mucho menos gravosas que un juicio tribunal militar:

“Las objeciones de principio que existen para el uso de cortes y tribunales militares no se aplican, a mi juicio,

(102) Caso *Lawless*, (supra, nota 6), pág. 132.

a los Tribunales Penales Especiales. Bajo los términos de la Parte V del Acto, el Gobierno estaría capacitado para nombrar en estos Tribunales a jueces y abogados de gran experiencia y de reputación intachable como garantía del carácter judicial de los tribunales. Además, otras dos disposiciones de la Parte V contribuyeron en gran medida a descartar algunas de las objeciones más serias que conlleva el uso de Tribunales Especiales para causas criminales. La primera es que las reglas de evidencia aplicables en el proceso de una persona acusada ante el Tribunal Penal Ordinario irlandés también se aplican en todo proceso ante los Tribunales Penales Especiales y que, conforme con las disposiciones del Acto, la práctica y el procedimiento de este Tribunal deben, en cuanto sea posible, aplicarse en los Tribunales Penales Especiales. La segunda disposición —y esto es muy importante— es que una persona condenada por un Tribunal Penal Especial puede apelar al Tribunal de Apelación Criminal...” (103).

La pregunta más difícil era entonces si un juicio en los tribunales especiales hubiera sido una alternativa viable y menos gravosa que la detención sin cargo. Por un lado, algunos miembros de la Comisión opinaron que no serían eficaces tales tribunales especiales en vista del grado de apoyo pasivo que gozaba el IRA y la consecuente dificultad para conseguir testimonios de cargo contra sus efectivos. Por otro lado, lo cual es más relevante, la Comisión decidió que la detención preventiva sólo podía evaluarse tal y como fue practicada. La realidad es que en Irlanda la detención preventiva estaba rodeada por garantías importantes, incluso el derecho a la apelación a una instancia especial compuesta de dos magistrados civiles y un oficial militar con formación en derecho, la revisión periódica por la legislatura nacional del número de personas detenidas y de sus datos personales y un cierto derecho a la revisión. Además, un factor al que la Comisión prestó mucha importancia fue la política del gobierno de excarcelar a cualquier persona que hiciera una declaración formal de su voluntad de respetar la ley. En estas circunstancias, tomando en consideración el margen de apreciación del gobierno, la Comisión concluyó “que no se podía decir que

(103) Ibid, pág. 120.

la detención preventiva tenía consecuencias más serias que el enjuiciamiento en tribunales especiales" (104).

La Corte Europea de Derechos Humanos, al confirmar la decisión, subrayó la importancia de las cuatro garantías mencionadas, que fueron calificadas por un miembro de la Comisión como "la diferencia entre la detención como se practica por naciones que respetan la libertad y la detención practicada por dictaduras" (105).

Otro factor de peso indudablemente fue el hecho de que la detención no duraba más que unos cuantos meses. Si hubiera sido prolongada durante años, tal como ocurre en algunos países de América Latina, esos órganos seguramente habrían llegado a la misma conclusión formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en más de una oportunidad o sea, que la detención por períodos tan prolongados es una forma disfrazada de pena sin ni siquiera la pretensión de cumplir con el debido proceso, y obviamente más gravoso que el juicio en cortes especiales (106).

3.3 *Los Casos de Irlanda del Norte y de Grecia*

El caso de *Irlanda del Norte* en cierto sentido es parecido al caso *Lawless*. En cuanto a los derechos "suspendibles" (también se alegaron torturas y atentados contra el derecho a la vida), el principal tema en litigio era el uso de la detención preventiva y la amenaza a la vida de la nación, proveniente otra vez, de la misma organización paramilitar, el IRA. Ahora bien, a diferencia de la situación en Irlanda al final de la década de 1950, a fines de la década de 1960 y principios de la de 1970 Irlanda del Norte se había convertido en el blanco de una feroz campaña de violencia con miras a derrocar al gobierno cuya intensidad excedió el nivel de violencia vivido por cualquier nación surame-

(104) Ibid, pág. 129-30 (Mr. Waldock) 132-3 (Mr. Sörensen, Berg, Petren, Crosbie and Skarphedinnson).

(105) Ibid, pág. 134 (Mr. Faber).

(106) Véase por ej. *Informe sobre Argentina*, Doc. OEA/Ser. L/V/II. 49/doc. 22, Washington. 1980, Conclusiones, párr. 1 (b).

ricana durante esas décadas, con la posible excepción de los recientes sucesos en Perú (107).

Aún en una situación tan grave, sin embargo, la Comisión insistió en la diferencia entre la necesidad de un estado de excepción como tal y la necesidad de medidas concretas empleadas, así como la necesidad de pesar cada uno de esos elementos independientemente. Hizo hincapié en que "la justificación en términos del Artículo 15 no resulta automáticamente de un alto nivel de violencia. Debe existir un vínculo entre las características de la violencia por un lado, y las medidas escogidas por el otro" (108).

La relación imprescindible entre las características específicas de la situación y las medidas empleadas en respuesta a aquellas fue definida en los siguientes términos: primero, tales métodos deben ser "aptos para contribuir" a la solución de un problema concreto que surge de la situación de emergencia, y segundo, que este problema "no pudiera solucionarse si sólo se recurriera a los procedimientos legales normales" (109). En este caso, la detención bajo poderes excepcionales fue considerada como "apta para contribuir al propósito de encontrar a individuos empeñados en organizar acciones terroristas o de participar en ellas", lo cual no podía, según dijo, lograrse por medio de procedimientos represivos ordinarios (110).

La segunda cuestión considerada por la Comisión fue si las medidas excepcionales usadas en Irlanda del Norte, justificadas en términos del primer criterio o sea su vinculación con un problema concreto, se empleaban en forma excesiva, o, al contrario, con toda moderación posible y respeto a los derechos de los interesados. Así la Comisión brindó una contribución de singular importancia a la jurisprudencia al declarar que, aun cuando se establece la necesidad de determinadas medidas de excepción:

(107) Supra, pág. 45.

(108) **Caso Irlanda del Norte**, (supra, Nota 69), pág. 119.

(109) Ibid, pág. 121.

(110) Id.

"Las obligaciones contraídas en virtud de la Convención no desaparecen completamente. Sólo pueden ser suspendidas o modificadas hasta el punto estrictamente necesario... En las circunstancias, esta limitación puede requerir garantías contra el posible abuso, o uso excesivo, de medidas de emergencia" (111).

Reiteró que, "la suspensión de garantías normales podría llegar a ser excesiva si ninguna otra garantía tomara su lugar" (112). La Comisión notó que en Irlanda del Norte la detención fue protegida por garantías adicionales, judiciales o cuasi-judiciales, como el derecho de apelación a instancias especiales semejantes a las normalmente requeridas por las disposiciones de la Convención Europea en materia de garantías judiciales. Con base en esas garantías y, en general, del esfuerzo permanente del gobierno para afinar las medidas de emergencia e introducir garantías más completas, la Comisión decidió que la detención tal como se practicaba, no podía ser calificada de abusiva (113).

Al Contrario de lo ocurrido en el caso Lawless, no se hizo ninguna comparación entre los métodos empleados por el gobierno y otras alternativas que también hubieran implicado la suspensión de normas internacionales. La Comisión se limitó a cuestionar (1) la "relación" (link) entre las medidas actualmente empleadas y las características de la situación de emergencia, y (2) la forma en que fueron aplicadas las medidas excepcionales escogidas, en particular los esfuerzos realizados para desarrollar nuevas garantías o mecanismos diseñados con el fin de limitar su abuso.

En el *Caso de Grecia*, no se abarcó la cuestión de estricta necesidad, pues la Comisión decidió de antemano que no existía ninguna emergencia de naturaleza tal que justificara la suspensión de la Convención (114). Sin embargo, externó su opinión de que la detención administrativa de "personas consideradas

(111) Ibid, pág. 119.

(112) Ibid, pág. 124.

(113) Ibid, pág. 125-6.

(114) Supra, pág. 37-8.

peligrosas al orden público y seguridad", tal como se practicó por el régimen militar griego, no hubiera cumplido con esta norma, aún en la hipótesis de que hubiera existido tal emergencia.

La decisión de la Comisión, con dos elementos de la situación que la Comisión estimaba conveniente nombrar en apoyo de su análisis, fue expuesta en estos términos:

"(1) Aunque las dos terceras partes de las personas detenidas bajo orden administrativo poco después del 21 de abril de 1967 han sido puestas en libertad y se les otorgó la amnistía a muchos de los presos condenados la policía de seguridad sigue deteniendo individuos de vez en cuando.

(2) Se ha vuelto a aplicar revisión por la Corte de Apelación de las condenas impuestas por el Consejo de Guerra, pero solo por delitos que no afectan la seguridad nacional o el orden público.

En tales circunstancias, cuando la policía de seguridad y los tribunales pueden desempeñar las funciones que les corresponden sin dificultad ni interferencia, la Comisión no puede fallar que la privación de libertad sin respeto por las condiciones que figuran en el Artículo 5 de la Convención, sea estrictamente necesaria conforme a las exigencias de la situación, aún admitiendo la hipótesis de que haya existido una emergencia pública que amenaza la vida de la nación griega desde abril 21, 1967" (115).

Lo más pertinente de este comentario de la Comisión es el concepto de que el tipo de contradicciones identificadas en el segundo punto pueden servir para desmentir la necesidad de una determinada medida de emergencia. Si bien no se puede pasar por encima la advertencia de la Comisión en el caso *Irlanda del Norte* de que los esfuerzos de buena fe para "suavizar" las medidas de emergencia no pueden interpretarse como prueba de que las medidas originalmente aplicadas eran excesivas, el considerar las incongruencias o contradicciones que demuestran la aplicación desigual de normas de emergencia como una prueba

(115) Caso de Grecia, (supra, nota 58), párr. 287.

de la ilegitimidad de la aplicación de poderes de excepción es una contribución doctrinal de gran importancia en América, precisamente porque tales discrepancias y contradicciones suelen surgir cuando se proclaman estados de excepción con fines ocultos o políticos más bien que para responder a una verdadera amenaza a la vida de la nación.

3.4 *La Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos*

Aunque el Comité de Derechos Humanos en numerosos casos ha encontrado violaciones de esta categoría de derechos "suspendibles", en muy pocos de ellos se ha presentado la oportunidad de aplicar la regla de "estricta necesidad". La razón principal para ello es que los gobiernos en cuestión no han proporcionado la información imprescindible para la aplicación de tal regla. En el caso de Uruguay, en particular, el Comité ha constatado violaciones del derecho a la libertad personal, de la dignidad humana, de la libertad de movimiento, de expresión y asociación, y de casi todas las garantías judiciales consagradas en el Pacto. Pero, en ninguno de estos casos ofreció el gobierno pruebas y ni siquiera argumentos fundados, en cuanto a la posible justificación de tales medidas (116).

En un caso, sin embargo, la Comisión (por lo visto motivado por el precedente establecido por la Comisión Europea en el caso de *Grecia*) consideró apropiado declarar que la medida empleada era tan excesiva que no podría considerarse justificada en situación hipotética alguna. La cuestión concreta era similar a la del caso *DeBecker*, es decir, se trataba de la suspensión de derechos civiles o políticos que en principio admiten la suspensión, pero por periodos de tiempo fijos que, de hecho o por presunción, exceden la duración de la emergencia misma.

En conformidad con el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional, fue sometida una comunicación al Comité de Derechos Humanos por cinco personas que habían sido candidatos a diversos cargos públicos en las elecciones de 1966 y 1971 en

(116) Véase nota 84, *supra*.

Uruguay. Se quejaron de que el "Decreto Institucional Nº 4" les negó el derecho de participar en la actividad política por un período de 15 años por la sola razón de haber sido ellos candidatos en las elecciones antes mencionadas.

El Comité falló que la medida era evidentemente **excesiva**, con base en el siguiente análisis:

"8.4 Además, aún suponiendo que existiera una situación excepcional en el Uruguay, el Comité de Derechos Humanos no puede comprender qué razones podrían aducirse en apoyo del argumento de que, a fin de restablecer la paz y el orden público, es necesario privar a todos los ciudadanos que fueron candidatos de grupos marxistas en las elecciones celebradas en 1966 y 1971 de todos sus derechos políticos durante un período de 15 años. Esta medida se aplica a todos indiscriminadamente, sin tomar en cuenta si esas personas trataron de difundir sus opiniones políticas por medios pacíficos, haciendo una apología de la violencia o recurriendo directamente a ella. El Gobierno del Uruguay no ha podido demostrar que sea necesario silenciar a todos los disidentes políticos para resolver una presunta situación de emergencia y allanar el camino hacia la libertad política.

9. El Comité de Derechos Humanos, actuando de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, considera que, al prohibir a los autores de la comunicación la participación en toda actividad política durante un período de 15 años, el Estado Parte ha limitado injustificadamente los derechos que les garantiza el artículo 25 del Pacto" (117).

Ha reiterado su posición en una serie de casos y en el más reciente declaró "la opinión ponderada del Comité ha sido que el decreto por el que se priva de todos sus derechos humanos a todos los ciudadanos que, en su carácter de miembros de determinados grupos políticos, hayan sido candidatos en las elecciones

(117) Informe del Comité UN Doc. A/36/40, New York, 1981. Caso Landineeli, Comunicación Nº R. 8134.

nes de 1966 y 1971 constituye una restricción indebida de los derechos políticos protegidos por el Artículo 25 del Pacto" (118).

Esta jurisprudencia es particularmente relevante en América Latina, sobre todo en países como Chile, Uruguay y Surinam que son Estados Partes del Pacto Internacional, pero no de la Convención Americana, la cual da a los derechos políticos una mayor jerarquía y no admite la suspensión bajo ninguna circunstancia.

3.5 *La Comisión Interamericana*

Son escasas las declaraciones de la Comisión Interamericana sobre la norma de estricta necesidad, dadas las prioridades y metodología que caracterizan la promoción de la observación de los derechos humanos. En su informe Anual 1979-1980, sin embargo, la Comisión emitió la siguiente recomendación respecto al efecto del estado de excepción sobre derechos "suspendibles" en Uruguay:

"Modificar o derogar la legislación de excepción que, como se ha señalado en este informe, en no pocos aspectos importa una seria limitación de los derechos humanos en Uruguay y que, en algunos casos, ha dado lugar a abusos manifiestos como, por ejemplo, las limitaciones a los derechos de asociación y reunión, a la cancelación por motivos políticos de los derechos jubilatorios y a la negativa para expedir pasaportes a ciertos uruguayos" (119).

Desafortunadamente, dada la importancia que revisten estas cuestiones en todo el continente, la Comisión no identificó los factores que la condujeron a concluir que estas restricciones en el goce de derechos "suspendibles" tales como la libertad de asociación y reunión eran excesivas.

(118) Informe del Comité, UIN Doc. A/37/40, New York 1982. Caso *Altesor*, Comunicación Nº R. 2/10, párr. 14.

(119) Doc. OEA/Serv. L/V/II. 50, pág. 125.

En las conclusiones de su informe sobre Colombia en 1981, la Comisión también critica un decreto de emergencia, ahora derogado, similar al "Acto Institucional" uruguayo condenado en la antes mencionada decisión del Comité de Derechos Humanos.

Afirmó:

"Si bien el Estatuto de Seguridad tiene carácter de excepción, otorga a las autoridades militares y policiales la facultad de imponer sanciones, permite el juzgamiento de civiles por tribunales militares e incluye la tipificación de penas prolongadas incompatibles con la naturaleza excepcional que acredita" (120).

Es de suponer que la objeción a la imposición de penas largas durante situaciones de emergencia, las cuales en principio son de breve duración por su naturaleza misma, se basa en las mismas inquietudes que motivaron al Comité a rechazar la imposición de largas inhabilitaciones políticas (aunque esta última medida también entraña los defectos adicionales de ser completamente no-judicial y de constituir a la vez una pena sin delito y una discriminación política). De la declaración algo elíptica de la Comisión no se puede deducir si lo censurable es la imposición de penas prolongadas por tribunales en las cuales las garantías normales no se respetan, o si (y si así es, las razones precisas) al enjuiciar a civiles en tribunales militares y el imponer restricciones a garantías judiciales por el derecho colombiano, también son por sí incompatibles con el carácter excepcional del decreto. Esto también es lamentable, pues, la casi totalidad de los países latinoamericanos actualmente bajo un régimen de excepción se sirven de tribunales militares o especiales en los cuales las garantías ordinarias de un proceso justo no se aplican.

Esto nos lleva otra vez al problema espinoso que dividió la Comisión Europea en el caso *Lawless*; o sea, admitiendo la existencia de una emergencia que puede no ser controlada por medidas relativamente moderadas que no abarquen infracciones de las

(120) Doc. OEA/Ser. L/V/II. 53, doc. 22 conclusiones párr. 3.

garantías judiciales o la libertad personal (tales como la censura la prohibición de reuniones públicas e intensificación de registro). ¿Sería preferible detener sin enjuiciar, o enjuiciar en tribunales especiales que ofrecen menos protección contra una condena injusta? Existen argumentos de peso para sostener que nadie debería sufrir las consecuencias de medidas de emergencia después de terminada la emergencia, incluyendo los que cumplen condenas de prisión impuestas en juicios que carecían de garantías fundamentales. Por otro lado, a pesar de la casi universalmente aceptada doctrina, de que las emergencias son por naturaleza un fenómeno de corta duración, la realidad es que emergencia de 10 años o más no son escasas de tal modo que la Comisión Interamericana ha tenido que condenar la detención prolongada sin cargo como una forma de pena sin el debido proceso. Puesto que hay que presumir que solo las más ligeras penas privativas de libertad no exceden la duración de estados de excepción legítimos el cumplimiento estricto con normas internacionales significaría que no se permitiría ningún proceso por delitos sin el pleno respecto de las garantías judiciales esenciales, ni tampoco se permitiría por otra parte, que la detención preventiva exceda un período de tiempo estrictamente limitado.

Resulta, entonces, bastante difícil escoger entre abogar por el estricto cumplimiento de estas normas internacionales y un enfoque más realista, que reconoce que algún proceso es preferible a la detención prolongada sin ningún proceso y que en consecuencia se limita a mitigar los efectos de los procesos especiales. La Comisión Interamericana obviamente favorece la segunda alternativa y ha puesto mucho énfasis en el uso de la amnistía, indulto o, por lo menos de la revisión de sentencias impuestas por tribunales especiales como método para limitar las consecuencias de las medidas de emergencia después del fin de la emergencia. Este enfoque, evidente por ejemplo en el informe de la Comisión sobre Nicaragua en 1981, hunde sus raíces en una larga tradición latinoamericana de benevolencia hacia los vencidos en luchas internas, en aras de promover la reconciliación y la unidad nacional (121).

(121) Doc. OEA/Ser. L/V/II. 53, doc. 25 recomendaciones 3-5.

El esfuerzo por mitigar las consecuencias de procesos especiales también implica minimizar las discrepancias entre las normas procesales aplicadas en aquellos y las normas vigentes en tiempos normales. Cuando se habla de derecho al "debido proceso", se refiere a una totalidad de más de veinte derechos concretos: el derecho a estar presente en el proceso, de ser asistido por un defensor de su elección, plena igualdad durante el proceso y muchos más. En un estudio publicado por la Comisión Internacional de Juristas, el autor ha sostenido que es imposible, bajo ninguna circunstancia, justificar la suspensión de cualquiera de estos derechos con la posible excepción del derecho a un juicio público, a un juicio rápido y el derecho de interrogar a los testigos de cargo. Actualmente, sin embargo, la jurisprudencia de los órganos internacionales competentes incluye muy pocas directrices en cuanto a las circunstancias bajo las cuales se justificaría la suspensión de determinados derechos procesales. En esta materia, tal como en el área más extensa de los derechos "suspendibles" en general, como la libertad de asociarse y de expresión, es urgente, que tanto el Comité de Derechos Humanos como la Corte y la Comisión Interamericanas, procedan a definir con más claridad las limitaciones que se puedan desprender de los respectivos instrumentos internacionales para orientar y regular la acción de los Estados durante situaciones de excepción (122).

(122) *States of Emergency: Their Impact on Human Rights*, O'Donnell, ed., C.I.J. Ginebra, 1983, pág. 424-9.

INSTRUMENTOS JURIDICOS PARA MEJORAR LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS (*)

Marcial Rubio Correa

Existe un paso distinto en el desarrollo de los derechos humanos en el ámbito del Derecho Internacional, y en el ámbito del Derecho interno de los Estados, con una clara ventaja del primero de ambos. Esto significa, sin embargo, que los derechos humanos constituyen declaraciones que, en muchos casos, no pueden ser hechas realidad por la falta de mecanismos jurídicos internos que los hagan efectivos.

El autor propone diversas alternativas a ser consideradas tanto en el plano constitucional, como en los planos legislativo e institucional de los Estados, en la perspectiva de encontrar formas de garantía jurídica de los derechos humanos, más allá del Habeas Corpus y la Acción de amparo. Las propuestas tratan, fundamentalmente, con mecanismos hermenéuticos del Derecho, fortalecimiento del sistema democrático, y creación y desarrollo de instituciones con competencia privativa en materia de protección y vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos.

Desde fines de la II Guerra Mundial, los derechos humanos han sido cuantitativa y cualitativamente desarrollados, hasta hacerse una poderosa corriente doctrinal con creciente peso en el mundo de hoy, y un instrumento de sensibilización de las con-

(*) Este trabajo procede de la ponencia INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA MEJORAR LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONJUNTO, presentada por nosotros al Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, en agosto de 1983. Se publica con autorización expresa de la dirección ejecutiva de dicho instituto, decisión que agradecemos.

ciencias. Los derechos humanos han sido desarrollados principalmente en las declaraciones de los Estados, que han adoptado forma de convenios plurilaterales y, por lo tanto, en el ámbito del Derecho Internacional Público.

Mientras ello ocurre, los derechos nacionales y en especial las declaraciones de derechos dentro de cada Constitución, guardan moldes clásicos ya obsoletos en forma y contenido. Algunas excepciones existen, en especial constituidas por las Constituciones aprobadas en los años Setenta, entre las cuales se encuentra la peruana, que han renovado sus declaraciones haciendo más exhaustiva la lista de derechos reconocidos, aún cuando manteniendo ciertos defectos tradicionales en la forma cómo estatuir los derechos, a través de fórmulas declarativas o programáticas cuya aplicación a la realidad concreta resulta cuanto menos difícil y, para muchos, no es obligatoria estrictamente hablando, sino más bien "programática".

Es evidente que se necesita la confluencia de diversos elementos para lograr una vigencia cada vez mayor de los derechos humanos. Lo jurídico no es determinante, pero aporta ingredientes importantes. A ello queremos dedicar este trabajo que, por lo demás, bordea el límite entre el Derecho Constitucional y el Internacional Público.

Un aspecto de inicio en que lo jurídico puede aportar a la mejor vigencia de los derechos humanos, es incorporando los textos de las declaraciones internacionales de derechos en su sistema jurídico interno. Es el caso peruano, pues el artículo 101º de la Constitución consagra el principio de que los tratados internacionales forman parte del Derecho nacional, complementado por el artículo 105º según el cual los tratados relativos a derechos humanos tienen rango constitucional.

Sin embargo, creemos que el Derecho puede aportar otras iniciativas a la mejor aplicación de los derechos humanos. A nuestro juicio, los aspectos a tener en consideración para diseñar estos mecanismos no tradicionales son: lo democrático; la forma cómo se legisla los derechos humanos; y, la eficiencia con que se cumplen y se controlan.

Aún cuando lo democrático excede cualitativa y cuantitativamente a los derechos humanos, los incluye plenamente desde el punto de vista teórico, pues éstos nacen y se desarrollan al paso de la era democrática de la historia. De otro lado, es igualmente demostrable que el totalitarismo agreda de manera sistemática una amplia gama de derechos humanos y, si bien las democracias existentes no son capaces de garantizarlos adecuadamente, son sí el medio donde se pueden desarrollar de mejor manera.

Las normas jurídicas en sí mismas son necesarias pero insuficientes para establecer garantías efectivas a los derechos humanos. En consonancia con ellas debe haber un sistema y una voluntad social que luchen consecuentemente por su amparo. Sin embargo, mientras mejores sean las leyes, y mientras reciban los aportes sociales más amplios, serán sin duda más útiles a este propósito. Es así importante, establecer mecanismos democráticos de participación popular organizada en el diseño y discusión de las normas jurídicas que detallan el tratamiento a los derechos humanos, y superar los márgenes (a veces muy estrechos), que pone la democracia representativa a la tarea legislativa.

Presentamos a continuación, un conjunto de propuestas que consideramos merecedoras de discusión y eventual inclusión en futuros pactos internacionales o en dispositivos constitucionales de cada Estado. Varias de estas propuestas asumen posiciones técnicas y de principio susceptibles de discrepancia. Sin embargo, a nuestro juicio, son coherentes con el espíritu esencial de la teoría de los derechos humanos, y también con la democracia. Una de sus principales intenciones es abrir nuevos campos de polémica con la teoría tradicional, que en varios aspectos sociales ha sido ya superada por los hechos y requiere redefiniciones.

Las propuestas están agrupadas en tres divisiones: la primera referente a aspectos de supremacía constitucional, que suponen como ideal la incorporación ya mencionada de los pactos internacionales en este nivel del Derecho interno de los Estados; la segunda referente a aspectos legislativos; y, la tercera, al cumplimiento y control de la vigencia de los derechos humanos.

1.- ASPECTOS VINCULADOS A LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

1.1. *Superación del concepto de las normas programáticas*

En general con todos los derechos humanos pero sobre todo en materia de derechos sociales, económicos y culturales, ocurre que las normas declaran derechos que no existen ni se ponen en funcionamiento en la realidad cotidiana.

Esto se debe a varias razones. De un lado está la imposibilidad material, para muchos Estados, de dar vigencia a los derechos. Así, aún cuando todo un pueblo estuviera de acuerdo en que cada familia debe vivir en una vivienda decorosa, probablemente transcurriría un cuarto de siglo o más, de considerable esfuerzo, antes que ello se hiciera realidad.

Desde otro ángulo, está el problema de la decisión programática y política que requiere del gobierno cada uno de estos derechos para poder hacerse realidad. Los planes que realizan los gobernantes optan por unos logros y desechan otros. Esto significa que no atienden por igual a todos los derechos declarados.

De otro lado, muchos de estos derechos son tomados de los sistemas de seguridad y asistencia social de los países desarrollados, que tienen historia, evolución y posibilidades muy distintas que las de nuestros países. Por ello mal hacemos en transcribir, como muchas veces ocurre, normas posibles en otras realidades pero inaplicables en la nuestra.

Por estas razones, lo que ocurre en la vida real es que determinadas normas constitucionales no son aplicables, es decir, no rigen ni pueden regir. Ante esta imposibilidad, la teoría desarrolla el concepto de que estas normas no son imperativas, ni pueden ser garantizadas mediante la jurisdicción constitucional, sino que constituyen, básicamente, una guía de conducta que el Gobierno deberá tomar en cuenta dentro de sus programas en la medida de lo posible. En ello consiste la *concepción programática* de los derechos constitucionales.

Una mejor garantía para la vigencia de los derechos humanos, implica necesariamente superar la concepción programática por cuanto mediatiza la aplicación de las disposiciones normativas.

En este sentido consideramos que, en vez de la declaración general del derecho bajo forma de aspiración, hay que establecer una obligación específica para el Estado con dos características: imponer una meta de carácter cuantificable y generar las condiciones para debatir el empeño y la prioridad señalada a la vigencia o cumplimiento del Derecho.

Si hablamos de los derechos inmanentes a la persona, podemos utilizar el caso de la libertad personal. Es distinto, por ejemplo, legislarla como lo hace el artículo 9º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas cuando dice: "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado", que hacerlo con el texto de la Constitución peruana de 1979:

"..."

Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito.

En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponde. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término".

Si optamos por la primera redacción, automáticamente estaremos delegando la forma concreta de defensa del derecho a la voluntad mayoritaria de un órgano legislativo, el que puede ser o no respetuoso de la vigencia del derecho humano según sus concepciones, situación coyuntural y otras variables. Si optamos por una redacción como la de la Constitución peruana, podrá

evidentemente violarse el derecho por acto de fuerza, pero será inconstitucional si transcurren más de veinticuatro horas de detención prejudicial (salvo las excepciones señaladas que, sin embargo, son objetadas por muchos de nosotros desde el punto de vista de la política legislativa elegida).

Aplicado esto a los derechos sociales, veremos que la Constitución peruana legisla de manera muy distinta a dos de ellos. Por un lado, está el artículo 10° que establece: "Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa". Por otro lado, está el artículo 26° que respecto del analfabetismo establece: "la erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado, el cual garantiza a los adultos el proceso de la educación permanente. Se cumple progresivamente con aplicación de recursos financieros y técnicos cuya cuantía fija el Presupuesto del Sector Público. El mensaje anual del Presidente de la República necesariamente, contiene información sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo".

De la comparación de estas dos normas destacan cuanto menos las siguientes circunstancias: de un lado, que el Estado se ha comprometido más seriamente con el objetivo de alfabetizar que de dar viviendas decorosas a las familias. De otro lado, que es posible que al Presidente de la República le interese más desarrollar la alfabetización que la vivienda, porque en materia de lo primero debe informar obligatoriamente sobre sus logros, en tanto que en lo segundo no.

Naturalmente, puede ocurrir que el Gobierno prefiera invertir considerables recursos en vivienda pero, de todas formas, la disposición constitucional obligará a pensar y trabajar en el problema del analfabetismo.

Distinto sería que el Constituyente hubiera adoptado una disposición genérica tal como "La instrucción elemental será obligatoria" (Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, artículo 26°). Es indiscutible que si esta fuera la norma que existe en sustitución del artículo 26° de la Constitución peruana, el gobierno tendría menos motivos para sentirse presionado a poner en operación programas ambiciosos de alfabetización.

Si comparamos los dos ejemplos que hemos puesto, podremos concluir lo siguiente: por una parte, es evidente que los derechos están más protegidos cuando se establecen objetivos precisos a lograr (no más de veinticuatro horas de detención, erradicación del analfabetismo, etc.) También es cierto que una norma que impone la obligación al Estado de desarrollar determinados programas, es susceptible de ser mejor observada que una que declara genéricamente un derecho. Así, parece cierto decir que en el Perú el problema de la alfabetización será mejor atendido por el Gobierno con la norma existente, que con otra de carácter declarativo y menos operacionalizable. Finalmente, es presumible que el Gobierno se verá forzado a lograr éxitos especiales en el problema de la alfabetización, desde que tiene que informar obligatoriamente sobre ellos, y no puede exponerse a una discusión pública adversa en materia constitucional.

Si todo esto es cierto, entonces podemos concluir esta parte diciendo que una mejor garantía de los derechos humanos estaría dada por una modificación de la técnica legislativa, consistente en superar el problema que presentan las normas programáticas mediante:

- La cuantificación (más o menos genérica, según los casos) de los objetivos o resultados que debe obtenerse mediante la vigencia efectiva del derecho.
- La imposición de obligaciones determinables al Estado, para avanzar en la aplicación de los derechos de que se trate.
- El diseño de mecanismos que fuercen la generación de una discusión pública de la problemática y los logros existentes en torno a cada derecho involucrado.

En rigor, esta proposición no es alternativa sino complementaria en relación a las actuales declaraciones de derechos y ambas podrían coexistir perfectamente.

Es posible que, desde el punto de vista legislativo, a los pueblos de nuestros países les resulten mucho más útiles unas cuantas normas que establezcan que el Estado debe lograr tales metas en materia de alimentación, vestido, vivienda, salud, trans-

porte y trabajo, en ciertos plazos, que una extensísima lista de derechos declarados pero inaplicables por sí mismos, y dependientes de la voluntad gubernativa bajo la inspiración de la teoría de las normas programáticas.

1.2.- La constitucionalización de un proyecto nacional

Una de las lógicas derivaciones del planteamiento hecho en el párrafo anterior, en verdad, es que sería necesario plasmar un proyecto nacional en la Constitución de cada Estado. La conclusión es algo radical, pero vale la pena estudiarla.

Para que un proyecto nacional pudiera ser establecido en una norma de larga duración como es la Constitución, tendría que existir una situación en la cual, más allá de opciones ideológicas y políticas, fuera posible lograr un acuerdo mayoritario sobre los problemas fundamentales en los que debe ejercitarse la actividad promotora del Estado. Esto no parece imposible. En el estado actual de cosas, y frente a la persistente crisis que afecta al mundo desde una década atrás, es muy probable que todos y cada uno de los países, en especial los de América Latina, tengan una idea bastante precisa de cuáles son los principales problemas a enfrentar. Evidentemente, asunto distinto es cómo enfrentarlos y desde qué punto de vista. Pero ello es un aspecto programático y político que, en sentido estricto, no atañe al proyecto nacional sino, más bien, al programa de cada grupo político. La particularidad del proyecto nacional es que, como norma constitucional debiera marcar, en términos generales, las prioridades de los programas políticos.

Evidentemente, hay un riesgo implícito de imposición en la propuesta: podría ocurrir que se estatuya un proyecto nacional sesgado por la composición particular de una mayoría, y que luego deviniera en norma obligatoria e inadmisibles desde el punto de vista de lo democrático para futuros gobiernos.

Sin embargo, es de destacar que el proyecto nacional existe en varias Constituciones, aún cuando puede carecer de coherencia y prioridades.

En el caso peruano, por ejemplo, la Constitución del Estado declara una centena de derechos, la mayoría de los cuales no pueden ponerse en vigencia efectiva, pero que son aspiraciones de vida de la población. Por otro lado, contiene una idea confusa y a veces contradictoria de prioridades de Desarrollo. Así:

- “impulsa” el desarrollo amazónico (art. 120°);
- “fomenta y estimula” la actividad minera (art. 122°);
- “estimula y ampara” a las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas” (art. 116°);
- “Promueve y protege” el desarrollo del cooperativismo (art. 116°);
- “promueve” la gran minería, la pequeña empresa y la actividad artesanal (Arts. 122° y 123°);
- “Otorga prioridad” al desarrollo integral del sector agrario (art. 156°).

No es difícil percibir aquí los rudimentos de un proyecto nacional, desarticulado y plasmado con superficialidad. Tampoco es difícil percibir la estrecha conexión que existe entre estos aspectos y la vigencia integral de diversos derechos humanos (porque siendo campos distintos, no son paralelos y menos excluyentes). Por el contrario, un rápido y sustantivo desarrollo parece conducir mejor a la vigencia de los derechos humanos.

Naturalmente, con una larga lista de derechos declarados y un panorama confuso de normas de estímulo al desarrollo, la posibilidad de concatenar una acción de gobierno coherente a través de diversos periodos gubernamentales se hace difícil y, diríamos, incluso imposible. Al revés, pensar en un proyecto nacional genérico pero suficientemente claro como para orientar el quehacer nacional de modo imperativo en un tiempo dado, con evaluación y discusión periódica en las que se establezcan las prioridades de desarrollo económico y social para cada realidad, es un mecanismo normativo sugerente para explorar nuevas formas de garantía de derechos humanos, especialmente en el campo económico, social y cultural.

Podría pensarse, adicionalmente, el aspecto formal que debería asumir dicha norma y, dentro de ello, la posibilidad de imponer requisitos más rígidos que a las otras normas para efectos de su modificación. En general, las experiencias de las cláusulas pétreas o de las Constituciones irrevisables durante ciertos plazos, no han sido exitosas en América Latina. Pero en un aspecto particular como el de proyecto nacional, podría ser interesante rediscutir con amplitud y sin prejuicios el problema.

1.3.- Soluciones al problema de la legislación reglamentaria

En los sistemas jurídicos iberoamericanos, la Constitución es reglamentada mediante leyes que detallan y especifican la normatividad referida a las consideraciones más generales propias de la temática constitucional. Aún cuando se utilizara algunos de los planteamientos que hemos realizado en los dos párrafos anteriores, es evidente que muchos aspectos operativos de los derechos humanos quedan a la consideración de tales leyes.

Sin embargo, bajo el mismo criterio que se utiliza para concebir las normas programáticas, en este aspecto los poderes constituidos generalmente entienden que no están imperativamente obligados a promover y aprobar las tales leyes de reglamentación constitucional.

Durante la vigencia de la Constitución peruana de 1933, a manera de ejemplo, nunca se dió una ley tan importante como la de regimentación de los poderes dictatoriales del Ejecutivo durante la suspensión de garantías constitucionales, dejando al arbitrio de la autoridad el uso de las atribuciones que considerara conveniente. El salario mínimo se puso en vigencia real veintinueve años después que fuera exigido por el texto constitucional y otras normas como las que regulan la negociación colectiva, fueron aprobadas treintiocho años más tarde.

En la Constitución peruana de 1979, la parte referente a los derechos y deberes fundamentales de la persona requiere leyes reglamentarias de la Constitución en cuarenticinco oportunidades. Veinticuatro de esas leyes ya habían sido dadas antes de aprobarse la Constitución. Sin embargo, veintiún leyes continúan aún

sin darse y, que se sepa, no existe proyecto en camino sobre casi ninguna de ellas.

Entre estas carencias están las normas que uniformizan los derechos de varones y mujeres, la regulación del derecho de la autoridad a ingresar al domicilio privado, las normas sobre comunicación de detenidos, la Ley del Sistema Nacional de Salud, la ley de utilización del suelo urbano de acuerdo al bien común, la ley que regula la contribución de los medios de comunicación masiva a los fines de la educación y la cultura, y la ley de asignación familiar en favor de trabajadores con familia numerosa.

Como podemos apreciar, hay carencias en una amplia gama de derechos humanos muy importantes que en verdad quedan en suspenso por la imposibilidad de ser debidamente reglamentados y, en consecuencia, aplicados.

Los poderes constituidos tienen que quedar constitucionalmente conminados a crear y aplicar las leyes que desarrollan los derechos humanos. La situación actual es, verdaderamente, un autoengaño social en virtud del cual la inacción de los poderes del Estado, producida por las más diversas razones, genera el efecto de hechos consumados, desamparando los derechos declarados en la Constitución.

Es verdad que la elaboración de esta legislación toma tiempo. Pero también lo es que la falta de apremios lleva a la inacción, especialmente en realidades políticas de dominación como las que ocurren en nuestros países.

En consecuencia, parece necesario desarrollar técnicas legislativas que conlleven apremios a los poderes constituidos, para reglamentar y poner en vigencia mediante leyes reglamentarias, los derechos humanos que así lo requieran.

1.4.- Reglas constitucionales de interpretación y aplicación

Muchas veces, los convenios internacionales y el constitucionalismo latinoamericano encuentran que, luego de considerables esfuerzos, sus normas no son sistemática y comprensivamente aplicadas por los tribunales los que, recurriendo a crite-

rios restrictivos, desnaturalizan la esencia de la defensión por detalles procesales o mediante interpretaciones libres, cuando no arbitrarias.

El Perú tiene notables ejemplos en diversas épocas y circunstancias:

- El ex-presidente Bustamante y Rivero no obtuvo sentencia favorable en un Habeas Corpus, porque la Corte Suprema interpretó que la norma de no aplicación de la ley en caso de incompatibilidad con la Constitución, se aplicaba sólo a las relaciones de derecho privado, desde que estaba ubicada en el título preliminar del Código Civil.
- Durante un largo periodo de cuarenta años, el lapso promedio que el Fiscal de la Corte Suprema se tomaba en dictaminar un proceso de Habeas Corpus con connotaciones políticas que estaba a ser resuelto, era de ciento veintidós días.
- Una cónyuge, no pudo lograr que se admita su acción de Habeas Corpus en favor del marido deportado porque, aún cuando era público y notorio que estaban casados, el Tribunal exigió la presentación de copia certificada de la partida del matrimonio civil, como requisito para admitir la acción a trámite. Y así sucesivamente.

En ninguno de estos casos, puede decirse que se haya violado flagrantemente la ley o las normas de interpretación, aún cuando el primer caso es clamoroso. Sin embargo, la suma de todos ellos deja un amargo sabor de indenfensión y de incapacidad de los magistrados para comprender el problema de la vigencia de los derechos humanos y actuar positivamente en su defensa.

Opinamos que las Constituciones, y si es posible los convenios internacionales, deben tener cláusulas especiales de interpretación de los derechos humanos, que otorguen garantía a las personas, que los magistrados estarán obligados a hacer una aplicación extensiva de los derechos consagrados.

Normas que especifiquen el principio de que los derechos humanos se aplican e interpretan extensivamente y sus recortes restrictivamente, así como el de que en caso de duda se debe favorecer el derecho conculcado o amenazado, constituirían ayudas importantes desde el punto de vista jurídico para reforzar el trabajo de administración de justicia constitucional. No conocemos Constituciones latinoamericanas que hayan recogido estas normas.

Adicionalmente, es necesario que la Constitución recoja las particularidades culturales y materiales de cada región en cuanto a la vigencia y protección de los derechos constitucionales. Un procedimiento escrito, o que exija defensa cautiva, o que plantee requisitos formales y complicados para la tramitación de las acciones constitucionales, puede crear indefensión si es que el juez no está capacitado, o no está acostumbrado a actuar de oficio. Más de una vez, en el Perú se declaró inadmisibles acciones de Habeas Corpus por detalles secundarios, cuando el caso era una clara violación de derechos constitucionales desde el inicio.

Esta observación apunta, sobre todo, a los problemas de detalle procesal de las acciones pero, en todo caso, es necesario dar al juez la atribución (y en estas materias inclusive establecer la obligación) de subsanar o mandar subsanar los defectos formales, especialmente atribuibles a condiciones culturales o materiales de quienes recurren, sin perjudicar la protección. Un juez excesivamente formalista puede ser un serio obstáculo a la defensa constitucional en extensas zonas de nuestro Continente.

2.- ASPECTOS VINCULADOS A LA LEGISLACION

2.1.- *Reserva legal en materia de derechos humanos*

Hoy en día, el órgano ejecutivo de gobierno ha concentrado un importantísimo poder de dictar normas generales, bien sea a través de su atribución normativa propia de dar reglamentos y decretos, bien vía la expedición de legislación delegada por el órgano legislativo.

Las normas constitucionales, y en cualquier caso la hermenéutica, señalan que la atribución normativa propia del órgano ejecutivo debe realizarse sin trasgredir ni desnaturalizar las normas superiores, esto es, la Constitución y la ley.

De otro lado, la delegación de atribución legislativa generalmente requiere cumplir ciertas formalidades tales como un plazo, señalamiento de la materia autorizada a legislar por decreto, y la revisión potestativa del órgano legislativo.

Sin embargo el órgano ejecutivo de nuestros países, en la realidad, suele exceder estos marcos jurídicos y, a veces en contravención a ellos así como otras en situaciones límite, dicta variada legislación que tiene que ver con muchos aspectos vinculados a los derechos humanos.

Varios problemas aparecen de esta situación. De un lado, es evidente que el órgano ejecutivo dicta medidas fuertemente influenciado por las coyunturas políticas, desde que sobre ellas versa esencialmente su función gubernativa. Ello no es bueno para los derechos humanos, cuya protección trasciende las situaciones para irse a ubicar en el plano de las estructuras y los principios. Si la legislación es dada con criterio distinto, la vigencia de estos derechos corre peligro de precariedad.

Ejemplos vinculados a la política laboral y económica de nuestros gobiernos en la actualidad, o a la normatividad que se expide en emergencias políticas como las que atraviesan buena parte de nuestros países es suficientemente clara. Y no estamos hablando de las dictaduras de ciertos países sudamericanos, porque en ellas Ejecutivo y Legislativo, por la fuerza de los hechos son una y misma cosa.

Por otro lado, es también indiscutible que el órgano ejecutivo legisla expedítivamente y sin mayor debate pues, por lo general, ni es de conformación pluralista ni sus debates se hacen en público. De esta manera, se legisla a "puerta cerrada", expresión que no pretende connotar actitudes discutibles, sino más bien denotar ausencia de diálogo y discusión.

Si las normas sobre derechos humanos no son discutidas ampliamente ante la población, si no se reciben sus aportes y si no se conoce la evolución de sus concepciones, entonces creamos condiciones latentes de desprotección, por cuanto es más fácil recortar los derechos a puerta cerrada que en discusión pública.

Consideramos que, dentro de los márgenes democráticos hoy existentes en América Latina, lo más recomendable es, por tanto, establecer una cláusula de reserva legal por el órgano legislativo, para la aprobación de las leyes referentes a los derechos humanos. Constituciones trascendentales en el mundo contemporáneo tienen distintas versiones de esta cláusula, aún cuando permiten la legislación delegada. El órgano legislativo actual, es el foro mejor para la discusión política de las leyes en nuestro sistema y, en materia de derechos humanos, dicha ventaja debe ser intensamente utilizada.

2.2.- *El derecho de iniciativa para la formulación de leyes vinculadas a los derechos humanos*

La producción de leyes tiene diversas etapas, que están reguladas en las disposiciones pertinentes, normalmente de rango constitucional. La fase inicial es la de la iniciativa legislativa, entendiendo por tal la atribución que se otorga a determinadas personas o instituciones, para formular proyectos de ley que deben ser obligatoriamente tramitados por el órgano legislativo.

Normalmente, la iniciativa legislativa recae en los parlamentarios y en ciertos otros órganos del Estado, muy pocas Constituciones reconocen al pueblo en sí mismo el derecho de iniciativa.

Esto responde al hecho de que en el sistema democrático contemporáneo, se supone que los partidos copan la representación política y la canalizan a través de sus miembros y representantes. Sin embargo, es harto sabido que esa es una configuración política particular de algunos países europeos y de los Estados Unidos de Norteamérica. Pero no la de los países latinoamericanos, en los cuales la representación orgánica de los partidos ni abarca a considerables sectores de la población, ni canaliza democrática y eficazmente muchas de las iniciativas populares.

Es así que importantes sectores gremiales, universitarios, profesionales, etc., tienen planteamientos propios y distintos de los partidarios, y no se sienten plenamente representados ni canalizados por ellos.

En otras palabras, de lo que se trata es que la organización política de nuestras sociedades no es homogénea ni centralizada y que, en consecuencia, para recoger verdaderamente la expresión del pueblo, es necesario desarrollar canales complementarios (no excluyentes) a los de la democracia tradicional imperante.

Pensamos, en este sentido, que otorgar iniciativa legislativa a un sector de la población, por ejemplo, exigiendo la participación de organizaciones sociales o gremiales reconocidas, o la firma de un número significativo de ciudadanos digamos, (1% del padrón nacional de votantes), en especial para la proposición de normas legislativas vinculadas a los derechos humanos, enriquecerían notablemente la participación popular en la democracia y el contenido de la normatividad.

Es verdad que existe el llamado derecho de petición al que puede recurrir cualquier persona u organización para plantear este tipo de asuntos a los poderes del Estado. Pero la petición y la iniciativa legislativa son sustantivamente distintas tanto en su fuerza procesal, como en su ascendiente político sobre los órganos del Estado.

2.3.- Instancias de participación organizada de la población en el proceso legislativo

Aquí se aplica mucho de lo que hemos dicho en el párrafo anterior sobre la no representación orgánica de la sociedad por los partidos políticos y sobre la conveniencia de incentivar la participación popular en las diversas etapas del proceso legislativo.

Una de ellas es el debate popular de los proyectos de ley. Una manera de entenderlo realizado es a través de la participación de las fuerzas con representación política en el órgano legislativo, pero ello es insuficiente por lo ya visto. Más bien, especialmente en materia de derechos humanos, es necesario esti-

timular dos vías de participación que no tienen por qué ser alternativas, sino complementarias:

- Una es poner en público debate los proyectos de ley para recibir sugerencias y proposiciones alternativas. En el Perú fue el Gobierno Militar del Gral. Juan Velasco el que utilizó este procedimiento en un par de oportunidades recibiendo cuantiosos aportes, algunos muy importantes, en la elaboración de determinadas leyes (por ejemplo la del Sector de Empresas de Propiedad Social).

Tal vez pueda argüirse que ello ocurrió en ese Gobierno porque no había mecanismos de representación democrática, pero nuestra impresión cotidiana en los regímenes democráticos existentes es que los parlamentarios actúan con criterio particular o de grupo político, pero no en consulta permanente con sus partidarios y electores, como sí supone hacerlo la esencia de la democracia representativa. En esto, a veces, nuestras democracias tienen más que aprender y menos que mostrar.

- Otra es la creación de organismos de consulta y asesoría con representación de las organizaciones sociales (no de las políticas), que tuvieran entre otras atribuciones las de dictaminar y opinar sobre los proyectos de Ley en materia de derechos humanos.

Esto permitiría que varias voces, a veces algunas nunca escuchadas, puedan expresar sus inquietudes sobre determinados asuntos. Es más, un desarrollo mejor de la idea, y adaptado a cada realidad, podría crear matices institucionales particulares para un organismo dictaminador de este tipo. Algunas fórmulas como por ejemplo las cámaras funcionales tienen parecido formal con esta propuesta, pero en sustancia son muy distintas: en el caso de la representación funcional, se da a ésta el poder de decidir y allí está lo esencial de su concepción. En cambio, nuestra propuesta pretende crear un canal de expresión orgánico dentro del Estado para numerosos sectores e instituciones sociales que hoy no tienen dichos canales, o tienen algunos que funcionan muy deficientemente. No se trata de darles poder de decisión, sino de promover su derecho colectivo de expresión y opinión.

3.- CUMPLIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1.- *Base institucional para el cumplimiento de los derechos humanos*

Suele ocurrir que los derechos constitucionales declarados carecen de una base institucional reconocida jurídicamente para llevar a cabo su cumplimiento, tanto en la sociedad civil como en el aparato del Estado.

Es necesario que las Constituciones establezcan la obligatoriedad de que el Estado asigne las responsabilidades específicas que sean necesarias dentro de las instituciones públicas, para que cada derecho declarado tenga su contraparte institucional responsable. De esta manera los derechos, en especial los sociales, económicos y culturales, podrán tener un responsable efectivo que los haga cumplir, o responda por su inacción.

Naturalmente, una versión de esta propuesta es lo burocrático. Es un peligro que, en el plano en que se sitúa este trabajo, queda latente. Pero más peligroso es lo que ocurre sistemáticamente en multitud de campos: el derecho está declarado pero no es atribución de nadie hacerlo realidad.

De otra parte, las Constituciones debieran reconocer el derecho específico de asociarse (obteniendo reconocimiento ad hoc) para la defensa de los derechos humanos. Es verdad que una de las libertades clásicas es la de asociarse y, desde este punto de vista, lo que planteamos ya está recogido. Sin embargo, son distintos el derecho general de asociación, y el que toma en cuenta algunos puntos específicos en los que, para actuar, no basta el reconocimiento registral sino que es necesario también tener audiencia específica con la autoridad encargada. El mejor ejemplo, tal vez, es el reconocimiento especial del derecho de sindicalización ante las autoridades de trabajo y la parte patronal.

Somos convencidos de que la democracia, y los derechos humanos, se afirmarán en América Latina en la medida en que se fortalezca la organicidad de la sociedad, y esto será más rápida-

mente logrado en la medida que la organización social sea amparada y promovida. El campo de los derechos humanos es fértil para ello: existen numerosas organizaciones ya trabajando y muchas de ellas lo hacen en condiciones verdaderamente precarias. Un reconocimiento como el planteado les daría mayores alas y mejor capacidad de actuación.

3.2.- *Protección de oficio de los Derechos Humanos*

Consideramos, finalmente, que uno de los problemas cruciales de la vigencia de los derechos humanos en América Latina, es la ausencia de una protección de oficio por organismos ad hoc.

Es de resaltar que los países desarrollados, a lo largo de su evolución, han generado diversas instituciones encargadas de velar por los problemas más acuciantes de sus diversas etapas. El ombudsman es tal vez el ejemplo más moderno, pero desde la antigüedad pueden ya encontrarse interesantes ejemplos. Tal el caso de los Tribunales de la Plebe en las primeras épocas de la República romana.

En nuestros países existen diversos organismos con funciones semejantes. En el caso peruano está el Ministerio Público, con una organización paralela a la estructura de los Tribunales, y en la que los fiscales y agentes fiscales se supone que supervigilan el cumplimiento de los derechos, actuando como defensores del pueblo ante la Justicia.

Sin embargo, la inmensa carga burocrática que tienen los miembros del Ministerio Público les impide, inclusive, cumplir con sus tareas de dictaminación de casos a resolver, y de asistencia a diligencias judiciales. Menos, desde luego, tendrán capacidad de vigilar la plena vigencia de los derechos humanos.

Cada realidad tiene sus particularidades y es preciso tomarlas en cuenta, sobre todo en planteamientos como los que aquí realizamos. No obstante, consideramos que la institucionalización de una supervisión de oficio sobre el cumplimiento de los derechos humanos, como tarea exclusiva de un ente del Estado, probablemente bajo la forma de una magistratura orgánica y autónoma que habría que diseñar en cada realidad, sería una poderosa ayuda para la observancia y promoción de estos derechos en nuestros países.

INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Maria del Carmen Tovar G'l

Los organismos internacionales tienen una presencia efectiva en el mundo contemporáneo, y sostienen complicadas relaciones de tipo diverso con los Estados, habiéndose multiplicado en los últimos decenios. La autora se ocupa de la inmunidad jurisdiccional de estos entes preguntándose, en primer lugar, cuál es el fundamento de tal prerrogativa; segundo, cual es su naturaleza en el Derecho; y, tercero, cuáles son sus alcances.

El tratamiento del tema supone desarrollar la problemática de la personalidad internacional de los organismos, a la que se ingresa a través de una descripción y evaluación crítica de las principales posiciones. Se abarca también el análisis del denominado "status jurídico del sujeto internacional".

La parte final del trabajo se ocupa del tema a partir de la normatividad peruana y de lo establecido en el Proyecto de Código Civil.

Queremos invitar a quienes tienen interés en los asuntos de la vida internacional a prestar atención a un fenómeno que es tomado con una naturalidad tal, que ha ocasionado que su estudio se encare con cierta ligereza o superficialidad.

Nos referimos al fenómeno que significa la presencia viva y permanente en las relaciones internacionales de nuestro mundo actual, de un sinnúmero de instituciones que conocemos como "Organismos Internacionales". Bástenos para constatar, la extensión e intensidad de esta presencia e intervención al revisar un periódico o revista que tengamos a mano y apreciaremos cómo

estos "sujetos" bajo una u otra forma, incursionan en casi cualquier aspecto de la vida de los estados.

Los organismos internacionales constituyen una respuesta a la necesidad de cooperación internacional. Esta necesidad, que data de muy remotas épocas y surge como consecuencia de la vida de interrelación de los pueblos no ha tenido siempre la misma respuesta para su satisfacción.

Los organismos internacionales cumplen, hoy en día en mayor medida que en cualquier momento de la historia, las funciones más diversas. El saldo general positivo para el desarrollo de los estados y la solución de problemas internacionales de toda índole es innegable. Para la realización de sus objetivos en el ejercicio de sus funciones, estas entidades entran en contacto constante con las administraciones nacionales de los estados y con los súbditos de los mismos, desarrollándose entre ellos un complejo tejido de relaciones. En el desarrollo de estas relaciones y en la realización de sus fines y objetivos, los organismos internacionales se ven favorecidos de una serie de prerrogativas que facilitan su labor. Una de estas prerrogativas es frecuentemente la *inmunidad jurisdiccional*.

Ante este hecho, vale decir, frente a la existencia del derecho a invocar inmunidad jurisdiccional por parte de una serie de organizaciones internacionales creemos necesario plantearnos tres interrogantes:

En primer lugar, ¿Cuál es el *fundamento* de la inmunidad jurisdiccional? En otras palabras, cuándo podemos afirmar que una entidad posee tal beneficio?

En segundo lugar, ¿Cuál es la *naturaleza* de la inmunidad jurisdiccional?

Y por último, una tercera interrogante está referida a cuáles son los *alcances* de la prerrogativa que estudiamos.

I. FUNDAMENTO DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Puede afirmarse que la inmunidad jurisdiccional de los organismos internacionales responde a una de dos posibilidades:

O el organismo internacional en cuestión es "*Persona Internacional*" y de tal calidad deviene su inmunidad jurisdiccional, o, no siendo titular de personalidad internacional, uno o varios sujetos de Derecho Internacional le han concedido lo que denominamos un "*Status Jurídico de Sujeto Internacional*".

a) *Personalidad Internacional*

La primera de las posibilidades planteadas, es decir aquella que funda la existencia de la inmunidad jurisdiccional en la personalidad internacional de la entidad, nos suscita dos inquietudes que pueden ser conceptualizadas de la siguiente forma:

— ¿Cómo se determina cuándo una Organización Internacional es Persona Internacional?

— ¿Por qué de la existencia de tal calidad, vale decir de la presencia de personalidad internacional en una organización, derivamos como consecuencia la inmunidad jurisdiccional?

Dediquémonos al desarrollo de una respuesta a estas inquietudes:

1.- *Determinación de la Personalidad Internacional en un Organismo Internacional*

La doctrina de Derecho Internacional no ha coincidido en utilizar un único método para establecer la existencia de personalidad internacional en los organismos internacionales. Encontramos entre los especialistas en la materia, básicamente el uso de dos métodos. Estos métodos son conocidos como:

— Método Inductivo y

El "*método inductivo*" consiste en constatar si en un organismo internacional determinado se presentan las atribuciones de la persona internacional. Si la respuesta es afirmativa, consideran los defensores de esta posición que estaremos sin duda frente a una persona internacional. Llegan a la personalidad internacional por la vía de la verificación de sus consecuencias. Podríamos decir entonces, siguiendo esta línea, que si "X" (organismo internacional) ostenta atribuciones de la persona internacional es debido a que es persona internacional.

No cremos que éste sea el método acertado para demostrar la presencia de personalidad internacional. Si bien, a nuestro modo de ver, no deja de ser útil su uso a fin de establecer indicios de personalidad internacional, no sólo no es siempre certero, sino que, su aplicación literal puede llevarnos a conclusiones peligrosas. El método inductivo puede resultarnos de gran ayuda, dado, que generalmente cuando un sujeto realiza atribuciones de persona internacional es porque es persona internacional. Puede a través de su aplicación presumirse a priori que si estamos frente a una organización que por ejemplo firma tratados internacionales, es porque ésta es persona internacional. Pero darle a esta presunción un carácter definitivo resulta exagerado, riesgoso y susceptible de inducir a error.

El segundo método, posible para determinar si estamos frente a una persona internacional parte de una deducción.

El método objetivo considera que para poseer personalidad internacional debe cumplirse con ciertas características o condiciones. Si, y sólo si el organismo internacional cumple las condiciones específicas requeridas podemos afirmar que es titular de personalidad internacional. Como puede verse este método deja abierta la posibilidad de que hallemos en una entidad una atribución de la personalidad internacional y sin embargo el fundamento de ésta no radique en la subjetividad internacional.

- (1) Véase Rama Montaldo, Manuel, "International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations". *The British Yearbook of International Law* 1970, pág. 112.

El método objetivo, permite que sea el orden internacional quien automáticamente otorgue la personalidad internacional a uno de sus sujetos cuando cumple ciertas condiciones. Nos parece que este es el método acertado para determinar la presencia de personalidad internacional en una organización. Lo utilizó la Corte Internacional de Justicia de La Haya, al absolver una consulta formulada por Naciones Unidas en su conocido "dictamen sobre la reparación de daños sufridos al servicio de la Naciones Unidas" (2). En tal oportunidad, se le demanda a la Corte Internacional su opinión respecto de si Naciones Unidas podía anteponer una reclamación internacional por los daños sufridos por un funcionario de la institución en el ejercicio de su labor como mediador (3). A ese efecto, la Corte Internacional procedió con la siguiente lógica:

El derecho a efectuar una reclamación internacional es un derecho propio de la persona internacional. Para concluir, por tanto, si Naciones Unidas tiene tal atribución es necesario resolver si ella es persona internacional. Para ello consideraron que debían verificar si la entidad cumplía con las condiciones necesarias.

Las condiciones señaladas directamente por la Corte Internacional como esenciales para que un Organismo Internacional sea Persona Internacional fueron las siguientes:

- a) La organización debe ser algo más que un simple centro de amortización de la acción de las naciones.
- b) La organización debe estar dotada de fines u objetivos específicos.
- c) La organización debe ser un centro con órganos independientes.

(2) Este dictamen fue emitido por la Corte Internacional de Justicia de la Haya el 11.4.1949 (véase en Pastor Redrejuelo, José A., **Jurisprudencia del Tribunal Internacional**, pág. 326, Madrid, Ed. Rialp, 1962).

(3) Se trataba del caso del asesinato del Conde Folke Bernadotte, mediador de las Naciones Unidas ocurrido en Jerusalem el 11 de abril de 1948 en el ejercicio de sus funciones.

- d) La posición de los miembros con respecto a la organización debe estar claramente definida. La organización debe ocupar una posición separada de la de sus miembros.

De estas cuatro condiciones, expresamente consideradas por la Corte Internacional, podríamos llegar a la conclusión de que en la práctica todo Organismo Internacional formalizado es titular de Personalidad Internacional. Esto no es así, y no es así, porque en el dictamen de la Corte subyacen claramente otras dos condiciones. Estas dos condiciones adicionales, presentes en el texto y en el espíritu del dictamen emitido por la Corte Internacional de Justicia, pueden ser conceptualizados de la siguiente forma:

- e) La Organización debe cumplir funciones internacionales. Es decir, funciones que rebasen el interés local o nacional.
- f) La organización debe ser intergubernamental.

Quedan, entonces establecidas, seis condiciones necesarias, aceptadas por la doctrina internacional, para que un organismo internacional sea persona internacional.

Vamos a dedicarle unas líneas al estudio de una de esas condiciones, cuya conceptualización nos presenta diversos problemas prácticos. Nos referimos a la condición que exige la calificación como *Organismo Intergubernamental* para reconocer la personalidad internacional.

La delimitación jurídica de las organizaciones no gubernamentales respecto de las gubernamentales no es siempre fácil. Entre otras cosas cabe destacar que los términos no gubernamental y privado no coinciden necesariamente por lo que podemos entre otras cosas cabe destacar que los términos no gubernamentales" pero que de ninguna manera pueden ser consideradas como que responden a intereses privados (4).

- (4) Este interesante y difícil problema, es desarrollado en extenso por Manuel Pérez Conzales en sus artículos: "En Torno al Status de las Asociaciones Internacionales en Derecho Internacional y Derecho de Gentes" y

Para establecer la distinción entre organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales vamos a utilizar un doble punto de vista. Esto es:

- a) Factor composición (referido a la naturaleza de sus miembros).
- b) Factor origen o fuente (referido al acto constitutivo de la organización).

Desde una óptica purista del *factor composición*, sólo puede ser considerada gubernamental una asociación internacional cuando sus miembros son Estados. Tres tipos de problemas se nos presentan en esta interpretación.

En primer lugar, existen organizaciones que incluyen junto a estados, en calidad de miembros asociados o bajo otro estatuto (incluso el de miembro ordinario) entidades no estatales, territoriales o no. En este sentido, podemos citar a la "Asociación Internacional Permanente de Congresos de Carretera" (AIPCR), resultado de una conferencia organizada por el gobierno francés en 1908; sus miembros en 1973 eran 5 organismos internacionales, 275 entidades públicas, 374 miembros colectivos, 569 individuales y 45 gobiernos de estados. Caso similar es el de la "Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA).

En estas organizaciones que pueden ser calificadas como "mixtas" se ha tratado de distinguir entre las que están bajo el control privado y aquellas que están bajo "control oficial" a fin de -a través de una ponderación de la naturaleza privada o pública del control- llegar a determinar su carácter de gubernamental o no. La precisión de este carácter es, sin embargo, sumamente difícil y requiere del estudio profundo de cada asociación en particular.

Un segundo orden de problemas se nos presenta en organizaciones que revisten la forma intergubernamental y están inte-

"Las Organizaciones no gubernamentales en el Ambito de la Organización Internacional (véanse en la **Revista Española de Derecho Internacional**, Vol. 29, Nos. 2 y 3, y Vol. 30, Nos. 2 y 3).

gradadas parcial o totalmente por entidades que no pueden ser consideradas como órganos o delegaciones estatales y a las que sin embargo puede atribuírseles gestión pública o una representatividad casi estatal. En este orden abundan los ejemplos entre los que podemos citar a la "Organización Internacional de Policía" o INTERPOL (integrado por los cuerpos oficiales de policía de los estados), el "Consejo de Municipios de Europa" (CME), el "Secretario Iberoamericano de Municipios", "La Federación de Ciudades Unidas" y el "Consejo Nórdico". Este segundo tipo de organización nos pone frente a entidades cuyo componente en una clasificación "a priori" debe ser considerado como no gubernamental y que, sin embargo, tienen un carácter público evidente. Estas organizaciones, que no encajan dentro de una clasificación dual de intergubernamental y no gubernamental constituyen entidades "híbridas" cuya situación *sui generis* debe ser analizada en cada caso.

Un último tipo de problemas a nivel del factor composición se da en organizaciones en las que además de representantes oficiales están conformadas por sectores sociales o sectores particulares de intereses. El ejemplo clásico en ese sentido es el de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con su sistema tripartito de organización.

El factor origen o fuente, considera gubernamental a la asociación internacional creada por tratado o acuerdo internacional. Este segundo criterio plantea también cuestiones delicadas a resolver. Los problemas se encuentran principalmente vinculados a los acuerdos concertados entre entidades estatales subordinadas que en principio no ostentan el "treaty making power" es decir la aptitud de comprometer al estado en el plano exterior. Si bien podría decirse que la respuesta a esto debe buscarse en el derecho público interno de cada Estado, en la práctica internacional se ha considerado que en estos casos de creación de organizaciones por entidades que en principio no tienen poder para suscribir tratados, se da una suerte de delegación tácita del poder estatal. En todo caso, resulta, difícil considerar a una organización creada por ejemplo por el acuerdo entre las entidades contraloras de varios países como no gubernamental o privada, sujeta al derecho interno del estado o estados y no al derecho internacional público. En todo caso, podemos decir que, el criterio del origen

nos puede ayudar a la clasificación de asociaciones mixtas y de aquellas que tienen representatividad de intereses no estatales, pero su ayuda resulta mínima cuando estamos frente a híbridos como el Consejo Nórdico o la INTERPOL.

En síntesis, puede afirmarse que poniendo en relación los criterios usados (composición y origen) concluiremos que una asociación creada por convenio entre gobiernos es intergubernamental, aunque cuente entre sus miembros con personas participantes a título privado. Viceversa, una organización con composición mixta e incluso integrada sólo por entes públicos, no surge de acuerdo entre gobiernos, es no gubernamental. Subsistirán sin embargo determinadas situaciones "híbridas" de muy difícil clasificación (5).

Con lo hasta aquí visto, hemos dado respuesta a la primera inquietud que nos suscita el fundamentar la existencia de inmunidad jurisdiccional en su personalidad de derecho internacional. Vayamos ahora a absolver la segunda inquietud planteada al inicio del punto A.

2.- *La Inmunidad Jurisdiccional como Consecuencia de la Personalidad Internacional*

Tampoco respecto de las consecuencias de la personalidad internacional existe consenso. Nos encontramos frente a dos teorías conocidas como la *Teoría Formal* y la *Teoría Material*.

La Teoría Formal, considera que la personalidad internacional no otorga a sus titulares derechos y deberes específicos. Se inclina a equiparar las capacidades de la organización con su personalidad. No puede negársele a esta teoría mérito en algún momento del desarrollo del derecho internacional. Ayudó sin duda a superar el escollo que significaba para los estudiosos de la materia, la ampliación de la personalidad internacional a

(5) Pérez Gonzales, Manuel: "Las Organizaciones no Gubernamentales en el Ambito de la Organización Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 30, Nos. 2 y 3, pág. 317.

sujetos distintos al estatal (6). Parte, sin embargo de un enfoque equivocado que lleva a la confusión entre lo que son capacidades, funciones y objetivos y personalidad en una entidad. Impide además, la posibilidad de una teoría general de la personalidad internacional de los organismos internacionales.

La segunda teoría, la teoría material, a la cual nos adscribimos, si otorga consecuencias a la presencia de personalidad internacional en una organización internacional. Indudablemente, esta teoría ofrece también riesgos y es preciso tomarla con cautela. Un primer peligro consiste en que al otorgarle un bagaje específico de contenido a la personalidad internacional corremos el albur de dotar a un sujeto de derechos y deberes de una amplitud excesiva que poco o nada tengan que ver con su naturaleza y con sus fines. Existe también el peligro de que al establecer consecuencias derivadas de la personalidad internacional en forma detallada podemos volver demasiado rígido el concepto. Es por ello, que si bien consideramos esta teoría se ajusta más a la realidad de las organizaciones internacionales, sostenemos, que de la personalidad internacional no se derivan un número fijo o variable de derechos. No afirmamos se trate de una lista o enumeración de derechos sino de una "categoría". Esta categoría, es la que varios autores e incluso la propia Corte Interna-

- (6) Esta teoría al afirmar que la posesión de personalidad intrnacional no traía consigo un contenido específico logró vencer en muchos casos la resistencia de quienes negaban la personalidad internacional a sujetos distintos del estatal. En muchos casos, esta resistencia se basaba en la creencia de que se les otorgaban los mismos derechos que tenía el estado. La tesis que consideró al estado como único sujeto de derecho internacional apareció en el desarrollo teórico relativamente tarde, pues supone una clara elaboración del concepto de soberanía. Esta reducción radical de los sujetos de derecho internacional trajo como consecuencia que se asimilara al contenido de la personalidad internacional una serie de características que emanaban más de la naturaleza del estado (como es la soberanía) que de la misma personalidad internacional. Esto es, lo que llevó a varios tratadistas en el siglo XIX a calificar a la Comisión Internacional del Danubio de estado fluvial y de que aún en el presente siglo cuando aparece la Sociedad de las Naciones, se definieran tesis tan distintas como el considerarla una confederación de estados, una alianza o un sindicato (Miaja de la Muela, Adolfo: **Introducción al Derecho Internacional Público**, Madrid 1979, pág. 260).

cional han definido como "el derecho de utilizar todos los medios que el orden internacional pone a disposición de sus sujetos para ejercer sus competencias y hacer respetar sus derechos".

Pensamos que aún reconociendo la gran diversidad de funciones que cumplen los organismos internacionales, es posible derivar de su personalidad internacional, un mínimo de derechos y deberes comunes a todos, los mismos que se poseen en virtud de la titularidad de la personalidad internacional. No obstante, ese contenido al que aludimos tiene un carácter flexible a fin de adecuarse a la realidad de cada organización. Con esto queremos decir que la naturaleza y grado de derechos que otorga la personalidad internacional podrán variar según la función que cumple el sujeto que sea su titular.

Podemos entonces absolver la segunda inquietud planteada. La inmunidad jurisdiccional es consecuencia de la personalidad internacional porque forma parte de la categoría de derechos que otorga el ser titular de la misma. Es uno de los medios que el orden internacional pone a disposición de sus sujetos para ejercer sus competencias y hacer respetar sus derechos.

B) *STATUS JURIDICO DE SUJETO INTERNACIONAL*

Pasemos a la segunda posibilidad de fundamento de la inmunidad jurisdiccional:

¿Puede una organización que no es persona internacional gozar de inmunidad jurisdiccional aunque sea en un ámbito restringido de relaciones?

La respuesta es afirmativa. Cabe la posibilidad de que uno o más estados reconozcan a determinada organización en virtud de la importancia que para ellos tengan las funciones que cumple, una serie de prerrogativas que lo hagan merecedor de un trato especial. Nada impide, que entre estas prerrogativas se incluya la "inmunidad jurisdiccional".

En este caso, el reconocimiento de los derechos a la entidad es constitutivo de los mismos, lo que quiere decir que en sentido estricto no se trata de un reconocimiento sino de una "concesión".

Tenemos entonces, una segunda vía por la cual el organismo internacional puede ser titular de inmunidad jurisdiccional. No se trata ya de un derecho que emane de la naturaleza del sujeto, cuya existencia es ante toda la comunidad internacional y cuyo reconocimiento es declarativo del derecho. Se trata de un privilegio que nace de la voluntad de quien lo concede y es oponible sólo a quien lo reconoce. Se trata pues, de un Status especial.

Es importante llamar la atención sobre el hecho de que hay quienes al hallar privilegios de este tipo en organismos internacionales que no son persona internacional, han sugerido la existencia en estos casos de una personalidad internacional restringida o menos plena.

Nosotros rechazamos tales calificativos. Consideramos que o se cumple con los requisitos del orden internacional y se es plenamente "persona internacional", o ante la existencia de atribuciones o privilegios de este tipo debemos concluir que responden a otro fundamento. No admitimos medias personalidades o personalidades recortadas.

II. NATURALEZA Y ALCANCES DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL

Vamos a abocarnos ahora a dar respuesta a las dos interrogantes que planteamos al inicio de este trabajo y que falta aún absolver.

¿Cuál es la naturaleza de la inmunidad jurisdiccional?

¿Cuáles son sus alcances?

Vamos a realizar el análisis de estos dos tópicos a través del estudio de una interesante jurisprudencia norteamericana. Nos referimos al caso "Broadvent vs. Organización de Estados Americanos" (7).

Se trata de una acción interpuesta ante la Corte Distrital de Columbia por siete miembros del personal de la Secretaría de la Organización de Estados Americanos (OEA), con motivo de su despido. Estos ex-funcionarios, demandan a la Organización el pago de tres millores de dólares por supuesto incumplimiento de contrato. Notificada la Organización con la demanda, se defiende invocando la incompetencia del Tribunal en virtud de la inmunidad de que goza en su calidad de organización internacional reconocida por el gobierno de los Estados Unidos. Esto sucede en noviembre de 1977.

En los momentos en que se interpone la acción referida, se ha promulgado y está vigente en los Estados Unidos una ley sobre inmunidades de estados extranjeros que significó un cambio en la regla de interpretación de los alcances de la inmunidad. Esta norma, conocida como el "Act of Sovereign Immunities" de 1976 (8) recoge la doctrina denominada "*restricta*" de la inmunidad. Esta teoría se opone a la durante muchos años vigente, teoría de la inmunidad *absoluta* (9).

Vale la pena en este punto, referirnos brevemente a la diferencia entre ambas doctrinas:

— *La inmunidad absoluta* reconocía al estado por su calidad de tal, una inmunidad jurisdiccional plena. Las Cortes internas de los estados debían, en consecuencia, abstenerse de todo

(7) United States, Court of Appeals for the District of Columbia Circuit Decision in "Broadvent vs. Organization of American States", *International Legal Materials*, Vol. XIX Nº 2, marzo 1980, pg. 208.

(8) Brower Charles, Bristeine Walter, Loomis George; "The Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in practice", *American Journal of International Law*, VI. 13 Nº 2, abril 1979.

(9) Rigaux, Francois, "Droit Public et Droit Privé dans le Relations Internationales", Publication de la Revue Générale de Droit Internationale Public. Nº 26, Paris, Edition A. Pedone.

procedimiento iniciado contra estados extranjeros sin ningún tipo de calificación previa.

Esta doctrina se originó en un contexto distinto al actual. Hace un siglo, un estado no entraba en relaciones comerciales. Se sujetaba a su tradicional función como soberano, centrada principalmente en la mantención del orden interno, en la dirección de las relaciones internacionales y en la defensa del país. Es en ese contexto en el que se hizo fuerte la teoría de la inmunidad absoluta y de ahí que durante mucho tiempo fuera la regla vigente en derecho internacional. En los últimos 60 ó 70 años, el rol del estado ha sufrido una radical transformación en sus funciones. El estado moderno, ha entrado en actividades comerciales y a través de sus órganos incursiona en los mercados internacionales, adquiere mercancías, fleta buques, firma documentos de crédito, etc. (10). Esta extensión en las actividades del estado dió lugar a que resultara conveniente un ajuste en los alcances de la inmunidad jurisdiccional. La teoría de la *inmunidad restricta* distingue entre los actos realizados "*jure imperis*" y aquellos realizados "*jure gestionis*", y considera que sólo por los primeros puede el estado extranjero invocar inmunidad jurisdiccional (11). Esta teoría llama la atención sobre el hecho de que la inmunidad jurisdiccional se le reconoce a los estados extranjeros en virtud de su calidad de "soberanos".

Esta explicación tiene el sentido de centrar el caso "Broadvent vs. OEA" en su contexto. Como ya dijéramos, en el momento en que el mismo se presenta ante la Corte de Columbia, está vigente el "Act of Sovereign Immunities de 1976" (12). Esta norma, que recoge claramente la teoría restricta de la inmunidad se refiere única y exclusivamente al sujeto "estado extranjero". Para la regulación de los organismos internacionales y sus inmunidades existe otro dispositivo legal, este es el denomi-

(10) Lord Denning, M.R., en "Trendtex Trading Corporation vs. Central Bank of Nigeria", United Kingdom Court of Appeal Decision, *International Legal Materials*, Vol. XVI Nº 3, mayo 1977, pg. 478.

(11) Rigaux, Francois; ob. cit., pg. 226.

(12) *International Legal Materials*,...

nado "International Organizations Immunity Act" de 1945 (13), que con referencia a la inmunidad jurisdiccional consagra lo siguiente:

"Las organizaciones internacionales, su propiedad y bienes donde se encuentren y por quien los posea gozarán de la misma inmunidad de jurisdicción en cualquier proceso judicial que la gozada por estados extranjeros".

La Corte distrital falló considerando que la O.E.A. era inmune a todo proceso judicial salvo que la inmunidad estuviere limitada por su estatuto. Consideró, que la ley de 1976 no es aplicable a las organizaciones internacionales. Por último, afirmó que si bien el acta de inmunidades de 1945 hace referencia a la inmunidad concedida a los estados extranjeros, resulta importante recalcar que la inmunidad de que se hablaba en 1945 era sin duda la inmunidad absoluta, de ahí que la referencia tuviere sentido y que, por lo tanto, no resulta conveniente entender esa referencia como hecha a la ley de 1976, la que no es aplicable dada la naturaleza de las organizaciones internacionales.

Apelada la decisión de la Corte distrital, la Corte de Apelaciones resolvió la cuestión de forma inteligente pero sin comprometer opinión. Su fallo final consiste en sostener que aún cuando el acta inmunidades de 1976 resultara aplicable, en el caso particular habría dado lugar a inmunidad, dado que la relación materia de juicio no podría ser calificada de actividad comercial.

¿Qué reflexiones nos suscita esta situación?

Es indiscutible que formalmente existe un problema interesante de remisión legal a una norma derogada. Pero en el fondo hay algo más allá. Cuando la Corte distrital se abstiene de hacer efectiva la remisión legal consagrada en la ley de organizaciones internacionales de 1945, no le preocupa en realidad una cues-

(13) Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A. en Washington, Documentos y Notas sobre Privilegios e Inmunidades de Organizaciones Internacionales y en especial de la O.E.A., Washington, 1968.

tión formal. Y aún cuando en forma "ingeniosa" la propia Corte de Apelaciones evita pronunciarse, ello tiene un significado más profundo.

El problema al que nos referimos es al hecho de que la inmunidad jurisdiccional responde en sus alcances a la naturaleza de su titular. Si bien, podría darse en la práctica que los efectos de la inmunidad fueran los mismos para dos sujetos de derecho distintos, esto no tiene que ser necesariamente así (14). Vemos por ello, que, mientras no se distinguió en los alcances de la inmunidad de estados extranjeros entre actos soberanos y no soberanos, los efectos prácticos fueron los mismos para las organizaciones internacionales. Pero, al surgir la teoría de la inmunidad restricta hay un quiebre. Y esto es porque recién ahí es que puede verse que la naturaleza de la inmunidad del estado radica en su calidad de soberano. Característica, la cual, poco o nada tiene que ver con la naturaleza de la inmunidad de las organizaciones internacionales.

Cuando hablamos de los alcances de la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales, no podemos utilizar para su evaluación los conceptos que implican la teoría absoluta y la teoría restrictiva de la inmunidad. Estas interpretaciones se originaron para la regla de la inmunidad de los estados y responden a la naturaleza de los mismos.

Los alcances de la prerrogativa inmunidad jurisdiccional responden a la naturaleza del sujeto que los detenta, de ahí que, en el caso de las organizaciones internacionales se habla de una "*inmunidad funcional*". Por ello, las organizaciones internacionales pueden invocar la inmunidad jurisdiccional para todos los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo que expresamente hayan renunciado a ella.

(14) Ferrer Vieyra, Enrique; *Notas sobre privilegios e Inmunidades en Organismos Internacionales y en especial en la O.E.A.* Rep. Argentina. Imprenta de la Universidad de Córdoba, 1950.

III. REGULACION DE LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL EN EL DERECHO PERUANO

Queremos referirnos, para completar el cuadro general descrito sobre los problemas de la inmunidad jurisdiccional de los organismos internacionales a su regulación en el derecho peruano. Paralelamente, aludiremos a la posición que tiene el derecho internacional en el derecho interno de nuestro país. A estos efectos, consideramos importante establecer de manera preliminar la distinción entre lo que es la "*fuerza*" de la inmunidad y lo que es el "*instrumento*" que la contiene.

A) *Distinción entre Fuente e Instrumento de Inmunidad Jurisdiccional.*

Hemos afirmado, que cuando una organización internacional es Persona Internacional, la inmunidad jurisdiccional deviene de su calidad de tal. En consecuencia, la *fuerza* de inmunidad la encontramos en esos casos en el Derecho Internacional General. Es decir, en el conjunto de normas de derecho internacional admitidas por la generalidad de los estados.

Cuando la organización internacional no es persona internacional, la fuente de la inmunidad jurisdiccional radicará en una de dos posibilidades:

— O derivará del acuerdo entre dos o más sujetos de derecho internacional pre-existentes, en cuyo caso la fuente estará también en el derecho internacional, esta vez en el *Derecho Internacional Convencional*.

— O, de otro modo, será consecuencia de un acto de concesión de un estado particular y por lo tanto su fuente de derecho estará en el *Derecho Interno* del estado en cuestión.

No debemos confundir *fuerza* con "*instrumento*". Cuando aludimos al instrumento nos referimos a un documento positivo y formal en el cual se consagra el derecho de inmunidad. Son instrumentos, los tratados bilaterales, los multilaterales, y las leyes.

Es importante determinar cuál es la fuente, para poder concluir si el instrumento, cuando existe, es constitutivo o declarativo del derecho.

B) *Normas sobre Inmunidad Jurisdiccional en el Derecho Peruano*

Entrando ya de lleno en el derecho peruano, debemos como primer punto, llamar la atención sobre el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no considera automáticamente incorporado a si lo que se denomina Derecho Internacional General (15). Esto trae como consecuencia, que de no estar consagrada la inmunidad jurisdiccional a favor de una organización internacional en un instrumento ya sea de derecho internacional o de derecho interno, esta prerrogativa no podrá ser invocada con éxito ante los tribunales peruanos, aún cuando quien sea su titular se ampare en su calidad de persona internacional.

Vemos, entonces, que para nuestro orden jurídico, el instrumento de inmunidad jurisdiccional tiene una importancia particular. Esto, en virtud de la relación derecho internacional - derecho interno, consagrada por nuestro sistema jurídico.

Visto esto, veamos a qué instrumentos podemos referirnos, que formen parte de nuestro derecho positivo y consagren el derecho de inmunidad jurisdiccional a favor de organismos internacionales.

Con referencias a lo que es derecho internacional convencional, podemos señalar dos clases de tratados:

- (15) Para que exista una adaptación automática, que tenga la característica de incorporar el derecho internacional general de manera automática, permanente, continua y completa, es necesario la existencia de una norma constitucional que exprese claramente esa intención (Diez de Velasco, Manuel; **Instituciones de Derecho Internacional Público**, Tomo I, pág. 164). La Constitución peruana no contiene una norma en ese sentido (Pareja Paz Soldán, **Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979**, Tomo II, 1979, pg. 490).

1) Los que se refieren a un organismo internacional determinado, y

2) Los que regulan la prerrogativa materia de estudio respecto de un sujeto de derecho en general.

1) *Tratados que se refieren a un Organismo Internacional determinado*: Esta clase de instrumento puede ser a su vez subdividido en tres tipos de dispositivos:

- a) Una primera posibilidad la constituyen los tratados internacionales concertados para la creación de un organismo internacional. Normalmente, el documento creador, consagra un artículo en el cual se reconoce a la organización naciente privilegios e inmunidades. La fórmula que se utiliza en estos casos suele ser muy general y no entra a detallar cuáles son los privilegios a que se refiere. Es nuestra opinión, que la existencia del privilegio, inmunidad jurisdiccional sólo podrá derivarse de un documento como el aquí descrito, cuando el organismo en cuestión sea persona internacional. De no ser el caso, tal beneficio no podrá considerarse constituido con el uso de una fórmula tan general.
- b) Un segundo tipo de tratados, son los acuerdos multilaterales celebrados entre los estados miembros de una organización internacional, con el fin de otorgarle al mismo, privilegios e inmunidades. En estos documentos sí se entra a regular con detalle los privilegios y sus alcances
- c) Por último, tenemos los acuerdos celebrados entre un organismo internacional y un estado. En estos convenios, al igual que en los que los descritos en el punto (b); se detalla cuáles son los privilegios que se reconocen, su carácter y alcances.

2) *Tratados que se refieren a un Sujeto de derecho en general*: La segunda clase de tratado, es aquel cuyas normas se refieren a un sujeto de derecho en general. No tenemos sin embargo, ningún convenio de este tipo que se refiera al sujeto "organismo

internacional". Si los hay, en cambio, que regulan esta prerrogativa para otros sujetos de derecho, llámense Estado extranjero o Agentes diplomáticos. Tenemos en ese sentido dos importantes convenciones:

- a) "La Convención de Viena de 1961" sobre agentes diplomáticos: Se trata de un cuerpo de normas moderno y completo, que regula de manera satisfactoria todo lo referente a los agentes diplomáticos. Consagra un título que se refiere específicamente a la Inmunidad Jurisdiccional (16).
- b) El Código de Derecho Internacional Privado de 1928: Este dispositivo legal, contiene en el capítulo II de su título II, normas que se refieren a la inmunidad jurisdiccional de los estados extranjeros. Sus normas están claramente dentro de la línea de la teoría de la inmunidad absoluta, lo que no llama la atención siendo que en 1928 esa era la teoría aceptada por excelencia (17).

Estas últimas normas, sin embargo, a pesar de regular la prerrogativa inmunidad jurisdiccional de forma general sin referirse a un estado determinado, sólo rigen respecto de las relaciones los firmantes del tratado. No tienen pues, la virtud de incorporar a nuestro derecho internacional la norma de derecho internacional que reconoce inmunidad jurisdiccional a determinados sujetos. En ese sentido, si tenemos un cambio en el artículo XXXIX del proyecto de Título Preliminar del Código Civil.

C) *PROYECTO DEL TITULO PRELIMINAR DE CODIGO CIVIL*

El artículo XXXIX referido, consagra con respecto a la inmunidad jurisdiccional la siguiente norma:

- (16) Unión Panamericana, Secretaría General de la OEA en Washington, Documentos y notas sobre privilegios e Inmunidades de Organizaciones Internacionales y en especial de la OEA, Washington, Unión Panamericana, 1968.
- (17) Unión Panamericana, ob. cit.

"La competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer de las acciones intentadas contra estados extranjeros y sus jefes, representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, se regula por lo dispuesto en el capítulo II del título II del Código de Derecho Internacional Privado de 1928".

Este dispositivo, tiene la virtud de introducir a nuestro orden jurídico interno la norma de Derecho Internacional General que reconoce la inmunidad jurisdiccional a determinados sujetos. Sin embargo, pese a que supone un claro avance respecto del vacío que existe hoy sobre la materia en nuestra legislación y pese a que técnicamente, nos parece correcto ubicarlo al lado de las normas de jurisdicción positiva, opinamos que la solución que consagra no es la óptima.

Podemos resumir los defectos que le encontramos en la siguiente forma:

1. El artículo propuesto por el proyecto de Código Civil deriva la competencia de los tribunales peruanos para conocer de acciones contra estados extranjeros o sus jefes a las normas del Código de Derecho Internacional Privado de 1928. Este cuerpo legal, como ya dijéramos, consagra disposiciones que están en línea de la ya superada teoría de la inmunidad absoluta. Consideramos, debe evitarse a toda costa la referencia en cuanto a inmunidad soberana a un tratado cuyas normas se basan en una doctrina que está siendo abandonada por los tratadistas de derecho internacional, por la jurisprudencia y por la legislación de los países que van a la vanguardia en esta materia. Creemos que el Perú debe incorporarse, en relación con este asunto, a los últimos desarrollos de la teoría internacional sobre el tema.

2. Con relación a la inmunidad consagrada para agentes diplomáticos tampoco nos parece oportuna la remisión a las normas del Código de Derecho Internacional Privado de 1928. Debemos decir, que aún en el supuesto negado de que la solución consagrada en tal dispositivo fuera idónea para lo referente a estados extranjeros, consideramos, que habiendo el Perú suscrito y ratificado la "Convención de Viena de 1961", resultaría más lógico referirse a ella por tratarse de un tratado posterior y que

además se refiere específicamente al sujeto "agente diplomático". Más aún, si consideramos, que, como ya anticipáramos este cuerpo de normas es completo, moderno y ha sido recientemente reglamentado por un decreto supremo (D.S. 0007-82- R.E.)

3. Por último, con relación a la inmunidad de organismos internacionales, nos parece poco prudente remitirnos al Código de Derecho Internacional Privado de 1928 para la regulación de inmunidad. Opinamos, que si las reglas que consagra no resultan hoy satisfacciones para las relaciones a las que se dirigen (vale decir, las relaciones de estados extranjeros), menos aún pueden intentar amoldarse a un sujeto para el cual nunca fueron pensadas.

Es en virtud de esta crítica que, consideramos que el texto del artículo XXXIX del Proyecto de Título Preliminar del Código Civil debe ser modificado para adecuarse a la realidad de la naturaleza de los sujetos de inmunidad y a los alcances que a este privilegio dan las teorías modernas de derecho internacional.

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS

RESOLUCION DE LA COMISION DE DERECHO INTERNACIONAL APROBADA EN SU 1642º SESION DE 25 DE JULIO DE 1980

La comisión de Derecho Internacional.

Habiendo aprobado provisionalmente los proyectos de artículos sobre el origen de la responsabilidad internacional, que constituyen la primera parte del proyecto sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos.

Desea expresar al ex Relator Especial, magistrado Roberto Ago, su profundo reconocimiento por la contribución extraordinariamente valiosa que ha hecho en la preparación del proyecto a lo largo de los últimos años con su infatigable dedicación y su trabajo incesante, que han permitido a la Comisión dar cima con éxito a la primera lectura de esos artículos.

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados.

Primera Parte.- Origen de la responsabilidad internacional.

Se reproduce a continuación el texto de todos los artículos de la primera parte del proyecto, relativa, al origen de la responsabilidad internacional, aprobados por la Comisión en primera lectura en sus periodos de sesiones 25º a 31º y en el actual periodo de sesiones, así como el texto de los artículos 33 a 35 y los comentarios correspondientes, aprobados por la Comisión en el actual periodo de sesiones.

1. TEXTO DE LOS ARTICULOS DE LA PRIMERA PARTE DEL PROYECTO APROBADOS POR LA COMISION EN PRIMERA LECTURA

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1.— Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos.

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste.

Artículo 2.— Posibilidad de que a todo Estado se le considere incurso en la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

Todo Estado está sujeto a la posibilidad de que se considere que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito que da lugar a su responsabilidad internacional.

Artículo 3.— Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando:

- a) un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado; y
- b) ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 4.— Calificación de un hecho del Estado de internacionalmente ilícito.

El hecho de un Estado sólo podrá calificarse de internacionalmente ilícito según el derecho internacional. En tal calificación no influirá el que el mismo hecho esté calificado de lícito según el derecho interno.

CAPITULO II

EL "HECHO DEL ESTADO"

SEGUN EL DERECHO INTERNACIONAL

Artículo 5.— Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos.

Para los fines de los presentes artículos se considerará hecho del Estado según el derecho internaccional el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el derecho interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

Artículo 6.— No pertinencia de la posición del órgano en el marco de la organización del Estado.

El comportamiento de un órgano del Estado se considerará un hecho de ese Estado según el derecho internacional, tanto si ese órgano pertenece al poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o a otro poder, como si sus funciones tienen un carácter internacional o interno y cualquiera que sea su posición, superior o subordinada, en el marco de la organización del Estado.

Artículo 7.— Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público.

1. Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

2. Se considerará igualmente hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultada por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad.

Artículo 8.— Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado.

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si:

- a) consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado; o
- b) esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas.

Artículo 9.— Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional.

Se considerará también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano que haya sido puesto a su disposición por otro Estado o por una organización internacional, siempre que ese órgano haya actuado en el ejercicio de prerrogativas del poder público del Estado a la disposición del cual se encuentre.

Artículo 10.— Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad.

El comportamiento de un órgano del Estado, de una entidad pública territorial o de una entidad facultada para ejercer prerrogativas del poder público, cuando tal órgano ha actuado en esa calidad, se considerará hecho del Estado según el derecho internacional aunque, en el caso de que se trate, el órgano se haya excedido en su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad.

Artículo 11.— Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado.

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.
2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, deba considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Artículo 12.— Comportamiento de órganos de otro Estado.

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento que haya observado en su territorio, o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción, un órgano de otro Estado que actúe en esa calidad.
2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el previsto en dicho párrafo, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.

Artículo 13.— Comportamiento de órganos de una organización internacional.

No se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de un órgano de una organización internacional que actúe en esa calidad por el solo hecho de que tal comportamiento haya tenido lugar en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio sujeto a su jurisdicción.

Artículo 14.— Comportamiento de órganos de un movimiento insurreccional.

1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional establecido en el territorio de ese Estado o en cualquier otro territorio bajo su administración.
2. El párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución a un Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el del órgano del movimiento insurreccional, deba considerarse hecho de ese Estado en virtud de los artículos 5 a 10.
3. Asimismo, el párrafo 1 se entenderá sin perjuicio de la atribución del comportamiento del órgano del movimiento insurreccional a ese movimiento en todos los casos en que tal atribución pueda hacerse según el derecho internacional.

Artículo 15.— Atribución al Estado del hecho de un movimiento insurreccional que se convierte en el nuevo gobierno de un Estado o cuya acción da lugar a la creación de un nuevo Estado.

1. El hecho de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno de un Estado se considerará hecho de ese Estado. No obstante, tal atribución se entenderá sin perjuicio de la atribución a ese Estado de un comportamiento que antes hubiera sido considerado hecho del Estado en virtud de los Artículos 5 a 10.
2. El hecho de un movimiento insurreccional cuya acción dé lugar a la creación de un nuevo Estado en una parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio bajo su administración se considerará hecho de ese nuevo Estado.

CAPITULO III

VIOLACION DE UNA OBLIGACION INTERNACIONAL

Artículo 16.— Existencia de una violación de una obligación internacional.

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación.

Artículo 17.— No pertinencia del origen de la obligación internacional violada.

1. Un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación.
2. El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que dé lugar el hecho internacionalmente ilícito de ese Estado.

Artículo 18.— Condición de que la obligación internacional esté en vigor respecto del Estado.

1. El hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional sólo constituirá una violación de esa obligación si el hecho hubiera sido realizado hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado.
2. No obstante, el hecho del Estado que, en el momento de su realización, no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional en vigor respecto de ese Estado dejará de considerarse como un hecho internacionalmente ilícito si, ulteriormente, tal hecho se hubiere convertido en hecho obligatorio en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general.

3. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho de carácter continuo, sólo habrá violación de esa obligación en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho.
4. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional estuviere compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos, habrá violación de esa obligación si tal hecho puede considerarse constituido por las acciones u omisiones que hayan tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado.
5. Si el hecho del Estado que no esté en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional fuere un hecho complejo constituido por acciones u omisiones del mismo órgano o de órganos diferentes del Estado en relación con un mismo caso, habrá violación de esa obligación si el hecho complejo no conforme a ésta da comienzo por una acción u omisión que haya tenido lugar dentro del período durante el cual la obligación se halle en vigor respecto de ese Estado, aunque tal hecho se complete después de ese período.

Artículo 19.— Crímenes y delitos internacionales.

1. El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacional violada.
2. El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional.
3. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2 y de conformidad con las normas de derecho internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

- a) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;
 - b) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;
 - c) de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid;
 - d) de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.
4. Todo hecho internacionalmente ilícito que no sea un crimen internacional conforme al párrafo 2 constituye un delito internacional.

Artículo 20.— Violación de una obligación internacional que exige observar un comportamiento específicamente determinado.

Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige observar un comportamiento específicamente determinado cuando el comportamiento de ese Estado no está en conformidad con el que de él exige esa obligación.

Artículo 21.— Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado.

- 1. Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige el logro, por el medio que elija, de un resultado determinado si el Estado, mediante el comportamiento

observado, no logra el resultado que de él exige esa obligación.

2. Cuando un comportamiento del Estado haya creado una situación que no esté en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si el Estado tampoco logra mediante su comportamiento ulterior el resultado que de él exige esa obligación.

Artículo 22.— Agotamiento de los recursos internos.

Cuando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tienen a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación o, si esto no fuera posible, un trato equivalente.

Artículo 23.— Violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado.

Cuando el resultado exigido de un Estado por una obligación internacional sea prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado, sólo habrá violación de esa obligación si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra ese resultado.

Artículo 24.— Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo.

La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no se extienda en el tiempo se producirá en el momento en que se realice ese hecho. La perpetración de la

violación no se extenderá más allá de ese momento, aunque los efectos del hecho del Estado se prolonguen en el tiempo.

Artículo 25.— Momento y duración de la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que se extienda en el tiempo.

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter continuo se producirá en el momento en que comience ese hecho. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el periodo durante el cual ese hecho continúe y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional.
2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado compuesto de una serie de acciones u omisiones relativas a casos distintos se producirá en el momento en que se realice la acción u omisión de la serie que determine la existencia del hecho compuesto. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el periodo desde la primera de las acciones u omisiones que en conjunto constituyan el hecho compuesto que no esté en conformidad con la obligación internacional y mientras se repitan esas acciones u omisiones.
3. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado de carácter complejo, constituido por una sucesión de acciones u omisiones de los mismos órganos o de órganos diferentes del Estado que intervengan en un mismo asunto, se producirá en el momento en que se realice el último elemento constitutivo de ese hecho complejo. Sin embargo el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el periodo comprendido entre el comportamiento que haya iniciado la violación y el que haya perfeccionado.

Artículo 26.— Momento y duración de la violación de una obligación internacional de prevenir un acontecimiento dado.

La violación de una obligación internacional, que exija del Estado prevenir un acontecimiento dado se producirá en el mo-

mento en que comience ese acontecimiento. Sin embargo, el tiempo de perpetración de la violación abarcará todo el período durante el cual continúe el acontecimiento.

CAPITULO IV

IMPLICACION DE UN ESTADO EN EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILICITO DE OTRO ESTADO

Artículo 27.— Ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito.

La ayuda o asistencia de un Estado a otro Estado, si consta que ha sido prestada para la perpetración de un hecho internacionalmente ilícito, realizada por este último, constituye de por sí un hecho internacionalmente ilícito, aun cuando, considerada aisladamente, esa ayuda o asistencia no constituya la violación de una obligación internacional.

Artículo 28.— Responsabilidad de un Estado por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado.

1. El hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado en un esfera de actividad en la que ese Estado esté sometido al poder de dirección o de control de otro Estado dará lugar a la responsabilidad internacional de ese otro Estado.
2. El hecho internacionalmente ilícito cometido por un Estado a consecuencia de la coacción ejercida por otro Estado para provocar la perpetración de ese hecho dará lugar a la responsabilidad internacional de ese otro Estado.
3. Los párrafos 1 y 2 se entienden sin perjuicio de la responsabilidad internacional, en virtud de los otros artículos del presente proyecto, del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito.

CAPITULO V

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD

Artículo 29.— Consentimiento.

1. El consentimiento válidamente prestado por un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado que no esté en conformidad con una obligación del segundo Estado para con el primero excluirá la ilicitud de tal hecho en relación con ese Estado siempre que el hecho permanezca dentro del ámbito de dicho consentimiento.
2. El párrafo 1 no se aplicará si la obligación dimana de una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos del presente proyecto de artículos, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Artículo 30.— Contramedidas respecto a un hecho internacionalmente ilícito.

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación de ese Estado para con otro Estado quedará excluida si el hecho constituye una medida legítima según el derecho internacional contra ese otro Estado, a consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito de ese otro Estado.

Artículo 31.— Fuerza mayor y caso fortuito.

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el hecho se debió a una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera en conformidad con tal obligación o que se per-

catara de que su comportamiento no era conforme a esa obligación.

2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de imposibilidad material.

Artículo 32.— Peligro extremo.

1. La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si el autor del comportamiento que constituya el hecho de ese Estado no tenía otro medio, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la de personas confiadas a su cuidado.
2. El párrafo 1 no será aplicable si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca la situación de peligro extremo o si era probable que el comportamiento de que se trata originara un peligro comparable o mayor.

Artículo 33.— Estado de necesidad.

1. Ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho de ese Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional del Estado a menos que:
 - a) ese hecho haya sido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente; y
 - b) ese hecho no haya afectado gravemente un interés esencial del Estado para con el que existía la obligación.
2. En todo caso, ningún Estado podrá invocar un estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud:
 - a) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad dimana de una norma imperativa de derecho internacional general; o

- b) si la obligación internacional con la que el hecho del Estado no esté en conformidad ha sido establecida por un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad con respecto a esa obligación; o
- c) si el Estado de que se trata ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Artículo 34.— Legítima defensa.

La ilicitud de un hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado quedará excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 35.— Reserva relativa a la indemnización de los daños.

La exclusión de la ilicitud de un hecho de un Estado en virtud de las disposiciones de los artículos 29, 31, 32 ó 33 no prejuzgará ninguna cuestión que pueda surgir con relación a la indemnización de los daños causados por ese hecho.

LOS AUTORES

El Dr. Miguel de Althaus es profesor principal de los Departamentos de Ciencias Sociales y Derecho de esta Universidad. Entre nosotros dicta el curso de Derecho Administrativo.

El Profesor Gunter Frankenberg es Doctor en Derecho y en Filosofía de la Universidad de Frankfurt. Actualmente es profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Rolf Knieper es Doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Bremen. Actualmente es asesor legal de la Presidencia de República de Africa Central.

El Dr. Miguel de la Lama Eggerstedt es profesor del Departamento de Derecho de nuestra Universidad Católica en la cátedra de Derecho Internacional Público. Es Secretario académico de nuestra Facultad.

La Dra. Ana Ochoa Reyes es exalumna de la Facultad y se graduó de bachiller en Derecho, durante 1983, con la tesis cuyo texto publicamos. Actualmente sigue cursos de Magister en los Estados Unidos.

El Dr. Daniel O'Donnell es asesor especial del Instituto Interamericano de San José de Costa Rica, y experto internacional en materia de Derechos Humanos.

La Dra. Beatriz Ramacciotti de Cubas es profesora del Departamento de Derecho de esta Universidad Católica. Dicta en la Facultad el curso de Bases Romanistas del Derecho Civil.

El Dr. Marcial Rubio Correa es profesor del Departamento de Derecho de esta Universidad y enseña en las áreas de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional.

La Dra. Maria del Carmen Tovar Gil es exalumna de nuestra Facultad y se graduó de bachiller con una tesis sobre el tema del artículo que publicamos en este número. El consiste en una versión sintética de los principales elementos conceptuales de aquella tesis.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

R E V I S T A S

EDICIONES ANUALES

Anthropologica

Boletín del Instituto Riva-Agüero

Derecho

Revista de Sociología

Número suelto: US\$ 8.00 más US\$ 1.00 por envío aéreo.

Suscripción : US\$ 6.50 más US\$ 1.00 por envío aéreo.

EDICIONES SEMESTRALES

Economía

Histórica

Lexis

Revista de la Universidad Católica/Nueva serie

Revista de Psicología

Número suelto: US\$ 8.00 más US\$ 1.00 por envío aéreo.

Suscripción : US\$ 13.00 más US\$ 2.00 por envío aéreo.

INFORMES Y SUSCRIPCIONES

Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Apartado 1761. Lima, Perú

Telf. 62-2540. Anexo 220

HOMENAJE AL CUARTO CENTENARIO
DE LA IMPRENTA EN LIMA
(1584 - 1984)

DOCTRINA
CHRISTIANA,

Y CATECISMO PARA INSTRUCCION de los Indios, y de las de mas personas,

que han de ser enseñadas en nuestra santa Fé.

CON VN CONFESSIONARIO, Y OTRAS COSAS
necessarias para los que doctrinan, que se contienen en la pagina siguiente.

COMPUUESTO POR AVCTORIDAD DEL CONGILIO

Provincial, que se celebra en la Ciudad de los Reyes, el año de 1583.

Y por la misma traducida en las dos lenguas generales,
de este Reyno, Quichua, y Aymara.



Impreso con licencia dela Real Audiencia, en la

Ciudad de los Reyes, por Antonio Ricardo primero
Impressor en estos Reynos del Piru.

AÑO DE M.D. LXXXIII AÑOS.

Esta cassado vn Real por cada pliego, en papel.

